

DONATO VESE

Postdoctoral Research Fellow in Administrative Law at University of Sannio

Ph. D at University School for Advanced Studies IUSS Pavia

Academic Visitor at University of Oxford, Faculty of Law, Centre for Socio-Legal Studies

donato.vese@iusspavia.it

**L'EFFICIENZA DELL'ORGANIZZAZIONE
AMMINISTRATIVA COME MASSIMIZZAZIONE DEI
DIRITTI FONDAMENTALI¹**

**THE EFFICIENCY OF ADMINISTRATIVE ORGANIZATION AS A
MAXIMIZATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS**

SINTESI

Partendo dalla costruzione teorica dell'amministrazione come organizzazione servente la persona – inferendo la tesi del radicale “capovolgimento” circa la concezione della sovranità come spettante al popolo e non allo stato o all'ordinamento (e per il tramite di questi all'autorità amministrativa) – in questo saggio si è inteso esaminare, sia sul piano teorico che dogmatico, l'inquadramento e l'interpretazione del precetto costituzionale di cui all'art. 97 quale criterio di efficienza dell'organizzazione amministrativa.

In questa prospettiva, ripercorrendo le tappe salienti della letteratura che se n'è occupata, è parso proficuo anzitutto comprendere (A) come si sia pervenuti, all'indomani dell'approvazione della Costituzione, all'identificazione del principio di buon andamento con il criterio di efficienza, senza tralasciare tuttavia gli importanti studi della dottrina classica che già in un periodo pre-costituzionale ebbe a sostenere l'esistenza di un generale principio di efficienza dell'organizzazione amministrativa.

In secondo luogo, richiamate le autorevoli tesi di Nigro e Berti per la dottrina classica, (B) si è inteso analizzare quali sono le principali impostazioni che la dottrina contemporanea offre sull'argomento. Nella scienza giuspubblicistica, in particolare, l'affermarsi del filone di studi sulla “amministrazione di risultato”, che, a partire dagli anni '90 (anche se la prima formulazione è di un ventennio precedente e si deve a Giannini), recependo per gran parte gli orientamenti sul *new public management* affermatosi sul finire degli anni '70 presso gli ordinamenti di *common law*, ha posto le basi per una ricostruzione teorica dell'amministrazione (e con essa dell'organizzazione) sulla scorta di criteri di

¹ Il presente scritto è frutto in parte di un periodo di ricerca svolto dall'autore alla University of Oxford presso il Centre for Socio-Legal Studies della Faculty of Law in qualità di Academic Visitor.

matrice tecnico-economica (in quest'ottica non è superfluo ricordare, sul versante legislativo, come nel nostro ordinamento siano stati positivizzati criteri quali l'economicità, l'efficacia e appunto l'efficienza). Vero è che in concomitanza con l'affermarsi di tale concezione di amministrazione, l'efficienza viene intesa quale canone direttivo dell'organizzazione (e dell'azione) ai fini della produzione di un risultato 'economicamente' apprezzabile in termini di massimizzazione delle risorse impiegate o di minimizzazione degli oneri e dei costi sostenuti a beneficio dell'ente pubblico. Passate in rassegna le principali tesi della dottrina amministrativistica in argomento e preso atto dell'(eventuale) insufficienza delle stesse, lo scopo sarà di verificare (C), su di un piano teorico oltre che dogmatico, se la lettura delle norme costituzionali, e particolarmente di quelle che contengono i principi fondamentali, consenta una diversa ricostruzione e interpretazione del criterio di efficienza.

Per fare ciò si farà poggiare l'interpretazione di tale criterio sulla tesi dell'esistenza di un ordine giuridico della società come elemento caratterizzante la spettanza della sovranità alle persone, la quale ha il pregio di mostrare come la sovranità non si articoli nei poteri dello stato, né dell'ordinamento e neppure, per il tramite di questi, nei poteri dell'autorità.

In questa prospettiva, dal momento che la spettanza della sovranità al popolo (art. 1 Cost.) e il riconoscimento dei diritti fondamentali (art. 2 Cost.) permettono di considerare l'amministrazione quale funzione del godimento dei diritti da parte delle persone, si potrà sostenere che il criterio di efficienza sia caratterizzato dalla funzionalizzazione dell'organizzazione al raggiungimento dell'obiettivo di massimizzazione delle pretese dei destinatari dell'esercizio del potere amministrativo, che debbono essere individuate, valutate e bilanciate nell'esercizio di quel potere, nell'organizzazione e nella decisione amministrativa che ne esprime la sintesi dell'agire per fini pubblici.

In questo modo ribaltandosi la classica concezione dell'organizzazione come apparato servente lo stato (e per il tramite di esso il potere esecutivo e l'indirizzo politico della maggioranza), si ribalta pure la concezione dell'efficienza quale canone che predispone l'organizzazione amministrativa e ne informa l'azione allo scopo di realizzare (solo) un risultato 'economicamente' apprezzabile in termini di massimizzazione delle risorse impiegate o di minimizzazione degli oneri e dei costi sostenuti a beneficio dell'ente medesimo.

Al contrario, preso atto che l'organizzazione e l'azione amministrative sono funzionalizzate al godimento dei diritti fondamentali della persona in conformità del sistema costituzionale, allora il criterio di efficienza non può che costituire la misura della massimizzazione di quei diritti in confronto tra loro.

Sempre dal punto di vista dogmatico, infine, si sosterrà che l'art. 97 Cost., nel predisporre un'organizzazione efficiente e imparziale per la realizzazione dell'interesse pubblico, abbia tenuto conto del principio fissato nell'art. 3, comma 2, Cost.

In ragione di ciò si osserva come nell'ordinamento costituzionale l'amministrazione e la sua organizzazione entrino sempre in gioco laddove si operi nell'interesse generale, essendo loro compito quello di agire in modo efficiente e imparziale per il bene comune, per l'assolvimento dei bisogni degli individui.

Operando nell'interesse generale, l'organizzazione amministrativa persegue un fine pubblico concreto e determinato, che consiste nella realizzazione del precetto costituzionale preordinato alla rimozione degli ostacoli che si frappongono al pieno dispiegarsi della personalità e al concreto godimento delle libertà e dei diritti delle persone.

In questa prospettiva risulta così predeterminato anche l'interesse pubblico che l'amministrazione deve perseguire, il quale non è solo genericamente o astrattamente indicato dalla norma attributiva del potere quanto, piuttosto, un interesse concreto e determinato che trova la sua ragione d'essere proprio nel mandato indicato nell'art. 3 Costituzione.

ABSTRACT

Starting from the concept of public administration as organization serving people, in this paper framework and interpretation of Article 97 of the Italian Constitution will be discussed both on a theoretical and dogmatic level as efficiency criterion of administrative organization.

In this perspective, retracing the most important passages of juridical literature it seemed profitable to understand (A) how it was possible to identify, at the aftermath of approval of the Constitution, the principle of good performance (*buon andamento*) with the efficiency criterion, without neglecting the important studies of classical legal doctrine which already in a pre-constitutional period supported the existence of an efficiency criterion of administrative organization. Hence, recalled Nigro's and Berti's theses for the classical Italian legal doctrine, it is intended to analyze (B) which are the main approaches that contemporary legal doctrine offers on the subject.

In the public law the rise of studies on new public management (e.g. in Italy "l'amministrazione di risultato"), which since 90s (even if the first formulation is twenty years earlier and is due to Giannini) largely incorporates the guidelines on new public management emerged in the late 70s in the judicial systems of common law, laid the basis for a theoretical reconstruction of the administration in the light of technical-economic criteria (in this perspective it is not superfluous to recall, on the legislative side, how criteria such as effectiveness and economic efficiency have been positivized in the Italian judicial system).

In conjunction with the emergence of this concept of administration, efficiency is understood as a directive canon of the organization for the purpose of producing 'economically' appreciable results in terms of 'maximization' of 'resources' and 'minimization' of 'costs'. After reviewing main theses of administrative doctrine on the matter and observing their (potential) inadequacy, the aim will be to verify (C) on a theoretical as well as dogmatic

level if the reading of constitutional rules and particularly of those containing fundamental principles allows a different reconstruction and interpretation of efficiency criterion.

The study will start from the theory which postulates the existence of a juridical and social order as element characterizing people's sovereignty and has the merit of showing how sovereignty does not consist in State's powers, nor of the order nor, through them, of authority's powers.

In this perspective, since people's sovereignty (Article 1 Italian Constitution) and the recognition of fundamental rights (Article 2 Italian Constitution) allow to consider administration in function of the full enjoyment of individuals' rights, it can be argued that efficiency criterion is characterized by the functionalization of organization to maximize possibilities to exercise administrative power.

In this way, classical conception of organization as system serving State (and through this executive power and political majority's line) is overturned, but also the concept of efficiency, considered as a canon that predisposes administrative organization and conforms the action in order to achieve (only) an 'economically' appreciable result in terms of maximization of resources and minimization of costs for the same authority. Conversely organization and action of public administration are functional to the enjoyment of fundamental rights in accordance with the constitutional system. In this sense efficiency criterion constitutes the measure of maximization of those rights in comparison between them.

From a dogmatic point of view, it will be argued that Article 97 Italian Constitution, in preparing an efficient and impartial organization in order to realize public interest, has considered the principle established in Article 3, para. 2, Italian Constitution.

For this reason, public administration and organization come into play operating in the general interest, because their aim is to act efficiently and impartially for the common good and to fulfil individuals' needs.

Administrative organization pursues a concrete and determined public purpose which consists in the realization of the constitutional principle aimed to remove all obstacles opposed to a full enjoyment of individual's freedoms and rights.

In this perspective, public interest that administration must pursue is not only generically or abstractly indicated by the rule conferring power, but a concrete and determined interest that finds its reason in the Article 3 Italian Constitution.

PAROLE CHIAVE: Organizzazione amministrativa, efficienza, potere pubblico, diritti fondamentali, sovranità delle persone.

KEYWORDS: administrative organization, efficiency, public power, fundamental rights, sovereignty of the persons.

INDICE: Sezione I. Profili ricognitivi e punti critici. 1. Introduzione. – 2. Prima emersione del criterio nella dottrina giuspubblicistica italiana: l'efficienza come onere di buona amministrazione. – 2.1. La nozione pubblicistica dell'onere come regola finale contenente un vincolo di natura economica. – 2.2. Superamento del concetto economico di onere tramite la sua desoggettivizzazione e funzionalizzazione all'interesse pubblico. – 2.3. Le direttive di buona amministrazione quali regole finali che rendono efficienti l'azione e l'organizzazione. – 3. I primi contributi della dottrina giuspubblicistica sul principio di buon andamento dopo l'entrata in vigore della Costituzione. – 4. Lo studio sulla funzione organizzatrice e l'identificazione del buon andamento con il criterio di efficienza. – 4.1. La distanza dalle scienze non giuridiche e l'inquadramento del criterio di efficienza nell'ambito del diritto. – 4.2. Il concetto giuridico di efficienza secondo il principio di "elasticità" e "puntualità" dell'azione amministrativa. – 4.3. La relazione fra potere di autoorganizzazione ed efficienza dell'azione amministrativa. – 5. L'emersione del concetto giuridico di efficienza: riconsiderazione dell'efficienza alla luce del principio solidaristico e adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. – 6. L'emersione dell'efficienza come concetto giuridico nella teoria della pubblica amministrazione come organizzazione. – 6.1. L'efficienza e l'attuazione di competenze-poteri come funzione di coesistenza dei poteri nella rispettiva realizzazione. – 6.2. Oltre la nozione di buona amministrazione, l'efficienza come concetto esteso alla legittimità e non solo al merito amministrativo. – 6.3. La valorizzazione costituzionale del concetto giuridico di efficienza quale parametro di valutazione della proporzionalità e flessibilità dell'azione amministrativa. – 7. Gli anni '70 del Novecento e il ricco panorama degli studi non giuridici dell'amministrazione: la costruzione dell'efficienza in senso 'tecnico-economico'. – 8. L'efficienza come risultato-funzione dell'azione amministrativa nella struttura policentrica dell'ordinamento. – 8.1. La critica alla tesi bertiana della pluralità di ordinamenti compositi di poteri. Il coordinamento dei poteri come operazione che dà forma al profilo organizzatorio e funzionale del buon andamento. – 8.2. L'efficienza come parametro per la composizione intersoggettiva degli interessi protetti emergenti dal pluralismo organizzativo. L'art. 97 Cost. quale raccordo fra momento funzionale (attività) e momento strutturale (organizzazione) dell'amministrazione. – Sezione II. Profili ricostruttivi. 9. Il retroterra culturale e le ragioni dell'inserimento dei criteri di matrice economica nella legge generale sul procedimento. 9.1. Il "Rapporto Giannini" e le principali cause dell'inefficienza della pubblica amministrazione – 9.2. L'affermarsi di una nuova concezione di efficienza declinata secondo il metodo economico. – 10. L'affermarsi dell'amministrazione di risultato come modello che pone al centro dell'azione e dell'organizzazione amministrative l'efficienza. – 10.1. La dottrina amministrativistica contemporanea e l'assorbimento del concetto di efficienza nel concetto di risultato. – 10.2. Introduzione della nozione di risultato amministrativo e rottura dell'immedesimazione tra agire efficiente e agire legale – 11. Declinazione del criterio di efficienza di tipo economico in funzione della misurazione del risultato amministrativo. 12. L'inquadramento dell'amministrazione in Costituzione. Superamento della concezione dell'organizzazione come braccio del potere esecutivo dello stato e sua emersione come funzione della società. – 12.1. L'affermarsi della sovranità popolare capovolge il modello di organizzazione come articolazione dell'apparato statale e la informa all'esercizio di poteri funzionali allo scopo di assicurare i diritti delle persone. – 12.2. Il valore giuridico dell'efficienza è sganciato dalla sfera del potere economico del mercato ed è attratto dalla sfera della società. 12.3. Il concetto giuridico di efficienza ed il concetto di imparzialità. – 13. L'efficienza amministrativa come misura della massimizzazione dei diritti delle persone. – 13.1. Il superamento dell'idea di amministrazione come funzione della società e della sovranità come spettante all'ordinamento. 13.2. Soluzione alla questione della sovranità in base all'ordine giuridico della società e al riconoscimento dei diritti fondamentali: la sovranità delle persone. – 13.3. Funzionalizzazione dei compiti dell'amministrazione alla sovranità delle persone in conformità della Costituzione: l'efficienza come misura della massimizzazione dei diritti fondamentali.

*«All square, that day as every other day,
with god and the world, these men had
slipped gently into death, to go and claim
their share of eternal life to which they
were entitled. For they were entitled to
every thing: to life, to work, to wealth,
to authority, to respect, and finally to immortality».*

J-P. SARTRE, *Nausea*, [1938], London, 1965, pp. 121-122

Sezione I. Profili ricognitivi e punti critici

1. Introduzione

Lo scritto ha ad oggetto l'analisi del criterio di efficienza dell'organizzazione amministrativa e mira a verificare più a fondo, attraverso questa prospettiva di indagine, se tale criterio possa trovare, sia sul piano dogmatico che teorico, validità all'interno del sistema giuridico amministrativo.

Non è una novità scorgere come nella dottrina giuspubblicistica si discorra sovente di efficienza quale principio cardine dell'organizzazione (e dell'azione) amministrativa, e nonostante ciò dalla lettura del dato positivo, di quello giurisprudenziale e di quello dottrinale si resta insoddisfatti circa la nozione e la funzione che a tale criterio vengono assegnate.

Sebbene di efficienza amministrativa si parli, il più delle volte, quale caratteristica che l'organizzazione pubblica deve possedere per assolvere nel modo migliore i suoi scopi, non è chiaro quali siano i fini cui l'efficienza debba tendere e – fatto ancor più rilevante – in cosa debba consistere l'assolvimento dei medesimi.

Si tratta, dunque, non tanto di chiarire la portata di siffatto principio quanto soprattutto il suo concetto.

Non è d'altra parte secondario questo scopo per chi come il giurista voglia comprendere il funzionamento dell'organizzazione pubblica, e non lo sarà, a maggior ragione, nella società contemporanea in cui la burocrazia è attraversata da importanti mutamenti di ordine politico ed economico. Non è di poco conto, come si vedrà, l'affermarsi nella legislazione vigente di criteri tecnici e particolarmente di quelli economici i quali vanno ad informare l'azione e l'organizzazione dell'amministrazione pubblica. Basti pensare, in simile prospettiva, a come l'efficienza sia stata prevista quale criterio ordinatore dell'azione pubblica dalla legge generale sul procedimento amministrativo (artt. 1 e 3-*bis*, l. 7 agosto 1990, n. 241).

Le cose non stanno diversamente nella prassi amministrativa dove il tipico modello centralizzato di organizzazione con funzionari dotati di competenze generali ha ceduto il passo a nuove tipologie di amministrazione provviste di forte autonomia e di personale altamente specializzato (si pensi all'ormai consolidato modello delle autorità amministrative indipendenti e delle agenzie amministrative).

A prescindere da questi importanti fattori, di cui pure bisognerà tenere conto nell'economia dell'indagine, il discorso sul criterio dell'efficienza e più in particolare dell'efficienza dell'organizzazione amministrativa non può essere condotto proficuamente, dal punto di vista dogmatico, se non ponendo lo stesso a confronto col dato costituzionale.

In quest'ottica ciò che risalta all'occhio del giurista positivo è la disposizione contenuta nell'art. 97, comma 2 della Costituzione nella parte in cui tale norma stabilisce che « *I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione* ».

Nello stato dell'arte attuale non v'è motivo per negare che tale norma, allorché indichi il buon andamento come principio dell'azione e dell'organizzazione amministrative, intenda fare riferimento proprio all'efficienza della pubblica amministrazione.

Vero è che da più parti si afferma che buon andamento è efficienza e vi sono fondate ragioni e consolidate posizioni nella scienza giuspubblicistica che propendono verso questa interpretazione dell'art. 97, comma 2, per credere che non sia così. Ma è pur vero che tale identificazione non può essere fatta derivare da una lettura estemporanea del dato costituzionale, la quale magari è andata fondandosi sul convincimento (invero del tutto presunto) che di efficienza dell'amministrazione pubblica la Costituzione abbia inteso parlare sin dalla sua approvazione con l'inserimento della disposizione sul buon andamento in seno all'art. 97 o ancora prima al momento dei lavori preparatori che di quell'inserimento sono stati il frutto, né – motivo solo parzialmente collegato a quest'ultimo – in simile identificazione è dato scorgersi un'acquisizione recente da parte della scienza giuspubblicistica la quale anzi, per lungo tempo dopo l'approvazione della Carta costituzionale, si è dimostrata ondivaga a riconoscere nel buon andamento il principio generale di efficienza della pubblica amministrazione.

Eppure, in relazione a quest'ultima ipotesi vi sono prove – di cui anche si dovrà dare conto – sulla base delle quali è possibile sostenere che del criterio di efficienza si parlava nella scienza del diritto amministrativo già in periodo pre-costituzionale e precisamente sul finire degli anni '30 del Novecento, allorché nella dottrina giuspubblicistica si iniziò ad identificare tale criterio con quello di buona amministrazione.

L'identificazione con quello di buona amministrazione rappresentava però solo il “nucleo embrionale” del concetto di efficienza che poi la scienza giuspubblicistica andò elaborando per tutto il secolo breve.

In realtà, il processo di elaborazione del criterio di efficienza a partire dal precetto del buon andamento non fu affatto immediato ed estemporaneo, ma fu il frutto di un lungo approfondimento cui solo nell'ultimo decennio del secolo seguì una formale investitura da parte della legislazione ordinaria con l'introduzione dell'efficienza fra i criteri generali dell'azione e dell'organizzazione amministrative.

D'altra parte, si osserva come il processo di emersione dell'efficienza nell'ordinamento amministrativo abbia seguito le sorti toccate al precetto costituzionale del buon andamento, spiegandosi anche in questo modo l'alternanza nella letteratura giuspubblicistica di periodi nei quali si osserva un'intensa attività di elaborazione del criterio e periodi nei quali il contributo degli studiosi è più esiguo e di modesto rilievo.

Così è accaduto che dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana e per tutto il corso degli anni '50 e parte degli anni '60 del criterio di efficienza come esplicazione del significato e del valore inerente al buon andamento non si parlò neppure. Bisognerà attendere la seconda metà degli anni '60 per riconoscere una significativa elaborazione del buon andamento come principio di efficienza dell'organizzazione della pubblica amministrazione. In questo periodo furono alcuni originali contributi della dottrina giuspubblicistica ad aprire un nuovo corso per l'identificazione dell'efficienza con il buon andamento. Da questo momento non fu più posta in discussione simile identificazione e si gettarono le basi di un nuovo itinerario di ricerca particolarmente prolifico per l'emersione dell'efficienza come criterio dotato di una propria autonomia e di una propria validità concettuale.

Il ventennio successivo rappresentò un periodo di riflessione decisivo per il tema dell'efficienza amministrativa. In Italia come in altri Paesi dell'Europa occidentale si registra un profondo mutamento culturale in relazione alla percezione che delle istituzioni pubbliche i cittadini hanno come enti non più funzionali alla cura degli interessi della collettività. Da più parti si lamenta una scarsa adeguatezza degli apparati burocratici dello stato al moderno contesto economico e industriale. Le pubbliche amministrazioni si dimostrano incapaci di soddisfare in modo adeguato i fabbisogni pratici di privati e imprese, che sempre in maggior misura si trovano ad essere attratti da un contesto di ordine globale in cui si fa largo in modo assorbente la dinamica dell'economia del libero mercato.

È in questo periodo più di altri che l'efficienza dell'amministrazione pubblica, sia per ciò che attiene ai profili dell'organizzazione sia per ciò che at-

tiene ai profili dell'attività, diviene oggetto di studio privilegiato, posto al centro delle ricerche di diverse branche del sapere.

Contrariamente alle aspettative, a dare nuova linfa agli studi sull'efficienza, nelle sue varie accezioni e declinazioni, non è la scienza giuridica, la quale pure aveva offerto interessanti opinioni sul tema, ma è la scienza dell'amministrazione. In questo lasso di tempo si assiste in effetti ad un'intensa opera di elaborazione, interpretazione e sistematizzazione del criterio di efficienza da parte della scienza dell'amministrazione, la quale assegna a tale criterio una propria area di influenza e un'autonoma validità concettuale all'interno del diritto amministrativo.

Ma è a partire dagli anni '90 che inizia ad affermarsi un nuovo criterio di efficienza.

In parte sganciata dal principio costituzionale del buon andamento, da cui aveva tratto origine la sua elaborazione più compiuta, l'efficienza si impone con una propria autonomia concettuale costruita in larga misura sui canoni e sui postulati propri delle scienze non giuridiche e in particolare di quella economica. Sullo sfondo di tale radicale mutamento va definendosi una nuova visione dell'amministrazione e della sua organizzazione le quali appaiono in larga parte ordinate secondo direttive teoriche che sono proprie del nuovo canone di efficienza.

In questa prospettiva anche l'introduzione dei criteri economici e in particolare del canone di efficienza nella legge generale sul procedimento amministrativo non poteva più essere colta come il frutto di un'elaborazione estemporanea del legislatore, ma andava considerata come il portato del retroterra scientifico sviluppatosi nel ventennio precedente all'emanazione della legge.

Quello che si è appena tracciato per sommi capi è il percorso che la scienza giuspubblicistica e amministrativa italiana hanno compiuto per giungere all'identificazione del buon andamento con il criterio dell'efficienza.

Ora, sulla base di tale "mappa concettuale", si ripercorreranno più in dettaglio le principali tappe che hanno condotto alla:

I) primigenia identificazione dell'efficienza amministrativa a partire da un "onere" di buona amministrazione da parte della dottrina negli anni '30 del Novecento;

II) prime letture dell'art. 97 Costituzione negli anni '40 e '50 ed elaborazione del buon andamento come criterio generale di efficienza dell'organizzazione amministrativa da parte della dottrina negli anni '60.

III) riflessione delle scienze non giuridiche e particolarmente della scienza dell'amministrazione sul buon andamento come criterio "tecnico" di efficienza a cavallo tra gli anni '70 e '80;

IV) emersione, a partire dagli anni '90 ed in concomitanza con l'affermarsi di un nuovo modello di "amministrazione di risultato", di un criterio di efficienza meramente di tipo 'economico'.

2. Prima emersione del criterio nella dottrina giuspubblicistica italiana: l'efficienza come onere di buona amministrazione

2.1. La nozione pubblicistica dell'onere come regola finale contenente un vincolo di natura economica

Se si volessero ricercare nella dottrina giuridica classica le "tracce" del criterio di efficienza, l'indagine dovrebbe muovere dagli studi che sul finire degli anni '30 del Novecento hanno dato rilievo al canone della buona amministrazione.

In questa indagine si incontra lo studio di Resta². Si tratta, come si è affermato in dottrina dagli autori che si sono occupati maggiormente del tema³, di un primissimo studio che non solo getta le basi per i successivi sviluppi del principio del buon andamento, ma che afferma per la prima volta la «*integrale risoluzione della buona amministrazione nell'efficienza*»⁴.

Nello studio di Resta, l'indagine che viene compiuta per arrivare al concetto di buona amministrazione muove dall'approfondimento del dovere giuridico⁵. Inquadrate nell'essenza dello stato di diritto il dovere giuridico implica, ove considerato materialmente, il sacrificio di un interesse a favore di un altro interesse. Tuttavia, questa regola dell'ordinamento giuridico soffre un'eccezione costituita dai casi in cui ai singoli soggetti sia richiesto un sacrificio senza che a quest'ultimo sia correlata una contropartita⁶. Si tratta, secondo

² R. RESTA, *L'onere di buona amministrazione*, in *Annali Macerata*, 1938, poi in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, vol. II, Padova, Cedam, 1940, pp. 104 ss., (da cui si cita).

³ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 84; A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1979, p. 23

⁴ Così M. NIGRO, *op. ult. cit.*, p. 84, n. 34.

⁵ R. RESTA, *L'onere di buona amministrazione*, *cit.*, p. 107, dove viene chiarito che in relazione al dovere giuridico, «*l'unicità dell'interesse collettivo e il suo riconoscimento nell'ordinamento giuridico sono concetti fondamentali e però spesso postulati nella scienza del diritto pubblico*».

⁶ Per una critica a tale ricostruzione si v. G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, II ed., vol. I, Padova, Cedam, 1953, p. 51.

l'A., delle ipotesi in cui il sacrificio⁷ sia ordinato dalla norma ai singoli in vista dell'assolvimento di un fine di carattere generale proprio dello stesso ordinamento giuridico, ossia nell'interesse della collettività⁸.

Secondo questa impostazione, il fatto per cui l'organizzazione della collettività può divenire beneficiaria del sacrificio dell'interesse di un soggetto in essa riconosciuto, si esplica grazie ad una struttura particolare della norma e si basa «*sugli impulsi della economia individuale del soggetto del dovere*»⁹. Inoltre, dalla constatazione che tra organizzazione e scopo vi sia un rapporto di tipo istituzionale deriverebbe la stessa nozione di interesse della collettività: la necessità dello scopo postula l'esigenza dell'organizzazione di raggiungerlo, sicché la posizione dell'organizzazione favorevole al soddisfacimento di tale esigenza costituisce l'interesse collettivo o pubblico.

Dal momento che l'organizzazione beneficia del sacrificio di interessi dei singoli soggetti, si pone in rilievo «*l'esistenza di doveri [...] di questi soggetti verso la collettività*»¹⁰. Al contempo gli interessi che lo stato riconosce sono tutti «*interessi funzionali*», perché, mentre operano come «*forze vive*» nella compagine statale, operano anche nell'interesse pubblico. Tant'è che secondo l'A., ove si passi alle varie posizioni che lo stato assume nell'ordinamento giuridico e particolarmente all'istituzione amministrativa, appare chiaro come gli scopi della pubblica amministrazione siano mezzi per il soddisfacimento dell'interesse dello stato come ordinamento giuridico. Come già osservava Ranelletti¹¹, dunque, di fronte a tale interesse (pubblico esterno) l'amministrazione e la sua organizzazione hanno tanti interessi (pubblici interni) da soddisfare quanti sono gli scopi ad essa attribuiti per legge.

Di qui l'indagine di Resta sul dovere dell'organizzazione pubblica di raggiungere i propri scopi come onere di buona amministrazione¹². Tale indagine,

⁷ Sul punto cfr. G. FALZONE, *Il dovere di buona amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1953, p. 78, dove è detto come sia «*merito indiscutibile [...] l'aver avvertito l'esistenza di particolari situazioni giuridiche in cui un soggetto è tenuto ad agire per la soddisfazione di un interesse che, mentre non è proprio di un altro soggetto, nel qual caso si profilerebbe la figura dell'obbligo, non appartiene neppure in modo esclusivo allo soggetto agente, secondo la generale nozione di onere, e di avere ricercato di tali situazioni giuridiche una definizione giuridica*».

⁸ R. RESTA, *L'onere di buona amministrazione*, cit., p. 106, dove ordinamento non è inteso nel senso di soggetto, ma, appunto, di ordinamento.

⁹ R. RESTA, *op. ult. cit.*, p. 107, dove è aggiunto che «*l'ordinamento giuridico viene riconosciuto anche nel suo interno, come titolare di un interesse, anzi dell'interesse della collettività*».

¹⁰ R. RESTA, *op. loc. ult. cit.*

¹¹ O. RANELLETTI, *Il concetto di "pubblico" nel diritto*, in *Scritti giuridici scelti*, vol. I, cit., pp. 251-268.

¹² R. RESTA, *L'onere di buona amministrazione*, cit., p. 110. Secondo l'A. il fatto che «*ogni istituzione, appunto perché tale, abbia il dovere di raggiungere il proprio fine, è principio che non si pone in discussione: che, poi, per le istituzioni pubbliche riconosciute nell'ordinamento dello Stato, tale dovere sia*

cui non sono mancate acute critiche¹³, passa necessariamente attraverso la distinzione che l'A. compie tra le categorie giuridiche dell'obbligo e dell'onere, partendo dal noto insegnamento di Carnelutti¹⁴, per approdare alla definizione (pubblicistica) di onere¹⁵ come «*dovere finale*», vale a dire come «*situazione passiva del soggetto di fronte ad una regola finale, la quale [...] contiene un vincolo di natura economica, che gioca sugli impulsi edonistici, individuali, interni del soggetto*»¹⁶.

2.2. Superamento del concetto economico di onere tramite la sua desoggettivizzazione e funzionalizzazione all'interesse pubblico.

Va osservato come la ricerca compiuta da Resta sulla natura giuridica del concetto di buona amministrazione trovi un passaggio decisivo nel seguente ragionamento. L'A., infatti, ritenuta insufficiente la figura dell'obbligo per la sua particolare struttura e approfondita quella dell'onere, svincola quest'ultimo dalla tradizionale impostazione che esso recava come attività svolta dal soggetto nel proprio interesse e, 'desoggettivizzandolo', riesce a spiegare come l'onere non rappresenti un vincolo alla volontà dell'onerato per la salvaguardia di un interesse che gli è proprio, ma un vincolo posto nell'interesse pubblico¹⁷.

giuridico è affermazione variamente giustificata nelle sue cause, ma sempre accolta [...] nella sua entità da tutti i giuspubblicisti».

Nella dottrina classica, precedentemente allo scritto di Resta, sul dovere giuridico dello stato e dei suoi enti di raggiungere il fine suo proprio si v. G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1924, I, p. 390 ora anche in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1955, pp. 203 ss.; G. MIELE, *Le situazioni di necessità dello Stato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, pp. 377 ss., ma sul punto in part. 49, ora anche in *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1987, 169 ss.

¹³ E. CASSETTA, *Attività e atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, pp. 293 ss., ma sul punto in part. p. 302, dove in riferimento alla tesi di Resta e in particolare al fatto che «*buona amministrazione*» si identifichi con l'attività amministrativa perfettamente adeguata nel tempo e nei mezzi, al fine specifico da raggiungere, afferma come «*un dovere di comportarsi in siffatto modo non solo non esist[er]a, ma è inimmaginabile venga imposto ai titolari degli uffici, perché non è umanamente possibile pretendere l'osservanza; e soltanto ragionando per astrazioni si può arrivare a concepirlo*».

¹⁴ F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, vol. I, Padova, Cedam, 1936, p. 55, dove è affermato che la categoria giuridica dell'obbligo ricorre quando il vincolo contenuto nel comando impone al soggetto una condotta determinata per proteggere l'interesse di un altro soggetto, mentre la categoria giuridica dell'onere ricorre quando il vincolo imporrebbe al soggetto una determinata condotta per la protezione di un interesse proprio del soggetto medesimo.

¹⁵ Sul punto – questa volta in senso critico – cfr. G. FALZONE, *Il dovere di buona amministrazione*, cit., p. 78, il quale afferma come con tale nozione di onere «*si sia venuto a sforzare il concetto stesso e si è finito con il ricomprendere nel medesimo situazioni giuridiche fra di loro del tutto diverse, per cui non completamente infondata appare l'accusa di artificiosità mossa a tale concezione pubblicistica dell'onere che si distacca da quella tradizionale individualistica*».

¹⁶ R. RESTA, *L'onere di buona amministrazione*, cit., pp. 110-111, dove è richiamato dall'A. lo studio di G. BRUNETTI, *Norme e regole finali del diritto*, Torino, UTET, 1913, *passim* ma in part. p. 72.

¹⁷ Secondo l'A., tuttavia, non è che difetta nell'onere la soddisfazione di un interesse personale. Questo vi è sempre, ma in modo mediato ed indiretto; l'onere infatti necessita, per

Tuttavia, ricostruito in tali termini, si può osservare in modo critico come l'onere, ponendo una regola finale, non abbia valenza giuridica, ma economica; tant'è che né il precetto che esso contiene, né il dovere che ne consegue hanno valore per il diritto, mancando il tipico rapporto intersoggettivo che si instaura a seguito di una norma giuridica¹⁸.

Per superare tale inconveniente e avere validità giuridica, l'onere necessita di ulteriori elementi di specificazione che vengono individuati nelle cc.dd. regole finali. Queste sono regole poste dal diritto non solo per la protezione di un interesse che è proprio dello stesso soggetto (la pubblica amministrazione) come vincolo economico, ma anche per salvaguardare un interesse diverso e speciale (l'interesse pubblico), che non pertiene né al soggetto onerato, né a qualsiasi altro soggetto, *uti singulis* (come avviene nell'obbligo), ma è pubblico perché pertiene all'interesse della collettività organizzata¹⁹.

Da tali considerazioni deriva che solo mediante l'onere si può adempiere l'interesse pubblico generale. Più esattamente, secondo tale dottrina, implicando la considerazione di un sacrificio di un soggetto (la pubblica amministrazione) a favore dell'interesse dell'ordinamento giuridico (la platea dei privati), l'onere fa leva sugli impulsi 'edonistici' del soggetto medesimo incentivandolo – per procurare a sé stesso un beneficio, ossia il perseguimento di uno scopo – a compiere un sacrificio a favore del pubblico interesse²⁰. Si rende evidente, pe-

compersi, di una norma che faccia leva sugli impulsi edonistici del soggetto e lo spinga per procurare a sé stesso un beneficio, vale a dire il raggiungimento di un fine, a compiere un sacrificio a favore del pubblico interesse. Così l'onerato, vincolato a proporre la domanda se vuole far valere un diritto in giudizio, subisce un vincolo posto apparentemente nel suo interesse; ma la norma si fonda sugli stimoli che il bisogno di soddisfazione questo interesse generano sull'onerato per soddisfare l'interesse pubblico affinché le liti siano composte giudizialmente, ossia con l'intervento e sotto l'egida dello stato. Non mancherebbe quindi nell'onere, come qui inteso, un corrispettivo perché questo si ritroverebbe nell'interesse del soggetto onerato, considerato *uti civis*, ossia in quella ideale frazione di beneficio che deriva al singolo, non in quanto tale, ma in quanto membro della collettività.

¹⁸ R. RESTA, *op. ult. cit.*, p. 111, dove l'A. aggiunge come basti notare che «l'inosservanza della regola porti al mancato conseguimento dello scopo (mancata soddisfazione del bisogno) per concludere che si tratta di sanzione economica, non giuridica, poiché non tocca gli altri soggetti del diritto».

¹⁹ R. RESTA, *op. ult. cit.*, pp. 112-113. La differenza tra obbligo e onere risiede proprio nel fatto che con il primo si tutela l'interesse di un altro soggetto e con il secondo l'interesse della collettività. Sia nell'onere che nell'obbligo, in realtà, l'interesse del destinatario del precetto ha rilevanza giuridica, cioè funzionale, relativamente ad un altro interesse riconosciuto nell'ordinamento giuridico; con la differenza che nell'obbligo, essendo tale rapporto un mero sacrificio, non può essere lasciato al libero arbitrio degli stimoli dell'economia personale di esso, in virtù degli scopi che si è prefissato di conseguire. In definitiva, obbligo e onere, come relazioni, si equivalgono poiché ambedue rappresentano delle situazioni caratterizzate singolarmente dal fatto che la prima serve a rapporti tra soggetti e collettività, la seconda a rapporti tra soggetti come tali.

²⁰ R. RESTA, *op. ult. cit.*, p. 113, dove l'A., inoltre, afferma che «l'onere ha bisogno, per realizzarsi, di una norma avente struttura speciale (regola finale)».

raltro, come pure nell'onere vi sia un corrispettivo che si configura nell'interesse dell'onerato, considerato *uti civis*, vale a dire in quella ideale porzione di beneficio che consegue al singolo, non in quanto tale, ma in quanto membro della collettività.

Secondo tale impostazione, dunque, in tutta l'attività finale della pubblica amministrazione il dovere di raggiungere lo scopo amministrativo ad essa attribuito dalle norme giuridiche è rappresentato da oneri. Tali oneri, in particolare, vincolano l'organizzazione e l'attività della pubblica amministrazione in modo che venga soddisfatto l'interesse della collettività. Attività e organizzazione che sono sempre giuridiche, anzi «*giuridico-finali, poiché la volontà che ne determina i fini e ne impone il necessario e specifico raggiungimento è la volontà del legislatore*»²¹.

Va detto, in chiave critica, come in siffatta impostazione si giunga a negare al cittadino, *uti singulis*, la possibilità di domandare che l'adempimento «*di un determinato dovere (onere) amministrativo sia attuato nei suoi esclusivi confronti*», assicurando in questo modo all'interesse dei singoli soggetti, come tale, una «*protezione occasionale o condizionata all'adempimento dell'onere amministrativo*»²². Tale conclusione non è più compatibile con l'attuale ordinamento costituzionale, dove, come si vedrà, la ricostruzione del concetto giuridico del buon andamento e, quindi, dell'efficienza implica l'assolvimento pieno dei diritti delle persone che entrano in relazione con la sfera dei pubblici poteri o che dagli stessi devono ricevere protezione.

2.3. Le direttive di buona amministrazione quali regole finali che rendono efficienti l'azione e l'organizzazione

L'indagine di Resta, sulla falsariga dello studio di Forti²³, trova il suo punto nodale nella parte in cui vengono discusse le cc.dd. direttive di buona amministrazione. Si tratta delle regole²⁴ (finali e interne) che operano sull'azione e l'organizzazione per l'assolvimento degli scopi istituzionali propri dell'ente

²¹ R. RESTA, *op. ult. cit.*, 114. Secondo l'A., dunque, nell'attività amministrativa vincolata vi è sempre una norma finale in rapporto di presupposizione.

²² R. RESTA, *op. ult. cit.*, 115. Secondo l'A., inoltre, anche quando l'onere sembra coperto da un obbligo, in realtà esso non solo è presente, ma è il solo che vincola, con la sua tipica struttura, la volontà amministrativa.

²³ U. FORTI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Napoli, 1931, p. 84, dove l'A. afferma l'esistenza di «*norme di buona amministrazione*». Nella dottrina classica, sullo stesso punto, si v. anche G. ZANOBINI, *Le norme interne di diritto pubblico*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1915, 25.

²⁴ Va osservato come Resta impieghi appositamente il termine «*norma*» per indicare la regola giuridica in senso stretto e il termine «*regola*» per indicare tutti gli altri principi direttivi di condotta, che dalla norma giuridica notoriamente si differenziano.

pubblico e che, nel campo specifico dell'istituzione amministrativa, originano dalla stessa posizione di questa, come risulta dalla sua organizzazione e dai suoi scopi, svolgendo una funzione regolatrice dei rapporti che in tale sfera si esplicano²⁵.

Va osservato, sempre in chiave critica, come tale dottrina, sulla base dell'indagine svolta in relazione alla struttura degli *standards* dell'ordinamento inglese e di quello nord-americano²⁶, arrivi a considerare le direttive di buona amministrazione alla stregua di regole recanti un vincolo per il soggetto cui si rivolgono solo di tipo economico, cioè sanzionato solo economicamente.

Ciò perché la violazione delle direttive genera, come risultato immediato, il mancato raggiungimento dello scopo e, quindi, la mancata soddisfazione del bisogno; sicché il contenuto sostanziale delle direttive di buona amministrazione, corrispondente alla natura del comando da esse recato, è meramente economico o politico.

Stante tale carattere delle direttive di buona amministrazione va messo in rilievo, in conclusione, uno degli aspetti più interessanti che tale indagine ha messo in luce per i successivi sviluppi dell'argomento del buon andamento e più in generale dell'efficienza dell'organizzazione e dell'azione amministrative.

Si tratta dell'aspetto inerente alla flessibilità o, come si dice, alla elasticità²⁷ dell'agire amministrativo e del suo momento organizzativo e a cui le direttive di buona amministrazione – come regole finali – assolvono per fare in modo che l'ente pubblico adempia efficientemente il suo scopo istituzionale.

In quest'ottica il noto principio romagnosiano “massimo utile pubblico, con minimo sacrificio privato”²⁸ costituisce la regola di politica amministrativa

²⁵ R. RESTA, *L'onere di buona amministrazione*, cit., p. 126.

²⁶ R. RESTA, *op. ult. cit.*, pp. 118-128, dove sono svolti gli approfondimenti sulle direttive tramite il confronto di queste con gli *standards* degli ordinamenti inglese e nord-americano e dove sono richiamati *standards* quali *reasonable incident of service* (direttiva di ragionevole incidente di servizio), *standard of due process of law* (debita procedura di legge), *standard of due care under circumstances* (per l'apprezzamento della colpa in generale). Gli *standards*, in tali ordinamenti, si possono a grandi linee ricondurre alla dicotomia fra gli *standards* di razionalità (*reasonableness*) e quelli di opportunità (*expediency*).

²⁷ R. RESTA, *op. ult. cit.*, p. 129, dove è detto esattamente che le direttive di buona amministrazione rappresentano i «*giunti elastici*» dell'azione amministrativa. Per simile espressione, nella dottrina classica, si v. già D. DONATI, *Il problema delle lacune nell'ordinamento giuridico*, Milano, Società Editrice Libreria, 1910, p. 210; nonché F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, vol. I, cit., p. 135.

²⁸ G.D. ROMAGNOSI, *Principi fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni* (1814), IV ed., Prato, 1839, 15, nonché cfr. F. CAMMEO, *L'equità nel diritto amministrativo*, Discorso inaugurale, in *Annuario della R. Università di Bologna*, 1923-24, p. 28, dove lo stesso principio è formulato nel modo seguente: «*massimo utile pubblico, col massimo vantaggio o il minimo sacrificio al privato*».

che funge da principio generatore delle direttive di buona amministrazione. In ragione di ciò la funzione delle direttive di buona amministrazione consiste in un perfezionamento essenziale del sistema delle norme amministrative, vagliato nella sua attualità, e in un modo di affinamento del sistema stesso, nel suo divenire, in quanto le direttive indicano *«le variazioni e le modificazioni indispensabili alle norme, per tenere dietro al movimento incontenibile dei rapporti sociali da essi regolati e le attuano, mercé un processo di evoluzione, per cui una direttiva, consolidata dall'esperienza, può divenire norma giuridica»*²⁹.

In ultima analisi la “buona amministrazione” così concepita enuncia un concetto che può sintetizzarsi nei seguenti termini: è l'attività amministrativa perfettamente adeguata, nel tempo e nei mezzi, al fine specifico da raggiungere. Tale concetto di buona amministrazione non rappresenta dunque un *«quid mediū tra la cattiva e l'ottima amministrazione»*, ciò in quanto organizzazione e attività amministrative devono essere necessariamente adeguate non solo *«all'interesse pubblico generale, ma ai fini specifici assegnati alla pubblica amministrazione»*³⁰.

3. I primi contributi della dottrina sul principio di buon andamento dopo l'entrata in vigore della Costituzione

L'attenzione riservata da parte della dottrina all'argomento della buona amministrazione ha ricevuto un significativo impulso con l'introduzione nell'ordinamento italiano della Costituzione repubblicana.

Significativa di quel momento è, a tal riguardo, la seguente riflessione: *«il superiore accenno al bisogno che il Paese sia “bene amministrato” e che lo Stato sia un “buon amministratore”, e più ancora l'esplicita affermazione del costituente che stabilisce che nei pubblici uffici deve essere assicurato il “buon andamento dell'amministrazione”, ci inducono a ritenere che quella necessità della buona amministrazione che anteriormente si affermava in forza di un principio giuridico che non aveva però mai goduto di una sua esplicita enunciazione in alcuna norma positiva tra le tante che hanno regolato e regolano tuttora la multiforme attività della pubblica amministrazione, abbia ora trovato, invece, la sua formale consacrazione in una norma avente per di più, il valore giuridico di una norma costituzionale»*³¹.

Tuttavia, nonostante tale premessa, va osservato come in seguito all'entrata in vigore della Costituzione, e segnatamente nel periodo che va dalla fine degli anni '40 alla fine degli anni '50, il contributo che la dottrina amministrativistica e costituzionalistica offrì sull'art. 97 Cost., particolarmente sul pre-

²⁹ R. RESTA, *L'onere di buona amministrazione*, cit., p. 130.

³⁰ R. RESTA, *op. ult. cit.*, p. 128.

³¹ G. FALZONE, *Il dovere di buona amministrazione*, cit., p. 119.

cetto del buon andamento, risultò di scarso rilievo e nel complesso inidoneo a mettere in luce la portata precettiva, oltretutto innovativa, di tale norma.

Fra gli autori che nel predetto periodo si interessarono alla norma vi fu chi, come Amorth³², ricostruì l'art. 97 Cost., in relazione ad alcuni principi organizzativi del potere amministrativo-governativo, o chi lo ricondusse ai «*principi di massima*»³³ o ai «*vaghi principi ispirati a finalità di ordine morale*»³⁴ o, ancora, alle «*norme finalistiche*»³⁵.

Fra gli altri, Mortati³⁶ lo intese come norma inerente ai criteri generali dell'ordinamento, sottolineandone gli aspetti tecnici e di buona amministrazione riferiti al buon andamento e il principio di piena parità di trattamento per i cittadini come base del criterio di imparzialità ricavato dall'uguaglianza (art. 3 Cost.).

Esposito³⁷ lo interpretò con particolari accentuazioni della democraticità necessaria degli ordinamenti amministrativi e soprattutto in relazione al principio di imparzialità di numerose regole sulla pubblicità e sulla motivazione degli atti amministrativi, nonché dei principi inerenti all'eccesso di potere per ingiustizia e all'estensione del contraddittorio che avrebbe dovuto tradursi in onere generale dell'azione amministrativa, dimostrandone così l'indubbia importanza come principio informatore della trasparenza.

Casetta³⁸, invece, espresse non poche perplessità sul valore giuridico dell'enunciato costituzionale, così anche Ballardore Pallieri³⁹, i quali si dimostrarono

³² A. AMORTH, *La Costituzione italiana*, Milano, Giuffrè, 1948, spec. pp. 103 ss., ora anche in *Scritti giuridici*, vol. II, Milano, 1999, pp. 787 ss.

³³ F. PERGOLESI, *Diritto costituzionale*, Bologna, Zanichelli, 1952, p. 229.

³⁴ E. CROSA, *Diritto costituzionale*, III ed., Torino, Unione tipografica editrice torinese, 1951, p. 410.

³⁵ A. BOZZI, *I profili costituzionali della riforma della pubblica amministrazione*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 1950, 545, dove si rileva come il buon andamento sia la meta cui deve tendere il sistema di organizzazione degli uffici e dell'ordinamento burocratico e come l'imparzialità, in quest'ottica, rappresenti uno dei presupposti di tale buon andamento.

³⁶ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1952, p. 278.

³⁷ C. ESPOSITO, *Riforma dell'Amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, in Id. (a cura di), *La Costituzione Italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954, pp. 256 ss., dove si auspica, con largo anticipo rispetto alle riforme che verranno approvate solo a partire dagli anni '90, l'importanza dell'imparzialità come principio attraverso il quale realizzare la trasparenza dell'azione amministrativa. Secondo l'A., difatti, «*le mura degli uffici [pubblici] dovrebbero essere di vetro, mentre oggi, troppo spesso, sono del tutto simili a quelle degli uffici privati entro i quali si trattano in segreto questioni private*» (p. 257). In tal senso, «*si dovrebbe, cioè, prescrivere un principio che [...] le procedure amministrative siano sempre istruite in pubblico*».

³⁸ E. CASETTA, *Attività e atto amministrativo*, cit., pp. 293 ss., ma sul punto in part. p. 305, dove a proposito dell'art. 97 Cost. è detto che «*scarsi lumi forniscono all'interprete i lavori preparatori, nessun appoggio sembra consentito trarre da tale norma [...] per di più [la stessa] non detta al legislatore alcuna direttiva in ordine al fine da raggiungere, mentre soltanto dalla legge viene fatto dipendere l'instaurarsi o, in ipotesi, il permanere di un buon andamento della pubblica amministrazione*». Stante ciò, secondo l'A.,

rono piuttosto scettici circa l'efficacia della disposizione costituzionale. In particolare, secondo Casetta, «a parte il concreto e piuttosto dubbio valore giuridico dell'enunciato costituzionale», la norma avrebbe lo scopo di porre una riserva in materia di organizzazione dei pubblici uffici, dove il buon andamento costituisce una «tecnica di organizzazione degli uffici»⁴⁰. È ben nota, poi, la sua considerazione circa il fatto che tale norma «non è per definizione in grado di "assicurare" una buona amministrazione e d'altra parte, nei confronti dell'ente pubblico, il buon andamento è posto in termini di *sein* e non di *sollem*»⁴¹.

Non mancarono, nel periodo in questione, posizioni contrarie ad assegnare al criterio del buon andamento (e, nel caso di specie, anche al criterio dell'imparzialità) un qualsivoglia valore giuridico, come fu per le tesi di Cantucci⁴², e posizioni ampiamente favorevoli alla sua portata precettiva, come nel caso di Barile⁴³.

Benvenuti⁴⁴, soprattutto in relazione al principio di imparzialità – che sarà più tardi oggetto di approfondita analisi da parte di Allegretti⁴⁵ – ma con indubbe ripercussioni anche sul versante del principio del buon andamento, vide nella norma costituzionale la principale fonte da cui trarre una legge generale dell'azione amministrativa attraverso la quale informare l'attività dei pubblici uffici al contraddittorio paritario con il cittadino.

Nelle sue *Lezioni* del 1959-1960 Giannini⁴⁶, invece, interpretò il precetto costituzionale del buon andamento come norma direttiva dell'azione e

«l'art. 97 non possiede alcuna forza innovativa rispetto ad un principio tanto ovvio, quanto, [...] inconsistente per il diritto». Così non è per l'altro principio, quello dell'imparzialità, che secondo l'A. l'art. 97 della Costituzione «a differenza questa volta che per la buona amministrazione, rend[e] manifesto e assum[e] come vera norma giuridica rivolta ad ogni autorità amministrativa».

³⁹ G. BALLADORE PALLIERI, *La nuova costituzione italiana*, Milano, Carlo Marzorati Editore, 1948, spec. pp. 64 e 164 n. 88, dove è affermato come le norme di cui all'art. 97 Cost. sarebbero «regole generali circa i pubblici uffici, prive di ogni preciso contenuto giuridico»; nonché ID., *Diritto costituzionale*, III ed., Milano, Giuffrè, 1953, p. 368, dove, anzi, è detto che l'art. 97 Cost. «è privo di ogni preciso contenuto giuridico».

⁴⁰ E. CASETTA, *Attività e atto amministrativo*, cit., p. 305.

⁴¹ E. CASETTA, *op. loc. ult. cit.*

⁴² M. CANTUCCI, *La pubblica amministrazione*, in P. Calamandrei, A. Levi (diretto da), *Commentario sistematico alla Costituzione Italiana*, vol. II, Firenze, Barbera Editore, 1950, pp. 158 ss.

⁴³ P. BARILE, *Il dovere di imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Scritti in memoria di Piero Calamandrei*, vol. IV, Padova, Cedam, 1958, pp. 25 ss. e in par. p. 28, dove sono enucleate le specifiche condizioni di tecnica organizzativa per l'attuazione delle finalità poste dalla norma di cui all'art. 97 Cost. Tuttavia, in senso critico, si v. sempre E. CASETTA, *Attività e atto amministrativo*, cit., p. 305.

⁴⁴ F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 118 ss., poi in *Scritti giuridici*, cit., vol. II, 1117 ss.

⁴⁵ U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, Cedam, 1965.

⁴⁶ M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo (1959-1960)*, Roma, Jandi Sapi Editori, 1961.

dell'organizzazione della pubblica amministrazione e su questa linea, grosso modo, si pose anche il contributo di Lucifredi⁴⁷, il quale, già prima dell'emanazione dell'art. 97, comma 1, Cost. (oggi comma 2), auspicò la costituzionalizzazione del principio di «buona amministrazione»⁴⁸.

Proprio Giannini, peraltro, dapprima con le *Lezioni*⁴⁹ del 1950, poi soprattutto nelle *Lezioni*⁵⁰ del 1961 aveva segnato un primo importante passo verso l'elaborazione del buon andamento come canone dell'efficienza dell'azione amministrativa che la dottrina, se si tiene da parte lo studio di Falzone sul dovere di buona amministrazione del '53 il quale è da collocarsi nel filone di ricerche sulla buona amministrazione già avviato da Resta sul finire degli anni '30, seppe cogliere solo un decennio più tardi con gli studi di Nigro⁵¹ e Berti⁵² e poi sul finire degli anni '70 con la monografia sul buon andamento di Andreani⁵³.

4. Lo studio sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione e l'identificazione del buon andamento con il criterio di efficienza

4.1. La distanza dalle scienze non giuridiche e l'inquadramento del criterio di efficienza nell'ambito del diritto

Lungo il percorso che porta all'emersione del criterio di efficienza a partire dal buon andamento, un contributo di particolare importanza nella dottrina classica del diritto amministrativo è offerto da Nigro.

⁴⁷ R. LUCIFREDI, *La nuova costituzione italiana*, Milano, Società Editrice Libreria, 1952, p. 246, dove però si sottolinea come l'art. 97 Cost. sia da considerarsi una «importante norma direttiva [...] di politica legislativa».

⁴⁸ R. LUCIFREDI, *In tema di principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, in *Stato e diritto*, 1940, p. 312 ss., ma sul punto in part. 336 dove, più precisamente, l'A. auspicava che il principio di buona amministrazione fosse inserito nella sezione che si sarebbe dovuta dedicare all'attività amministrativa, dopo l'affermazione della subordinazione dell'organo amministrativo rispetto alla norma giuridica e la proclamazione della necessaria finalità di pubblico interesse dell'agire dei pubblici uffici. Sulla stessa linea si v. G. CHIARELLI, *I principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, *ivi*, 89 ss., in part. p. 102, n. 6.

⁴⁹ M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1950, p. 280.

⁵⁰ M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo (1959-1960)*, *cit.*, p. 52, dove è detto che con il buon andamento di cui all'art. 97 Cost. è stato elevato «un principio di scienza dell'amministrazione, quello dell'efficienza, a canone dell'attività di organizzazione giuridicamente rilevante».

⁵¹ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, *cit.*, spec. pp. 67 ss.

⁵² G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968, pp. 81 ss.

⁵³ A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, *cit.*, p. 1 ss.

Negli *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*⁵⁴, l'A. perviene ad identificare i connotati del canone di buon andamento di cui all'art. 97, comma 1, Cost., con il criterio di efficienza. Secondo l'A., infatti, «*niente sembra corrispondere a questi connotati meglio del c.d. criterio di efficienza, così come inteso dalle scienze amministrative, le quali vi ravvisano a buon diritto un principio implicito in qualsiasi comportamento razionale e quindi anche nel comportamento amministrativo*»⁵⁵.

Va osservato come l'elaborazione del criterio di efficienza offerta dall'A. sia nata anche dalla preoccupazione che egli avvertiva per la crescente influenza delle scienze non giuridiche sul diritto amministrativo, in particolar modo della sociologia e della scienza dell'amministrazione. Tant'è che lo stesso A. – quasi a voler giustificare il vivace dibattito che tali scienze stavano alimentando all'interno della dottrina amministrativistica⁵⁶ in relazione all'argomento del buon andamento dell'amministrazione – osserva significativamente come «*l'art. 97 abbia inteso rendere omaggio alle esigenze ed alle preoccupazioni che ispirano tali ricerche*»⁵⁷. Si tratta in realtà di una netta presa di distanza dall'evenienza che «*ricerche non giuridiche di natura applicativa (scienze o tecniche che si considerino)*»⁵⁸ possano spiegare la fattispecie giuridica.

In tal senso, secondo questo punto di vista, «*prima di rifiutare valore giuridico ad un enunciato normativo, deve essere esaurito ogni possibile tentativo di spiegare l'enunciato su quel piano*», né siccome il legislatore sembra aver accolto le esigenze delle scienze che si occupano delle condizioni organizzative della pubblica amministrazione può dedursi che i canoni enunciati dall'art. 97, comma 1, siano «*canoni non giuridici*»⁵⁹. Si avvertono, così, l'«*arbitrari[età] e la pericolos[ità]*» delle ricostruzioni del precetto del buon andamento elaborate sul terreno delle scienze e delle tecniche amministrative, date dal fatto che tali scienze spesso si esprimono con criteri e principi di amministrazione «*incerti e contraddittori*»⁶⁰.

Va detto che, al tempo in cui Nigro scrive, è forte l'eco dell'opera di Simon⁶¹, il quale aveva affermato che i principi e i criteri elaborati in seno alla

⁵⁴ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., p. 82.

⁵⁵ M. NIGRO, *op. ult. cit.*, p. 84.

⁵⁶ Sul punto si v. E. CASETTA, *Attività e atto amministrativo*, cit., pp. 305 e 355, dove l'A., dal vivace dibattito dei cultori delle scienze dell'amministrazione, deduce che i canoni presupposti al buon andamento siano di natura non giuridica.

⁵⁷ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., p. 82. L'A., in particolare, si riferisce a quanto affermato in tal senso da M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo (1959-1960)*, cit., p. 52.

⁵⁸ M. NIGRO, *op. loc. ult. cit.*

⁵⁹ M. NIGRO, *op. loc. ult. cit.*

⁶⁰ M. NIGRO, *op. ult. cit.*, pp. 82-83.

⁶¹ H.A. SIMON, *Administrative Behavior*, I ed., New York, 1947, trad. it. *Il comportamento amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 1958.

scienza dell'amministrazione risultavano spesso viziati dal «difetto [...] di presentarsi a coppie, quasi come proverbi. Infatti, per quasi ognuno dei principi in questione, se ne può trovare un altro opposto ed egualmente accettabile e plausibile. Sebbene queste coppie conducano a suggerimenti organizzativi nettamente in opposizione, niente nella teoria comunemente accettata indica quale dei due sia il più idoneo all'applicazione pratica»⁶².

Nonostante simili affermazioni, va detto che tale dottrina non ha inteso escludere del tutto la validità e l'utilità dell'apporto delle discipline non giuridiche al diritto, ma lo scopo è stato più che altro quello di coniugare la conservazione del valore giuridico del precetto di buon andamento con le esigenze delle scienze non giuridiche dell'amministrazione, sempre a patto che queste ultime «non si esprimano però negli incerti e contraddittori "principi"»⁶³.

Non è irrilevante, sul punto, sottolineare come il criterio di efficienza costituisca una sorta di polo d'attrazione della scienza e della sociologia dell'amministrazione che fanno poggiare i propri assunti su di una interpretazione razionalistica dell'operare umano che, a sua volta, rappresenta il presupposto indispensabile di ogni ricerca di tal genere. Lo si riscontra in quegli autori della dottrina classica come Weber⁶⁴ e Taylor⁶⁵, cui si devono le più decise considerazioni sul piano dell'organizzazione amministrativa.

In questa prospettiva, quindi, si è inteso risolvere il problema della preservazione del concetto giuridico di buon andamento attraverso l'individuazione di un criterio formale dell'organizzazione amministrativa che, «pur avendo radici non giuridiche, sia suscettibile di implicazioni giuridiche»⁶⁶. Sicché, a suo dire, nulla pareva corrispondere a tali caratteristiche meglio del c.d. criterio di efficienza.

Venendo alla parte propriamente ricostruttiva, va detto che nell'opera di Nigro si perviene al concetto giuridico di efficienza inizialmente solo sul versante dell'attività amministrativa e non anche su quello dell'organizzazione. In tal senso egli spiega l'efficienza dell'azione amministrativa scindendo le due relazioni che generalmente risultavano interconnesse in tale concetto: la relazione fra l'attività concretamente posta in essere dall'amministrazione e l'attività po-

⁶² H.A. SIMON, *op. ult. cit.*, p. 64.

⁶³ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., p. 83, e la n. 33, dove, rifacendosi all'insegnamento di P. GASPARRI, *La scienza dell'amministrazione*, Padova, Cedam, 1958, si ammette la possibilità che una specifica regola di tecnica dell'amministrazione sia assunta a contenuto di un comando normativo.

⁶⁴ M. WEBER, *The Theory of Social and Economic Organization*, New York, Oxford University Press, 1947.

⁶⁵ TAYLOR, *The Principles of Scientific Management*, New York, Harper & Bros. Publishers, 1923.

⁶⁶ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., p. 84.

tenzialmente compiuta dalla stessa e la relazione fra l'attività prefissata e i mezzi di cui essa dispone per compierla⁶⁷. Solo la seconda relazione, in quanto inerente non ai risultati dell'azione amministrativa, ma al suo sviluppo, pertiene al diritto, divenendo pregnante per quest'ultimo sotto il profilo dinamico dell'adeguatezza al fine dei mezzi giuridici disponibili⁶⁸.

Vero è che proprio dall'esigenza di proporzionare i mezzi allo scopo – allorché gli scopi sono determinati e quindi invariabili, come avviene per l'azione amministrativa – si giunge a riconoscere l'esistenza di una certa elasticità⁶⁹ nell'uso dei mezzi⁷⁰, proponendo così un concetto giuridico di efficienza che si sostanzia nell'assegnazione alla pubblica amministrazione di mezzi idonei a permettere «il miglior proporzionamento, al fine stabilito, dell'attività erogata»⁷¹.

4.2. Il concetto giuridico di efficienza secondo il principio di “elasticità” e “puntualità” dell'azione amministrativa

In particolare, il criterio di efficienza si risolverebbe sul piano giuridico in un «principio di elasticità o puntualità dell'azione amministrativa»⁷² tale per cui l'efficienza è da assimilarsi integralmente al principio di buon andamento⁷³ contemplato all'art. 97, comma 1 della Costituzione, dovendosi ritenere

⁶⁷ M. NIGRO, *op. ult. cit.*, 85, o con le parole dell'A.: la relazione tra «ciò che si è fatto e ciò che si poteva fare» e la relazione fra «ciò che si deve fare ed i mezzi di cui si dispone (idoneità a raggiungere il risultato voluto)».

⁶⁸ M. NIGRO, *op. loc. ult. cit.*, dove è definita «attribuzione di potere giuridico adeguato» la relazione che attiene all'efficienza come idoneità a raggiungere il risultato voluto. Va detto, inoltre, che la definizione, non interessando il risultato dell'azione, bensì il suo sviluppo può essere espressa in termini puramente deontologici ed è da ascrivere al «comportamento amministrativo».

⁶⁹ La necessità di elasticità dell'azione amministrativa è avvertita dalla dottrina antecedente l'opera di Nigro. Per la dottrina italiana si v. F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 190 ss.; G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, I ed., vol. I, Padova, Cedam, 1950, p. 37.

Per la dottrina straniera si v. J. RIVERO, *Les mesures d'ordre intérieur administratives: essai sur les caractères juridiques de la vie intérieure des services publics*, Paris, 1934, p. 255; H. EHMKE, «Ermessen» und «Unbestimmter Begriff im Verwaltungsrecht», Tübingen, 1960, p. 45; W. FLUME, *Steuerverwesen und Rechtsordnung*, in *Festgabe für Smend*, Göttingen, 1952, pp. 76 ss.; E. FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, vol. I, Berlin, 1961; J. PETOT, *Quelques remarques sur les notions fondamentales du droit administratif français*, in *R. Dr. publ. Sci. polit.*, 81, 1965, pp. 369 ss., ma in part. p. 390 ss. Con particolare riguardo all'organizzazione, si v. E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung: eine Untersuchung zum Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin, 1964, p. 381; A. KÖTTGEN, *Die Organisationsgewalt in VVDstRL*, Heft 16, 1958, pp. 172 ss.

⁷⁰ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., p. 85.

⁷¹ M. NIGRO, *op. loc. ult. cit.*

⁷² M. NIGRO, *op. ult. cit.*, 86 (corsivo dell'A.).

⁷³ M. NIGRO, *op. loc. ult. cit.*, in cui si afferma che il buon andamento, ai sensi dell'art. 97 Cost., intende garantire il principio di elasticità dell'azione amministrativa.

quest'ultimo nient'altro che la proiezione teorica nell'ordinamento dell'attitudine alla commisurazione dei mezzi ai fini che di volta in volta l'amministrazione va effettuando per realizzare in concreto l'interesse pubblico.

Il concetto giuridico di efficienza, in base al c.d. principio di elasticità, si tradurrebbe dunque in un margine di libertà per la pubblica amministrazione di scegliere i mezzi più adeguati al fine da portare a termine.

Si osserva come tale impostazione richiami la nota opera di Simon, nella parte in cui l'efficienza viene definita come «*adeguatezza o idoneità a raggiungere il risultato voluto*»⁷⁴. Più precisamente, secondo Simon il «*il criterio di efficienza permette di individuare quella scelta fra le alternative che è in grado di produrre il massimo risultato sulla base della disponibilità di una data quantità di risorse*»⁷⁵.

Tuttavia, in modo critico, va rilevato come in tale impostazione il concetto di efficienza non si distanzi molto dal concetto della massimizzazione delle utilità che viene postulato nella teoria economica⁷⁶, e in modo più marcato si accosta anche ad un concetto di efficienza di tipo produttivistico, per come enunciato dalle scienze economico-aziendalistiche. In quest'ottica si è ancora lontani, dunque, dal riportare il criterio di efficienza nell'alveo del diritto. Tuttavia, quello di Nigro è uno dei primissimi contributi che intravede il valore giuridico del criterio di efficienza nella previsione della norma costituzionale del buon andamento di cui all'art. 97, comma 1, Cost.

Nella sua opera, mediante l'assimilazione del canone del buon andamento al criterio dell'efficienza, viene posto in risalto come il processo decisionale dell'amministrazione non possa essere irrigidito dalle norme che stabiliscono le tipologie di interessi da soddisfare o dei quali si deve tenere conto nell'attività di ponderazione demandata all'amministrazione con l'esercizio della funzione pubblica⁷⁷. Ma la funzione deve essere conformata in modo tale che l'amministrazione e i suoi funzionari possano adottare la decisione più adeguata allo scopo perseguito, sempre avuto riguardo dei mezzi di cui si dispone al momento in cui la scelta deve essere compiuta.

⁷⁴ H.A. SIMON, *Il comportamento amministrativo*, cit., p. 273, dove si parla anche di «*successo nel raggiungimento del risultato*» o di «*potere adeguato, effettività, efficacia*». Lo stesso A., tuttavia, chiarisce come il concetto di efficienza si associ anche al «*rapporto fra costi e ricavi*».

⁷⁵ H.A. SIMON, *op. ult. cit.*, p. 272, (corsivo dell'A.).

⁷⁶ Va osservato, peraltro, come la massimizzazione dell'utilità o del benessere e, quindi, del valore di ciascun individuo costituisca un vero e proprio polo di gravità attorno a cui ruotano i postulati del metodo dell'AED. Sul punto si v. V. GASPARINI CASARI, *Analisi economica e diritto amministrativo*, cit., in part. pp. 263-264.

⁷⁷ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., p. 87, dove si osserva che «*l'autenticità*» del processo decisionale si esprime nella «*formulazione via via più concreta delle direttive di azione o nella definizione sempre più articolata dei metodi di tale azione; e, al di là di ciò, addirittura, nella identificazione della misura più adeguata a cogliere proprio la singolarità della specie*».

Per quanto riguarda i profili organizzativi si sostiene che il criterio di efficienza trovi applicazione oltre che, come appena visto, al contenuto dell'attività amministrativa anche al suo modo di farsi. Nel primo caso, il criterio dà luogo alla discrezionalità; nel secondo, dà luogo al potere di autoorganizzazione. Di qui se ne deduce che discrezionalità e autoorganizzazione sono previste dall'art. 97 come «*strumenti formali ed organizzativi idonei a garantire la concreta efficienza dell'amministrazione*»⁷⁸.

Se è vero che si può desumere dal principio di elasticità dell'azione amministrativa l'attribuzione e il riconoscimento di un potere di autoorganizzazione dell'amministrazione⁷⁹, allo stesso modo, secondo questa impostazione, sarà anche vero che dall'assegnazione di un potere di organizzazione derivi l'esistenza di un generale criterio di efficienza che informa l'azione amministrativa. Non a torto, in questo senso, si parla di «*catena concettuale*» in riferimento alla triade «*efficienza – elasticità – autoorganizzazione*»⁸⁰, che, peraltro, viene in vario modo ritenuta sussistente presso la dottrina classica da quelle affermazioni secondo le quali risulta «*un vecchio principio di diritto amministrativo che le autorità amministrative siano autorizzate – ed obbligate – ad assumere nella loro sfera di competenza tutte le disposizioni organizzatorie che sono necessarie all'adempimento delle finalità attribuite*», e ciò pare tanto più avvalorato dal fatto che oggi l'amministrazione «*ha bisogno di una certa elasticità [per adattarsi] alle sempre mutevoli esigenze che essa deve soddisfare*»⁸¹.

4.3. La relazione fra potere di autoorganizzazione ed efficienza dell'azione amministrativa

Di particolare rilievo, a tal riguardo, è l'affermazione in base alla quale l'art. 97, comma 1, Cost. ha positivizzato nell'ordinamento la regola dell'azione amministrativa come azione efficiente ed elastica⁸². Tant'è che secondo tale in-

⁷⁸ M. NIGRO, *op. ult. cit.*, p. 88. L'A., per argomentare l'assunto secondo cui la norma che attribuisce potere discrezionale all'amministrazione sia anche una norma di organizzazione, si rifà a M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo (1959-1960)*, cit., p. 96. Pure valido è il richiamo a C. MORTATI, voce *Discrezionalità*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. V, Torino, 1960, pp. 1104, dove è detto che «*nel caso di potere discrezionale se è vera la sua connessione necessaria con una funzione, e quindi con la legge di tale funzione, si deve ritenere che esso non sorga mai sulla base di una norma sulla produzione, dato che quella che lo istituisce ha un contenuto non già solamente organizzativo ma anche materiale, contenente anche se solo implicitamente la direttiva destinata a guidare l'interprete nella formulazione dell'intero precetto*».

⁷⁹ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., p. 89.

⁸⁰ M. NIGRO, *op. ult. cit.*, p. 90.

⁸¹ Cfr. E. FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, cit., p. 381; J. PETOT, *Quelques remarques sur les notions fondamentales du droit administratif français*, cit., p. 392.

⁸² M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., p. 90.

dirizzo il potere di autoorganizzazione dell'amministrazione non può che trovare il suo fondamento proprio nel criterio di efficienza⁸³. In questa prospettiva è possibile concepire l'art. 97 come norma che mette in relazione varie disposizioni della Costituzione, e in modo particolare gli artt. 5, 33, 39, 114, 128, ponendo in evidenza come i binomi efficienza/elasticità da un lato, autonomia/decentramento dall'altro, siano espressioni che pur restando su differenti livelli esprimono la stessa esigenza di fondo⁸⁴.

Secondo Nigro, infatti, risulta chiaro che la norma di cui all'art. 97 Cost. ha una funzione generale, non potendo essere considerata come un'entità a sé stante avente valore normativo limitato al solo apparato statale. Sono due le ragioni che deporrebbero a favore di tale affermazione: la prima risiede nel fatto che i principi posti dall'art. 97 Cost. sono, per loro natura, tali da investire tutta l'azione amministrativa; la seconda sta nel fatto che, solo contemplando in maniera composita tutti i meccanismi in cui si sviluppa la vita dell'amministrazione, il precetto dispiega interamente i suoi contenuti giacché viene arricchito di quegli elementi che rendono possibile l'esplicarsi della sua efficacia⁸⁵.

Tale dottrina ha osservato in modo critico come sia mancata – ad eccezione di Berti⁸⁶ – una lettura complessiva del primo comma dell'art. 97 Cost., la quale ponesse i canoni del buon andamento e dell'imparzialità⁸⁷ in rapporto fra di loro per cogliere l'esatto significato delle due espressioni. Si è inteso dare risalto, invece, ad una lettura (sostanzialistica) che stabilisse, da un lato, una regola di organizzazione (riserva di legge), dall'altro due regole sostanziali: imposi-

⁸³ M. NIGRO, *op. ult. cit.*, p. 91.

⁸⁴ M. NIGRO, *op. ult. cit.*, p. 90.

⁸⁵ M. NIGRO, *op. ult. cit.*, pp. 69-70.

⁸⁶ M. NIGRO, *op. ult. cit.*, p. 72, n. 10 dove l'A. riconosce come il contributo di G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., pp. 98 ss., costituisca «importante eccezione» proprio per il fatto di collegare imparzialità e buon andamento.

⁸⁷ Sul principio di imparzialità imprescindibile è il rimando a U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., *passim* ma in part. pp. 15 ss. dove è detto che «si radica sempre più l'idea che quella singolare parte che è l'amministrazione sua imparziale, e si fa corrispondentemente strada la persuasione più generale che essa debba sempre meglio diventare tale, se vuol rispondere ai bisogni insieme di libertà e socialità attraverso i quali si muove il travaglio costruttivo delle strutture dei pubblici poteri ai nostri giorni, in connessione con il passaggio dallo stato liberale allo stato sociale» (pp. 16-17). Poco dopo l'A. ricorda che in Italia «l'imparzialità è stata posta in capo alle disposizioni costituzionali concernenti specificatamente la pubblica amministrazione (articolo 97) come uno dei criteri basilari (assieme al buon andamento) per la ricostruzione giuridica di questo potere statale» (p. 17). Più avanti ancora l'A. colloca buon andamento e imparzialità sullo stesso piano. È detto, infatti, che «l'amministrazione obbedisce a due principi, da porre sullo stesso piano, che la determinano congiuntamente nel suo orientamento finalistico: il buon andamento e l'imparzialità. Il primo concerne l'ordinazione dell'amministrazione al suo fine primario, cioè all'interesse pubblico specifico, e si pone perciò come il canone primario regolativo della funzione; il secondo riguarda il rispetto degli interessi secondari, e si atteggia più come limite che come criterio positivo» (pp. 32-33).

zione all'amministrazione del dovere di imparzialità e del dovere di buon andamento (buona amministrazione), in assenza di un rapporto fra le due parti della norma⁸⁸.

In una prospettiva differente, si sostiene che nell'ordinamento non sussiste «né un dovere d'imparzialità, né un dovere di buona amministrazione» e anche laddove tali doveri esistano, «l'art. 97 non esaurirebbe le sue finalità nell'addossarli all'amministrazione o nel riconoscerne l'esistenza»⁸⁹. Si muove, in particolare, una critica all'impostazione di Bassi⁹⁰, il quale, sulla scorta della tesi di Falzone⁹¹, sostiene che «la doverosità dell'attività amministrativa non si esaurisce nell'esercizio del corrispondente potere, ma implica qualcosa di ben più penetrante e caratteristico consistente nella migliore soddisfazione dell'interesse affidato alle sue cure»⁹².

Diversamente, occorre appurare se tale esigenza si configuri come un autonomo dovere, al quale tuttavia non si riuscirebbe ad assegnare uno specifico contenuto o se, più correttamente, non si tratti di ciò che Giannini ha indicato come «il vincolo generico di ogni potere, pubblico o privato, discrezionale o vincolato, in quanto il potere medesimo è ordinato ad un fine, cioè è una funzione»⁹³. Per tali motivi, un'attenta lettura della norma costituzionale impone di andare oltre la finalità di collocare e di garantire sul piano sostanziale i due requisiti. In altre parole, la norma di cui all'art. 97 Cost., in conformità di quanto già acutamente affermato da Berti⁹⁴ e da Cannada Bartoli⁹⁵, impone di considerare i due requisiti come «risultati garantibili e assicurabili da un tipo di organizzazione, da certe regole d'organizzazione»⁹⁶. A tal proposito, infatti, si è pure osservato come tali risultati siano posti in termini di «*seim*» e non di «*sollen*»⁹⁷.

⁸⁸ Sul punto è richiamato in una prospettiva critica il contributo di P. BARILE, *Il dovere di imparzialità della pubblica amministrazione*, cit., p. 28, in cui si afferma che «lo scopo, l'affermazione centrale del costituente resta quella dell'elevazione a principi fondamentali costituzionali dei due canoni di buon andamento e di imparzialità della p.a.», canoni che secondo Nigro, in siffatta lettura, hanno natura sostantiva.

⁸⁹ M. NIGRO, *op. ult. cit.*, pp. 72-73 e pp. 75-76 nonché p. 77 dove, in modo più rigoroso, è detto che bisogna «escludere l'esistenza nel nostro ordinamento di un dovere di imparzialità e di buona amministrazione, la cui creazione o la cui ricognizione costituirebbe il nerbo della seconda parte del primo comma dell'art. 97».

⁹⁰ F. BASSI, *La norma interna*, Milano, Giuffrè, 1963.

⁹¹ G. FALZONE, *Il dovere di buona amministrazione*, cit., p. 111, ma in generale si v. quando detto sopra.

⁹² F. BASSI, *La norma interna*, cit., p. 260, il quale aggiunge: «posto che l'ordinamento giuridico perviene all'affidamento ad un soggetto pubblicistico di uno o più interessi collettivi affinché il medesimo provveda al loro soddisfacimento, è implicita nel fatto stesso dell'affidamento l'esigenza che il soggetto, così investito della funzione, la espliciti rettamente e saggiamente».

⁹³ M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, vol. I, cit., p. 280.

⁹⁴ G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., p. 59 ss.

⁹⁵ E. CANNADA BARTOLI, *Imparzialità e buon andamento in tema di scrutini di merito comparativo*, in *Foro amm.*, 1964, II, p. 73.

⁹⁶ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., p. 78.

⁹⁷ E. CASETTA, *Attività e atto amministrativo*, cit., p. 305.

Va detto, in conclusione, come tale impostazione abbia offerto un'interpretazione del precetto costituzionale del buon andamento, quale canone dell'efficienza, tesa al superamento di quelle letture che riservavano la norma esclusivamente all'attività del legislatore⁹⁸, estendendola così ad ogni attività (normativa) di organizzazione. Tale norma, in questa prospettiva, sarebbe stata vincolata ad edificare l'organizzazione in modo da assicurare, tramite di questa, l'imparzialità e il buon andamento dell'organizzazione e dell'azione amministrative⁹⁹.

5. L'emersione del concetto giuridico di efficienza: riconsiderazione dell'efficienza alla luce del principio solidaristico e adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale

Un altro contributo che, seppur non trattando direttamente l'argomento, offre un significativo apporto allo studio del precetto del buon andamento e con esso all'emersione del concetto giuridico di efficienza, è l'opera di Giorgio Pastori sulla *burocrazia*¹⁰⁰.

Il punto nodale che qui interessa mettere in luce è espresso nel passaggio in cui è spiegato che l'art. 97, comma 1, della Costituzione «*contiene una norma perfettamente concepita a concatenare i due aspetti in modo che uno sia in funzione dell'altro, e viceversa, e divengano entrambi espressione di una normativa unitaria dei poteri amministrativi*»¹⁰¹.

Difatti, secondo l'A., sebbene la norma costituzionale di cui all'art. 97 possa sembrare di carattere soltanto organizzativo, in realtà essa è ideata in modo che in un primo momento tutto sia riferito al buon andamento e all'imparzialità dell'amministrazione, ossia a due requisiti dell'agire amministrativo che sono i risultati direttamente preveduti dalla norma, e in un secondo momento sia collegata e subordinata alla disciplina dell'esercizio dei pubblici poteri, cioè ancora ai pubblici uffici.

In particolare, dal momento che l'azione amministrativa è a sua volta un'attività compiuta nell'esercizio dei poteri o al loro servizio, e pertanto ad es-

⁹⁸ Cfr. P. BARILE, *Il dovere di imparzialità della pubblica amministrazione*, cit., p. 28; E. CASETTA, *Attività e atto amministrativo*, cit., p. 315.

⁹⁹ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., p. 78, dove si aggiunge che la Costituzione si occupa chiaramente delle condizioni «*organizzative, strutturali, formali dell'imparzialità e del buon andamento*».

¹⁰⁰ G. PASTORI, *La burocrazia*, Padova, Cedam, 1967.

¹⁰¹ G. PASTORI, *op. ult. cit.*, p. 88.

si razionalizzata, non può dubitarsi che «*la cerniera delle due parti della norma sia sempre offerta dalla figura giuridica del potere*»¹⁰².

Anche tale dottrina ha contribuito a fornire al criterio dell'efficienza un significato rilevante per il diritto. Si parte dal presupposto di non considerare il buon andamento né come vincolo modale, né come scopo; si ritiene invece che il buon andamento debba essere ricercato in un criterio relativo al rapporto tra potere ed esercizio della funzione amministrativa. L'efficienza dell'amministrazione imporrebbe quindi una disciplina che permetta e che anzi faciliti l'esercizio dei poteri, affinché il potere ottenga lo scopo per il quale è stato attribuito all'ente pubblico¹⁰³.

Alla luce di siffatta nozione, secondo l'A., l'efficienza non solo troverebbe una sua validità a livello giuridico e supererebbe gli inconvenienti cui gran parte della dottrina¹⁰⁴ era incorsa nell'affermare il sussistere di un criterio di buona amministrazione nel merito dell'atto, ma avrebbe come unico principio la «*legalità del potere*». Legalità che riferita all'esercizio dell'attività amministrativa è necessità di funzionamento dell'insieme dei poteri e che postula prima di tutto l'esigenza di un risultato adeguato al potere e alla disciplina di questo. In ragione di ciò si perviene anche a considerare buon andamento e imparzialità come un'endiadi che propone una nozione unitaria di legalità o, come si dice, di legittimità¹⁰⁵.

Del contributo che Pastori ha offerto per la ricostruzione giuridica del concetto di efficienza, va messo in luce in modo più diretto l'impianto teorico su cui viene fatta poggiare tale ricostruzione, giacché alla stessa, nella parte conclusiva della trattazione, si farà implicitamente riferimento quando si esporrà la tesi sul concetto giuridico di efficienza.

L'idea da cui si muove è quella di riconsiderare il criterio di efficienza alla luce del principio solidaristico dell'ordinamento, in base al quale le posizioni giuridiche dei singoli si ripartiscono in due distinte categorie: affianco alle tradizionali posizioni di libertà, garantite e tutelate, si profila un diverso ordine di

¹⁰² G. PASTORI, *op. ult. cit.*, p. 89.

¹⁰³ G. PASTORI, *op. ult. cit.*, pp. 90-91, dove l'A., inoltre, spiega come la norma costituzionale in oggetto si sarebbe potuta rendere in una «*formulazione anche più ampia e pregnante*».

¹⁰⁴ Cfr. A. AMORTH, *Il merito degli atti amministrativi*, Milano, 1939; V. OTTAVIANO, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, cit., *passim*; C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Padova, Cedam, 1934; G. TREVES, *La presunzione di legittimità degli atti amministrativi*, Padova, Cedam, 1936; G. CODACCI PISANELLI, *L'invalidità come sanzione di norme non giuridiche*, Milano, Giuffrè, 1940.

¹⁰⁵ G. PASTORI, *La burocrazia*, cit., p. 91, dove si aggiunge che «*l'individuazione positiva di un valore connesso alle attività burocratiche serve da norma di chiusura del sistema, intendendosi che essa riassuntivamente esprima tutta la disciplina che concerne la burocrazia*».

posizioni che trovano il loro esplicito e generale riconoscimento in alcune norme fondamentali, e specialmente negli artt. 2, 3 e 4 della Costituzione.

In tal senso la Repubblica, oltre al riconoscimento e alla salvaguardia dei diritti di libertà, richiede anche «*l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*» e il dovere di rimuovere tutti gli ostacoli alla «*effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese*». Allo stesso tempo ad ogni cittadino viene richiesto di svolgere «*secondo le proprie possibilità e la propria scelta un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società*»¹⁰⁶.

In particolare, secondo questo punto di vista, i diritti di libertà rappresentano precisamente il limite dei poteri amministrativi e come tali sono sottratti ad ogni possibile forma di disciplina eteronoma, talché è sufficiente la loro titolarità per regolare conseguenzialmente ogni comportamento svolto nel loro campo, e in questa medesima titolarità si esaurisce e si risolve il loro rilievo giuridico.

I diritti e doveri delle persone costituiscono invece delle posizioni giuridiche strumentali, nel senso che li caratterizza un particolare aspetto dinamico, talché essi si risolvono e si definiscono tramite il loro esercizio. Essi, inoltre, si possono unitariamente definire dei poteri, essendo posizioni il cui esercizio è non tanto obbligatorio, quanto necessario al fine di poter ottenere il loro risultato giuridico. In tal senso rappresentano, a differenza dei diritti di libertà, il mezzo per conseguire degli scopi già determinati e le attività di partecipazione corrispondenti rappresentano a loro volta il fine cui i pubblici poteri devono tendere¹⁰⁷, anche quando tali poteri siano declinati mediante il criterio dell'efficienza.

6. L'emersione dell'efficienza come concetto giuridico nella teoria della pubblica amministrazione come organizzazione.

6.1. L'efficienza e l'attuazione di competenze-poteri come funzione di coesistenza dei poteri.

Un'altra tappa particolarmente importante per l'indagine che qui si sta conducendo sulla emersione del concetto giuridico di efficienza a partire dal

¹⁰⁶ G. PASTORI, *op. ult. cit.*, pp. 204-206.

¹⁰⁷ G. PASTORI, *op. ult. cit.*, pp. 210-212.

principio di buon andamento è rappresentata dall'opera *La pubblica amministrazione come organizzazione* di Giorgio Berti¹⁰⁸.

Vale la pena di anticipare come le acute riflessioni contenute in tale contributo e in generale nell'intera opera di Berti abbiano rappresentato una sorta di "retroterra culturale" da cui si sono originate alcune idee della presente indagine intorno al concetto di efficienza e che più compiutamente verranno esposte nella parte finale del contributo.

Volendo subito mettere in rilievo il carattere originale di tale opera e coglierne gli aspetti che fanno più di altri emergere il criterio giuridico dell'efficienza, pare opportuno ripercorrere due passaggi chiave dell'impianto generale del contributo bertiano.

Il primo passaggio è quello in cui si afferma che l'art. 97 della Costituzione rappresenta «un testo generale, dettato in funzione dell'organizzazione amministrativa, indipendentemente dall'essere questa propria dello Stato o di altri enti ed anzi con l'intento, meglio desumibile dal confronto con l'art. 5, di comporre, quanto meno sul piano organizzativo, in un insieme concettuale unitario, le molteplici espressioni organizzative di carattere pubblico»¹⁰⁹. Assumendo l'art. 97 in relazione soprattutto all'art. 5 della Costituzione, come si può desumere da tale passaggio, si ritiene che sia possibile considerare tutta la materia dell'organizzazione pubblica informata a certe linee direttrici aventi valore indipendentemente dagli ambiti speciali in cui esse vengono in concreto applicate.

Il secondo passaggio è costituito dall'affermazione secondo la quale «l'organizzazione, come è intesa nella carta fondamentale non è alcunché di formale o esteriore rispetto all'attività amministrativa [...]. La costituzione ha posto l'organizzazione in posizione centrale entro l'amministrazione, riconoscendo esplicitamente che dall'organizzazione stessa dipende non soltanto il buon andamento degli uffici [...], ma altresì la maniera sostanziale di condursi degli uffici stessi nella loro attività [...], tracciando così una linea di congiungimento tra i dati propriamente strutturali e quelli del funzionamento e dell'attività»¹¹⁰.

¹⁰⁸ G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968. A beneficio del lettore va detto che vi sono altre tre edizioni della stessa opera che sono circolate oltre quella di cui qui si è tenuto conto, vale a dire quelle del 1961, del 1963 e del 1965. Qui, come si può notare sin dalla prima citazione, si tiene conto dell'edizione dell'opera bertiana del 1968. Ciò giustifica anche il perché si sia anteposta la trattazione di Nigro a quella di Berti, sebbene quest'ultimo avesse ripubblicato per ben due volte *La pubblica amministrazione come organizzazione* quando nel 1966 usciva *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*.

¹⁰⁹ G. BERTI, *op. ult. cit.*, p. 73.

¹¹⁰ G. BERTI, *op. ult. cit.*, pp. 73-74.

Questa impostazione – a cui è stata mossa una critica da parte di Nigro¹¹¹ – denota dunque in modo particolare come i canoni costituzionali del buon andamento (d'ora in poi efficienza¹¹²) e dell'imparzialità siano direttamente collegati all'organizzazione e al contempo come gli stessi siano anche collegati tra di loro, risolvendosi buon andamento e imparzialità nel momento organizzatorio. In questa prospettiva, inoltre, si ritiene che «*l'imparzialità non è altro che una specificazione del concetto di buon andamento riferita ai molteplici contatti che l'amministrazione ha con le sfere individuali*»¹¹³.

Si è tuttavia obiettato che in tale ricostruzione l'art. 97 perda un valore normativo suo proprio e diventi mera descrizione di una fenomenologia che si ritrova in ogni ordinamento¹¹⁴. Si è pure eccepito che la nozione di efficienza derivante dall'impostazione di Berti sia insufficiente in quanto tale principio si risolverebbe esclusivamente nel momento organizzatorio, perdendo ogni valore precettivo applicabile all'attività¹¹⁵. A ben vedere, però, stabilire che efficienza e imparzialità dell'amministrazione si risolvono nel momento organizzatorio ha lo scopo di assegnare all'amministrazione un valore materiale. Per fare in modo che tale valore si affermi anche su di un piano più strettamente giuridico e non rimanga confinato nel campo etico e sociale, secondo Berti lo stesso valore deve manifestarsi in un momento definito e indipendente dei rapporti che si dipanano entro l'amministrazione o per i fini di questa.

¹¹¹ Cfr. M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., p. 70, n. 4 e p. 72, n. 10, dove l'A., citando l'edizione del 1963, afferma che Berti «*sping[e] oltre tale punto di vista, addirittura risolvendo imparzialità e buon andamento nel momento organizzatorio: con ciò l'art. 97 perde ogni valore normativo vero e proprio e diventa mera esplicitazione e descrizione di una fenomenologia la quale si riscontra in ogni ordinamento perché connotata con la stessa esistenza e gli stessi caratteri dell'organizzazione*».

¹¹² Nelle opere successive dell'A. l'identificazione tra buon andamento ed efficienza a livello terminologico non si porrà più in discussione. In tal senso si v. G. BERTI, *La responsabilità pubblica. (Costituzione e Amministrazione)*, Padova, Cedam, 1994, pp. 160 ss., ma in part. p. 163 in cui è detto che «*l'art. 97 [...] raccoglie i principi informatori dell'organizzazione amministrativa sotto i nomi dell'imparzialità e dell'efficienza*».

¹¹³ G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., pp. 100 e 109. L'A., inoltre, sostiene vi sia una netta distinzione fra l'imparzialità della legge e «*l'imparzialità dell'agire concreto*» (p. 102); tant'è che l'imparzialità «*è dell'agire concreto: costituisce cioè un problema che si determina rispetto all'attività [...]. L'imparzialità è una caratteristica dell'azione e riguarda colui che agisce*» (p. 102).

Sempre nel senso di ricomprendere l'imparzialità nel buon andamento si v. G. TREVES, *L'organizzazione amministrativa*, III ed., Torino, UTET, 1971, pp. 27-28, dove l'A. afferma che l'imparzialità è un concetto «*pleonastico, essendo già ricompreso nel primo*», e in tal senso «*l'aggiunta mira solo a porre in risalto il relativo aspetto*».

¹¹⁴ Cfr. M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., p. 72, n. 10, dove l'A. aggiunge che «*questo trascorrere dal piano normativo al piano descrittivo, e cioè sostanzialmente sociologico, costituisce il difetto fondamentale di tutta la ricostruzione del BERTI e ne vizia in radice le pur interessanti intuizioni particolari*».

¹¹⁵ Cfr. A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento*, cit., p. 24.

In risposta alle critiche mosse da Nigro e Andreani, va detto che lo scopo dell'impostazione bertiana è quello di sancire un contatto diretto fra precettività costituzionale e poteri dell'amministrazione, funzionalizzando questi ultimi direttamente alle finalità che il criterio di efficienza può rilevare. In questa prospettiva, all'emersione del concetto giuridico di efficienza si perviene facendo leva sulla nozione di potere. Il concetto di efficienza, in particolare, si coglie nel modo in cui i poteri vengono esercitati in coordinamento tra loro, essendo implicito in tale coordinamento la bontà dell'adempimento amministrativo¹¹⁶. Sicché l'efficienza consiste nell'attuazione di competenze-poteri, come funzione di coesistenza dei poteri nella rispettiva realizzazione, come specificazione del limite di espansione concreta di ciascun potere¹¹⁷.

Si comprende così il pregio della visione bertiana, che sta nel fatto di cogliere il contenuto funzionale del criterio di efficienza rispetto ad un ordinamento complesso nel quale la pluralità di poteri determina l'esigenza di un coordinamento, cui si può assolvere proprio per mezzo di tale criterio.

6.2. Oltre la nozione di buona amministrazione, l'efficienza come concetto esteso alla legittimità e non solo al merito amministrativo.

Venendo ad un altro profilo di interesse, secondo Berti il criterio di efficienza, nell'accezione che ne dà la Costituzione, non va inteso solo come «buona amministrazione»¹¹⁸ e, dunque, solo come merito amministrativo¹¹⁹, ma anche

¹¹⁶ Su di una diversa posizione riguardo alla nozione di coordinamento cfr. V. BACHELET, *L'attività di coordinamento della direzione pubblica dell'economia*, Milano, Giuffrè, 1957, p. 8; ID., voce *Coordinamento*, in *Enc. dir.*, vol. X, Milano, 1963, pp. 630 ss., il quale postula il coordinamento come «*sopraordinazione*» di figure soggettive.

¹¹⁷ G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., p. 97, dove l'A. aggiunge che «con ciò si può fissare il limite anche dell'organizzazione come forza determinante dell'attività e si può già stabilire, sulla base dell'anzidetta norma costituzionale, una nozione qualitativa di organizzazione come momento autonomo, suscettibile di una valutazione propria e implicante perciò un dimensionamento rispetto ad essa degli istituti relativi all'attività, agli atti e conseguentemente alle situazioni soggettive».

¹¹⁸ G. BERTI, *op. ult. cit.*, p. 95, n. 33. La critica di Berti è rivolta particolarmente alle impostazioni di Resta e Falzone. Secondo Berti «*le costruzioni della dottrina circa l'onere o il dovere di buona amministrazione [...] non spiegano il buon andamento, che si deve interpretare secondo gli orientamenti normativi che risultano dal complesso costituzionale relativamente ai pubblici poteri. Il pluralismo dei poteri è fondamentale ed allora la visuale cambia notevolmente, perché questo pluralismo è già tale da togliere ragione ad una ricerca volta a stabilire se e fino a che punto ci sia un onere o un dovere per il singolo potere di attuarsi in un certo modo [...]. Il buon andamento si pone in evidenza perciò non per il modo nel quale un potere, isolatamente preso, viene esercitato, ma per il modo nel quale più poteri vengono coordinati tra loro, implicita essendo in tale coordinamento la bontà dell'andamento amministrativo*». Ed è in tal senso che secondo Berti «*la buona amministrazione è in fondo un criterio empirico, e i problemi agitati intorno ad esso nascono dalla preoccupazione di individuare la sanzione del comportamento contrario ai criteri di buona amministrazione, la*

in senso più ampio e più rigoroso¹²⁰. È espressione semmai preliminare rispetto a quella di merito. Ciò perché nell'efficienza è compresa una valutazione complessiva dell'amministrazione dal punto di vista dell'attività che essa esplica. Oltre al merito, dunque, l'efficienza comprende anche la legittimità dell'agire amministrativo¹²¹.

In altri termini, secondo Berti, l'efficienza contempla un ambito di discrezionalità più ampio di quello che in genere veniva ascritto al merito amministrativo: circoscrive cioè in che misura la discrezionalità dell'amministrazione si trova in contatto diretto con la norma che ne prescrive il limite, e più in considerazione di siffatto limite che non della libertà di azione che viene accordata entro di esso.

Va detto, sul punto, come l'A. non consideri una novità per la scienza del diritto amministrativo il fatto che la funzione decisionale attenga all'intera fenomenologia di questa scienza e che tale funzione sia solo diretta, ma non irrigidita dalle norme che stabiliscono le tipologie di interessi da soddisfare; né è una novità che queste fasi della funzione decisionale facciano parte del diritto ed esprimano fenomeni giuridici di indubbio interesse anche se di difficile interpretazione. Per tale ragione è certamente importante che una norma costituzionale abbia assegnato dignità giuridica a questi principi e criteri dell'azione amministrativa, evidenziando l'apporto creativo dell'amministrazione nel processo decisionale.

Tuttavia, secondo Berti va osservato come nella valutazione dell'atto, riguardo al quale si valuta in genere l'organizzazione, il criterio di efficienza non venga colto, né in quanto rispettato né in quanto violato. Ciò, secondo l'A., sembra essere dovuto a due ordini di problemi: il primo attiene al fatto che la valutazione dell'organizzazione viene generalmente compiuta attraverso il mero confronto di una situazione organizzatoria con una norma; il secondo perché l'efficienza diviene oggetto di valutazione in un momento secondario rispetto a

sanzione cioè di norme non giuridiche [...] o [...] di accertare in qual modo l'ordinamento positivo reagisca ad una invalidità soltanto amministrativa».

Sul punto si v. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1989, pp. 581 ss., il quale ricollega il buon andamento alla buona amministrazione e chiarisce che tale principio esige che l'azione amministrativa sia necessariamente esplicita in vista della realizzazione di un'amministrazione efficiente e appropriata.

¹¹⁹ Sul merito amministrativo si v. B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, Cedam, 2013.

¹²⁰ È interessante notare come gli stessi autori che propendono per l'assimilazione dei concetti di buon andamento e merito amministrativo, poi non offrano che una, sostanziale, divergenza tra gli stessi. In tal senso cfr. P. BARILE, *Il dovere di imparzialità della P.A.*, cit., p. 136; C. MORTATI, *Ancora sul merito amministrativo*, in *Stato e diritto*, 1942, pp. 48 ss.

¹²¹ G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., p. 82.

quello in cui la stessa concretamente si trova ad operare, vale a dire nel momento in cui, dal confronto con certe norme, essa si trova recepita nei principi di legittimità e di merito.

Di qui l'esigenza di porre in risalto l'efficienza come canone direttivo dell'azione amministrativa ha il pregio di spiegare la giuridicità del momento attuativo dell'organizzazione amministrativa e dei poteri ad essa inerenti, attraverso una valutazione che è insita nell'attuazione medesima e la quale non può non influire quando l'azione amministrativa – ossia gli atti amministrativi di questa – si valuta come risultato di un certo procedimento, incidendo sull'atteggiarsi della legittimità e del merito nel caso concreto.

È possibile così notare che il criterio di efficienza precede e comprende, come sintesi di valori potenziali, le caratteristiche di legittimità e di merito riferite agli atti amministrativi. E ciò in quanto tali caratteristiche sono espressioni amministrative posteriori al momento dell'organizzazione, cosicché nell'organizzazione, che rappresenta il risvolto “dinamico” degli ordinamenti, è di fatti impossibile isolare la nozione di legittimità da quella di merito.

Secondo Berti resta inteso, peraltro, che nel movimento che caratterizza il fenomeno organizzatorio non è possibile distinguere, attraverso la determinazione di certi parametri, ciò che attiene al rispetto delle norme che stabiliscono limiti da ciò che concerne invece alle modalità di esercizio di una libertà sottoposta agli stessi limiti. Infatti, fintantoché si guarda all'atto compiuto, una separazione tra legittimità e merito è ammissibile, ma se si guarda al potere nella sua concreta estrinsecazione, tale scomposizione non è più possibile; e ciò in quanto non è immaginabile che le scelte discrezionali si facciano per il tramite di una diversa percezione del potere e della libertà di esercizio del potere. Il potere, in quanto entità già finalizzata, regge tutta l'attività che esso origina e la corrispondenza di tale attività con il potere si misura attraverso un metro unitario; sicché solo nella ricostruzione della genesi dell'atto si possono compiere distinzioni e in particolare quelle, sopra menzionate, tra legittimità e merito.

È in base ad una simile idea che il concetto di efficienza può essere riferito alla valutazione complessiva dell'attività svolta dall'amministrazione, ricomprendendo in esso la valutazione della legittimità e del merito della condotta, in quanto entrambi ritenuti indissolubilmente collegati tra loro nell'apprezzamento della correttezza e della bontà dell'azione amministrativa: da un lato, l'aspetto normativo-formalistico, che esprime la regolarità della potestà esercitata, dall'altro quello pratico-contenutistico, che evidenzia l'adeguatezza della scelta operata.

Ora, seguendo questa impostazione, si comprende meglio come l'efficienza sia anche un criterio della funzione amministrativa e, quindi, un elemento dinamico. Da qui l'idea che per realizzare l'efficienza si debba perpetrare una buona funzionalità e, al contempo, per realizzare il buon funzionamento dell'amministrazione occorre che gli strumenti che la stessa si trovi ad utilizzare siano di volta in volta adeguati all'azione che la stessa intenda esercitare.

La connessione obiettiva dell'azione amministrativa secondo criteri di funzionalità rappresenta già esplicazione dell'efficienza¹²².

Porre dunque l'efficienza come obiettivo dell'agire amministrativo vuol dire porre al contempo dei fini e dei limiti la cui mancata realizzazione o il mancato rispetto degli stessi si riverberano direttamente sulla sostanza dell'azione amministrativa, anche se il loro valore inerisce al momento dell'organizzazione. In tal senso si può affermare che il fine normativo diventa inevitabilmente una componente dell'organizzazione che si manifesta in concreto – in relazione, cioè, a determinate circostanze e a date fattispecie – onde per cui l'efficienza dell'amministrazione si esplica come carattere sostanziale dell'organizzazione medesima. Ciò implica necessariamente che l'attuazione dell'organizzazione dal punto di vista normativo comprenda l'efficienza come elemento indispensabile dell'agire amministrativo¹²³.

Il riferimento all'efficienza come ad un preciso contenuto giuridico, quale criterio dell'organizzazione e dell'azione della pubblica amministrazione, denota secondo Berti l'individuazione di questa in un momento che non può essere quello della norma né quello dell'atto. Essa, infatti, solo apparentemente rappresenta una sintesi logica, giacché si distingue per una propria significazione ed efficacia¹²⁴. Nell'impostazione bertiana quello dell'efficienza, del resto,

¹²² G. BERTI, *op. ult. cit.*, p. 84, dove l'A. osserva come il buon andamento costituisca un valore che riguarda il potere nella sua fase attuativa, ovverosia prima che esso si estrinsechi formalmente in un atto. Ne deriva che il buon andamento è un valore che acquista rilevanza soprattutto nell'organizzazione della pubblica amministrazione.

¹²³ G. BERTI, *op. loc. ult. cit.* È importante notare sul punto come l'A. concepisca il principio del buon andamento quale elemento sostanziale dell'organizzazione amministrativa. Questa affermazione implica tuttavia, come prerequisite essenziale, la concezione che l'A. ha del fenomeno organizzatorio: infatti egli ritiene che l'acquisizione completa del concetto di organizzazione possa raggiungersi, sulla base della c.d. obbiettivizzazione del potere, ossia del distacco dell'attività dall'atto, del distacco dell'organo dal soggetto, del distacco infine della produzione (dell'atto) dell'imputazione.

¹²⁴ L'affermazione della «giuridicità» delle norme di diritto amministrativo che sono esplicazione del principio di buon andamento si contrappone a chi ritiene che tale principio è solo regola dell'ordinamento interno della pubblica amministrazione e in quanto tale estranea all'ordinamento generale. In realtà si vuole asserire come questa regola – in quanto regola di condotta che indica il modo più adatto alla realizzazione dell'interesse collettivo – essendo

costituisce un criterio direttivo che dalla norma organizzatoria – se, e in quanto, questa lo contempra – si trasferisce sul piano dell'organizzazione o, per meglio dire, della realizzazione dell'organizzazione. In tal senso, la norma può considerare o anche non considerare l'efficienza, senza tuttavia pregiudicare l'effettività della stessa, che dal piano costituzionale si trasmette direttamente all'attività di organizzazione¹²⁵.

Su questo aspetto della ricostruzione bertiana del criterio di efficienza occorre soffermarsi ancora un momento.

6.3. La valorizzazione costituzionale del concetto giuridico di efficienza quale parametro di valutazione della proporzionalità e flessibilità dell'azione amministrativa

Si è detto che il criterio dell'efficienza, a cui sembra riferirsi la norma costituzionale di cui all'art. 97 Cost., può essere concepito come «*adeguatezza o idoneità a raggiungere il risultato voluto*»¹²⁶ da parte della pubblica amministrazione. In altri termini, l'efficienza per il diritto amministrativo può definirsi come la parabola dell'azione amministrativa, vista sotto la lente della valutazione del suo operato così come si è manifestato in concreto e rispetto allo scopo inizialmente prefissato dalla stessa amministrazione (idoneità a raggiungere il risultato voluto)¹²⁷.

In tal senso si può dire che Berti concorda con Nigro quando quest'ultimo afferma che il criterio dell'efficienza esprime una duplice relazione, ossia, da una parte, «*fra ciò che si è fatto e ciò che si poteva fare e, dall'altra, fra ciò che si deve fare e i mezzi di cui si dispone*»¹²⁸. Solo quest'ultima relazione, come visto, è rilevante per il diritto amministrativo, in quanto inerisce al profilo dinamico

destinata ad assicurare la prontezza, la semplicità, la speditezza, il rendimento e l'adeguatezza dell'azione amministrativa è senza dubbio rilevante dal punto di vista della funzione amministrativa.

¹²⁵ G. BERTI, *op. ult. cit.*, pp. 84-85, n. 23.

¹²⁶ Cfr. H.A. SIMON, *Il comportamento amministrativo*, I ed., *cit.*, pp. 269 ss.; ID., *The Proverbs of Administration*, in *Public Administration Review*, 1946, IV, pp. 33 ss.; C.J. BARNARD, *The Functions of the Executive*, Cambridge, 1938, pp. 19 ss., e pp. 56 ss.

¹²⁷ È opportuno ricordare che il canone dell'efficienza si basa su di un'interpretazione puramente 'razionalistica' dell'agire umano, la quale, a sua volta, rappresenta il presupposto necessario di validità di ogni ricerca di tal tipo. Tale aspetto si riscontra negli autori che si sono occupati dell'efficienza dal punto di vista sociologico e tra i quali si v. M. WEBER, *The Theory of Social and Economic organization*, *cit.*, pp. 1 ss.; TAYLOR, *The Principles of Scientific Management*, *cit.*, p. 1 ss.

¹²⁸ Cfr. M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, *cit.*, p. 84.

dell'adeguatezza al fine dei mezzi giuridici disponibili, secondo l'attribuzione di un potere giuridico adeguato.

Ma vi è dell'altro. In particolare, si osserva come la necessità di commisurare i mezzi giuridici al fine possa trovare realizzazione sul piano della prefissione di certi contenuti, sempre che si risolvano i problemi legati al fatto che si ricercano canoni generali d'azione mentre i fini sono molti e vari. Del resto, proprio dall'esigenza di commisurare i mezzi disponibili al fine perseguito dall'azione è implicito il riconoscimento di una certa libertà di apprezzamento, di una certa flessibilità dei mezzi giuridici¹²⁹.

Da questo punto di vista, dunque, si può ragionevolmente affermare che il risolto giuridico del criterio di efficienza si trova anche nell'attribuzione all'amministrazione di mezzi giuridici flessibili, mediante i quali assicurare la miglior proporzionalità, al fine stabilito, dell'attività erogata.

Si osserva, quindi, come sul piano strettamente giuridico il criterio dell'efficienza possa essere considerato come la valutazione in termini di proporzionalità, flessibilità e puntualità dell'azione amministrativa. Sicché si può dire che l'art. 97, comma 1 della Costituzione, quando attribuisce alle norme di organizzazione il compito di garantire il buon andamento dell'amministrazione, mira a salvaguardare proprio il criterio dell'efficienza come pieno valore giuridico.

7. Gli anni '70 del Novecento e il ricco panorama degli studi non giuridici dell'amministrazione

Il decennio degli anni '60 del Novecento si era chiuso con importanti traguardi cui la dottrina¹³⁰ era pervenuta soprattutto per merito delle opere di Berti, Pastori e Nigro, eppure altra autorevole dottrina, sebbene non ponesse più in dubbio che il criterio di efficienza giuridicamente rilevante ai fini del diritto amministrativo dovesse identificarsi con il canone del buon andamento¹³¹

¹²⁹ L'esigenza di flessibilità – o come si è detto di «*elasticità*» – è avvertita anche presso la dottrina classica straniera. In tal senso si v. E. FORSTHOFF, *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, Giuffrè, 1973. Nella dottrina amministrativistica italiana precedente a Nigro si v. soprattutto F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., pp. 190 ss.

¹³⁰ Negli anni '60 del Novecento, oltre le opere di Nigro e Berti, si segnala lo scritto di G. BARONE, *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1969, pp. 79 ss., dove l'A. afferma che l'efficienza «*accentua il momento di considerazione dell'interesse pubblico, in quanto comprensivo delle regole direttive dell'azione amministrativa delle quali bisogna conseguire i singoli fini pubblici, affinché si abbia buon andamento*».

¹³¹ M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 263, dove l'A. si domanda: «*ma "il buon andamento" è o no, nozione giuridica?*» e a cui segue la risposta:

sancito dalla disposizione costituzionale dell'art. 97, comma 1, mostrava come la scienza giuspubblicistica fosse ben lontana da spiegare in quali comandi giuridici si concretasse tale criterio¹³².

In questa prospettiva si è visto come le due opere maggiori, quella di Nigro e quella di Berti, nell'intento di identificare il principio di buon andamento con il canone dell'efficienza, si rifacessero alla medesima matrice concettuale che era quella di collegare la funzione con l'organizzazione amministrativa in modo da garantire sul piano della stessa organizzazione dei risultati apprezzabili sul piano del merito.

Gli anni '60, dunque, avevano costituito un periodo particolarmente prolifico per l'indagine sul precetto costituzionale del buon andamento e l'emersione dello stesso quale criterio dell'efficienza, ma non abbastanza da chiarirne la reale portata precettiva come canone giuridico e da rivolgere l'indagine verso mete che assicurassero l'effettività della tutela delle persone implicate nei rapporti con i pubblici poteri.

Gli anni che seguirono, salvo circoscritte eccezioni¹³³, non si caratterizzarono per studi di particolare rilievo sull'argomento nell'ambito della scienza giuridica, che si dimostrava così incapace di dare un nuovo e ulteriore impulso alla ricostruzione del concetto giuridico di efficienza valevole per il diritto amministrativo. Al contrario, nel panorama italiano gli anni '60 si distinsero soprattutto per i contributi offerti dalle scienze non giuridiche e particolarmente dalla scienza dell'amministrazione, dove si approfondì il criterio di efficienza attraverso alcune importati¹³⁴, le quali, inserendosi in uno specifico filone di

«L'opinione prevalente è che esso significhi "efficienza", secondo la nozione di scienza dell'amministrazione a cui sarebbe stato attribuito valore anche giuridico».

Per la stessa affermazione già prima si v. ID., *L'ordinamento dei pubblici uffici e la Costituzione*, in Aa.Vv., *Attualità e attuazione della Costituzione*, Bari, Laterza, 1979, p. 90 ss., ma in part. p. 101, dove è detto che *«la tesi prevalente [...] e più recente ha finito con l'intendere "buon andamento" come "efficienza" della pubblica amministrazione».*

¹³² M.S. GIANNINI, voce *Organi (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, p. 43, dove secondo l'A. il canone del buon andamento *«identificato con l'efficienza, non è ancora chiaro in quali comandi giuridici si concreti».*

¹³³ La scienza amministrativa continuò ad occuparsi dell'argomento dell'efficienza. In tal senso si v. S. SANTORO, *Il vizio di efficienza dell'azione amministrativa*, in *Cons. St.*, 1973, II, pp. 1372 ss., il quale partendo dalla tesi secondo cui l'efficienza rappresenta un criterio giuridicamente rilevante, lo esamina in negativo reputando l'inefficienza un vizio dell'azione amministrativa che si pone sullo stesso piano dei vizi di merito e di legittimità. Tra gli altri contributi nel periodo in questione si v. N. SPERANZA, *Il principio di buon andamento-imparzialità dell'amministrazione nell'articolo 97 della Costituzione*, in *Foro amm.*, 1972, II, pp. 79 ss.; F. TRAMONTANO, *Brevi notazioni in tema di efficienza della P.A.*, in *Nuova rass.*, 1979, pp. 295 ss.

¹³⁴ R. BETTINI, *Il principio della efficienza nella pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1969. Dello stesso A., sempre in relazione al criterio dell'efficienza, si v. ID., *Il principio d'efficienza in scienza dell'amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1968; ID., *Programmazione economica e teoria della efficienza pubblico amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1970; O. SEPE, *L'efficienza dell'azione*

studi¹³⁵, offrirono una ricostruzione del criterio che si ispirava ai postulati propri della scienza dell'amministrazione e della tecnica organizzativa¹³⁶.

Se la scienza e il metodo giuridico in Italia avevano compiuto il massimo sforzo nel decennio degli anni '60, a polarizzare l'attenzione sul concetto di efficienza per tutto il decennio successivo sarebbe stata dunque la scienza dell'amministrazione¹³⁷, la quale seppe cogliere e rivalutare gli studi classici compiuti dalla letteratura straniera nella quale, più di tutti, le opere di Fayol, Taylor e Weber influenzarono il pensiero dei cultori italiani di tale disciplina.

In tal senso, se da un lato Weber¹³⁸ aveva dato un impulso decisivo allo sviluppo della teoria sociologica della burocrazia, dall'altro Taylor e Fayol erano divenuti indiscussi punti di riferimento per gli studi sull'organizzazione scientifica e industriale del lavoro. Mentre Taylor¹³⁹ si occupò principalmente di ciò che avveniva a livello esecutivo nella produzione, sviluppando il suo studio dal basso verso l'alto nella gerarchia, Fayol¹⁴⁰ studiò l'alta gerarchia e sviluppò una idea dell'organizzazione amministrativa i cui principi derivavano dall'applicazione del metodo scientifico e sperimentale al governo degli affari. Analizzò le attività aziendali in funzioni, definì dei principi di organizzazione che sostenne fossero di valore universale, applicabili ad ogni organismo anche non aziendale. Entrambi gli studiosi avevano dato un grande influsso allo studio delle strutture organizzative interne rivolgendo gran parte delle loro ricerche ai modi per ottenere una macchina amministrativa efficiente¹⁴¹.

amministrativa, Milano, Giuffè, 1975. In precedenza, si v. anche O. SEPE, G. LEPORÉ, *Prospettive della scienza dell'amministrazione e rilevanza giuridica del principio di efficienza*, Milano, Giuffrè, 1970.

¹³⁵ Si fa riferimento alla collana dal titolo «*Raccolta di studi di scienza dell'amministrazione*».

¹³⁶ Cfr. M.S. GIANNINI, *La scienza dell'amministrazione*, in *La scienza e la tecnica della organizzazione nella pubblica amministrazione*, gennaio-marzo, 1961, 1, 3, ora in *Scritti*, vol. IV, Milano, 2004, 886 ss. (da cui si cita). Secondo l'A., a cavallo fra l'Ottocento e il Novecento, riguardo alla disciplina di scienza dell'amministrazione si affermarono due indirizzi. Il primo fu proposto da giuristi (Orlando, Presutti, Ferraris), i quali partivano dal concetto che la scienza del diritto si dovesse occupare solo degli aspetti di dogmatica giuridica dei fatti amministrativi, e non invece dei singoli istituti propri dei diritti positivi, i quali, pertanto, ricadevano nel dominio della scienza dell'amministrazione. Il secondo indirizzo ravvisò nella scienza dell'amministrazione una disciplina tecnica, e più precisamente, una tecnica applicativa. In Italia l'enunciazione di tale concezione si deve a Vacchelli, ma le applicazioni più importanti si ebbero in Belgio, Germania, Stati Uniti.

¹³⁷ In tal senso cfr. P. CALANDRA, voce *Efficienza e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Enc. giur.*, vol. XII, Roma, 1988, p. 1, dove è detto che «*la bandiera del buon andamento [...] continua ad essere raccolta soprattutto dagli studi di scienza dell'organizzazione, oscillando tra l'efficacia (idoneità a raggiungere l'obiettivo) e l'efficienza (capacità di farlo con la migliore combinazione di mezzi possibile)*».

¹³⁸ M. WEBER, *Economia e società*, Milano, Ed. di Comunità, 1986.

¹³⁹ F.W. TAYLOR, *L'organizzazione scientifica del lavoro*, Milano, Ed. di Comunità, 1954, in part. pp. 150 ss.

¹⁴⁰ H. FAYOL, *Administration industrielle et générale* (1916), Paris, Dunod, 1956.

¹⁴¹ Va osservato come in tali studi particolare risalto sia dato ad alcuni criteri quali la specializzazione, che veniva operata attraverso la distribuzione dei compiti e la suddivisione di

Da tali studi, i cultori italiani di scienza dell'amministrazione non avevano recepito solo i criteri tecnici per la ricostruzione del concetto di efficienza, ma si erano spinti sino al punto di offrire una propria tesi dell'efficienza sul piano giuridico, la quale non solo potesse sopperire alle manchevolezze della dottrina giuspubblicistica, ma potesse esprimere un autonomo punto di vista¹⁴². A tal riguardo, basti osservare come in una delle opere più rappresentative di tali studi si dedichi un apposito paragrafo all'efficienza come precetto giuridico di buon andamento¹⁴³, in cui tuttavia particolare enfasi è posta sulla questione del metodo¹⁴⁴ più che sulla ricostruzione in termini giuridici del criterio di efficienza¹⁴⁵.

Si afferma, in specie, come «*il mondo del diritto e della garanzia giuridica rappresent[ati] ancora e sempre la nobiltà, il momento elevato dell'organizzazione aziendale. La concezione aziendalistica si presenta invece modestamente con caratteristiche quasi mercantili (economicità, rapidità, efficienza). Eppure, questo aspetto dell'amministrazione moderna diviene, nonostante tutto, sempre più importante, appunto perché rappresenta un momento economico*»¹⁴⁶. Stante ciò, secondo tale dottrina «*vi è una economicità politico-sociale*

ciascuna operazione da svolgere nelle sue varie componenti; la standardizzazione nell'adempimento dei compiti, la quale comportava che i livelli più alti dell'organizzazione prescrivessero non solo il fine del compito specifico assegnato a ciascun organo, ma anche i mezzi per raggiungere il fine; l'unità del comando e la centralizzazione dell'attività di decisione; l'uniformità delle procedure.

¹⁴² In tal senso cfr. R. BETTINI, *Il principio di efficienza in scienza dell'amministrazione*, cit., p. 82, dove si afferma che la verifica dell'efficienza dell'azione amministrativa non può risolversi in un giudizio di legittimità, ma «*nella constatazione della razionale proporzione della congruità storica dell'azione amministrativa nel suo sforzo, articolarsi, strumentarsi rispetto al fine prestabilito*».

¹⁴³ Cfr. O. SEPE, *L'efficienza nell'azione amministrativa*, cit., p. 47, par. 8.

¹⁴⁴ Sull'autonomia della scienza dell'amministrazione si v. R. BETTINI, *La scienza dell'amministrazione come scienza sociale empirica e la nozione di amministrare*, in *La scienza e la tecnica dell'organizzazione nella P.A.*, 4, 1968.

¹⁴⁵ Volendo, invece, rintracciare la nozione di efficienza elaborata da Sepe all'esito dell'intero suo lavoro si può dire che l'efficienza viene postulata come un concetto relativo che va riferito alla fase dinamica dell'azione amministrativa, e non anche a quella «statica» della organizzazione. Sicché, in quanto tale, l'efficienza è verificabile solo *ex post*, non potendosi peraltro prescindere da quelle regole che sono utili a contrassegnare l'amministrazione pubblica da quella privata. Dalla relatività del concetto di efficienza viene fatto discendere che non esistono regole di «buona amministrazione», anche perché se tali regole si potessero dedurre in via generale sarebbero senz'altro giuridicizzabili.

¹⁴⁶ Cfr. O. SEPE, *L'efficienza nell'azione amministrativa*, cit., 47 (corsivo aggiunto).

Sul punto si v. F. BENVENUTI, *La scienza della pubblica amministrazione come sistema*, in *Riv. inter. sc. soc.*, 1965, p. 314, dove viene spiegato come «*fu proprio il diritto amministrativo a soffocare lo studio non giuridico dell'amministrazione*». Secondo l'A. ciò «*va imputato, da un lato, al maggior rigore formale delle costruzioni che esso era in grado di dare sulla base o, quanto meno, sugli stimoli che potevano venirgli da una elaborazione secolare della scienza giuridica in generale; dall'altro, e non come ad ultima causa, va imputato alla straordinaria ampiezza della legiferazione in materia amministrativa, divenuta solo ora un modo ormai tradizionale della nostra civiltà politica, ma dovuta, in realtà, ad una maniera di attuare il principio della divisione dei poteri che accentuava la funzione politica direttiva del Parlamento col conseguente*

dell'agire amministrativo che oggi acquista carattere, se non prevalente, certo non recessivo di fronte al momento giuridico garantistico»¹⁴⁷. Di qui l'affermazione secondo cui «la scienza dell'amministrazione, nel campo pubblicistico, non è più ancella del diritto», sicché deve «superarsi questo limite angusto affrontando l'analisi della organizzazione e dell'attività amministrativa non soltanto sotto il profilo [...] della garanzia giuridica», ma anche del dato economico¹⁴⁸.

È interessante notare come anche altra parte della dottrina del settore della scienza dell'amministrazione che si è occupata di formulare un criterio giuridico di efficienza abbia lamentato la marginalità cui tale disciplina era costretta da parte della scienza giuridica. Emblematiche in tal senso sono le affermazioni secondo cui «il problema dunque è quello dell'accertamento e della valutazione degli apporti che la scienza dell'amministrazione dà alla conoscenza del fatto amministrativo»¹⁴⁹. Ma si è consapevoli che la giuridicità del fatto amministrativo comporta necessariamente che dove si vogliano applicare ad esso i risultati, le indicazioni di altre discipline, e tra esse anche quelli della scienza dell'amministrazione, non può prescindere dalle qualificazioni giuridiche¹⁵⁰.

Come pure afferma Feliciano Benvenuti¹⁵¹, la scienza dell'amministrazione fornisce gli elementi per una continua azione di rinnovamento critico del diritto amministrativo, ma va tenuto sempre presente il metodo giuridico¹⁵² come punto di partenza per l'analisi della norma anche se que-

controllo del legislativo sull'esecutivo; controllo esplicantesi non solo attraverso il dibattito politico e quindi a posteriori, ma soprattutto attraverso la minuziosa regolamentazione dell'attività dell'esecutivo in termini di leggi e cioè in via preventiva».

¹⁴⁷ O. SEPE, *op. loc. ult. cit.* (corsivo dell'A.).

¹⁴⁸ O. SEPE, *op. ult. cit.*, p. 48.

¹⁴⁹ G. LEPORE, *Rilevanza giuridica del principio di efficienza nel fenomeno amministrativo*, in O. Sepe, G. Lepore, *Prospettive della scienza dell'amministrazione e rilevanza giuridica del principio di efficienza*, cit., p. 37, dove si aggiunge che «l'indagine sulla rilevanza delle regole e dei principi di scienza dell'amministrazione si sostanzia nella individuazione degli effetti giuridici delle regole non giuridiche e nell'esaminare quali implicazioni esse abbiano con le qualificazioni proprie del diritto amministrativo».

¹⁵⁰ G. LEPORE, *op. ult. cit.*, p. 38.

¹⁵¹ F. BENVENUTI, *Premesse giuridiche allo studio della scienza dell'amministrazione*, in *Atti del Primo Convegno di Scienza dell'amministrazione*, Varenna 26-29 settembre 1955, Milano, Giuffrè, 1957, pp. 83 ss. Benvenuti propone di mantenere l'autonomia scientifica del diritto amministrativo e il suo temperamento con la individuazione di una piattaforma in comune con la scienza dell'amministrazione.

Sempre in argomento si v. G. BERTI, *La struttura procedimentale dell'amministrazione pubblica*, in «Diritto e società», 1980, pp. 457 ss., in cui l'A. spiega che l'interpretazione della funzionalità amministrativa, sia nell'ottica giuridica che in quella della scienza dell'amministrazione, dovrebbe essere uno degli aspetti principali di un ipotetico lavoro di codificazione delle norme dell'azione pubblica.

¹⁵² Questa l'opinione di uno dei massimi esponenti italiani di scienza dell'amministrazione, G. CATALDI, *Sintesi dello stato attuale della tecnica dell'organizzazione nella Pubblica Amministrazione*, in *La scienza e la tecnica dell'organizzazione nella Pubblica Amministrazione*, 3,

sta fa riferimento a criteri o a concetti che sono propri di altre scienze, così come avviene nel caso dell'efficienza richiamata dall'art. 97 della Costituzione.

Altra dottrina pure rivendica la interdisciplinarietà dei metodi, ma a patto che ciò non porti a "diluire" il metodo giuridico nelle altre discipline sociali¹⁵³. In tal senso, la crisi del sistema amministrativo-legale non può essere superata solo «*fingendo l'estinzione del diritto e la consegna delle redini dell'azione pubblica al politico ed al sociale*». Se si vuole coniugare il diritto amministrativo con la scienza dell'amministrazione occorre che ciascuna disciplina proceda congiuntamente alle altre e, nel contempo, «*riadegui storicamente la propria autonoma funzione*»¹⁵⁴.

Una via comune, come visto, è stata pure indicata sia da chi ha accordato rilevanza giuridica all'organizzazione burocratica pubblica¹⁵⁵, sia da chi ha offerto una rilettura del potere amministrativo in senso sostanziale, non più come capacità formale di emettere provvedimenti, bensì come continuità tra la fattispecie legislativa astratta e la fattispecie concreta di amministrazione¹⁵⁶.

La fioritura degli studi di scienza dell'amministrazione e delle scienze economico-aziendalistiche cui si assisteva negli anni '70, quando si giunge ad accostare indistintamente il metodo giuridico ad altre discipline sociali, segna dunque un processo di rottura con tutti quegli orientamenti che avevano avvalorato l'autonomia del diritto pubblico e la sua sovraordinazione alle altre scienze che studiano l'amministrazione.

D'altra parte, che il diritto amministrativo stesse perdendo gran parte della propria autonomia era riconosciuto da autorevole dottrina¹⁵⁷, la quale, affermava l'insufficienza della scienza giuspubblicistica a garantire l'ordine

1968; ID., *Ancora sui rapporti della Scienza dell'Amministrazione con le altre discipline*, *ivi*, 4, 1968, dove è detto che «*non è possibile l'applicazione di regole organizzative senza tener conto degli indispensabili presupposti giuridici*».

¹⁵³ V. ANGIOLINI, *Il controllo di efficienza sull'attività locale. Tra diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione*, in *Il Politico*, 1980, 617 ss.

¹⁵⁴ V. ANGIOLINI, *op. ult. cit.*, p. 630.

¹⁵⁵ G. PASTORI, *La burocrazia*, *cit.*, *passim*.

¹⁵⁶ G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, *cit.*, pp. 15 ss.

¹⁵⁷ M.S. GIANNINI, *L'unità della scienza dell'amministrazione*, in *Atti del Primo Convegno di Scienza dell'amministrazione*, *cit.*, pp. 63 ss., dove l'A. propone la ricostruzione dei rapporti tra diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione. Tale ricostruzione ha peraltro la propria premessa nella più generale configurazione data alle caratteristiche del sistema dei pubblici poteri. Secondo l'A., infatti, il sistema giuridico non potrebbe più basarsi sul primato della legge, ma si svilupperebbe alla stregua di impulsi politici e sociali, solo frammentariamente e non sempre in modo veritiero riflessi nell'ordinamento normativo. In questa prospettiva viene, quindi, assegnato un ruolo rilevante agli aspetti non giuridici dell'azione amministrativa, rispetto ai quali appunto il diritto amministrativo non potrebbe svolgere neppure una funzione unificante di formalizzazione. Sempre sullo stesso punto si v. anche ID., *I pubblici poteri nello stato pluriclasse*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1979, pp. 389 ss.

nell'attività, tanto da invocare la scienza dell'amministrazione come unica possibilità di ricomporre l'unità dell'azione pubblica.

In chiave critica si rileva che l'applicazione esclusiva di un metodo non giuridico come quello della scienza dell'amministrazione o delle discipline economico-aziendalistiche si dimostra insufficiente a fornire un concetto di efficienza che non sia meramente di tipo tecnico-economico. Ciò perché tali discipline, studiando il fenomeno amministrativo nel suo momento teleologico, cioè in funzione dell'attuazione dei fini sostanziali, e giudicando il suo obiettivo – l'attività amministrativa – rispetto al proprio fine, nel senso di stabilire se essa sia o meno adeguata al fine stesso, perdono di vista la peculiarità del fenomeno oggetto di studio.

Un giudizio di scienza dell'amministrazione o di scienza economico-aziendalistica inteso a stabilire se una certa attività sia adeguata o meno al suo fine (giudizio di efficienza) deve presupporre in primo luogo l'esistenza di idonei parametri e definire il concetto di efficienza su presupposti oggettivi.

Tuttavia, nonostante la bontà degli intenti, dagli studi di scienza dell'amministrazione e soprattutto da quelli economico-aziendalistici non è dato rilevare la possibilità di operare un giudizio di efficienza in base a criteri oggettivi, ma solo l'applicazione di quei criteri di valutazione che si giustificano nell'ambito di una concezione produttivistica del criterio di efficienza.

8. L'efficienza come risultato-funzione dell'azione amministrativa nella struttura policentrica dell'ordinamento.

8.1. La critica alla tesi bertiana della pluralità di ordinamenti composti di poteri. Il coordinamento dei poteri come operazione che dà forma al profilo organizzatorio e funzionale del buon andamento.

Sul finire degli anni '70 la dottrina giuridica torna nuovamente ad occuparsi dell'argomento e lo fa attraverso un'opera che pone al centro del dibattito in modo diretto *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*¹⁵⁸.

Si tratta di un'opera che fa da spartiacque tra la dottrina classica e la dottrina moderna del diritto amministrativo e segna idealmente l'ingresso nella fase più recente dell'indagine che si sta svolgendo sull'emersione del concetto

¹⁵⁸ A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1979.

giuridico di efficienza in tale ambito del diritto. Con quest'opera, in effetti, si compie un ulteriore e decisivo passo verso l'identificazione del canone di buon andamento con il criterio efficienza.

Soffermandosi ad esaminare l'indirizzo di studi che, come visto, aveva posto al centro dell'attenzione il buon andamento quale previsione costituzionale che esprime principi o valori giuridici riassumibili nel dovere di buona amministrazione¹⁵⁹, si rilevava, in particolare, come il filone di studi avviato da Berti¹⁶⁰, il quale aveva posto al centro del dibattito teorico il pluralismo come pluralità di ordinamenti composti di poteri e aveva perciò affermato che l'attuazione del buon andamento si realizzava attraverso il coordinamento della pluralità degli interessi protetti, si esponesse particolarmente a due critiche: i) la prima, di natura terminologica, è rappresentata dal fatto che l'assenza di chiarezza precettiva del buon andamento si riverbera sul termine "coordinamento"; ii) la seconda, la quale riprende la critica che già Nigro¹⁶¹, come visto, ebbe a fare a Berti, è quella di ricondurre il concetto di buon andamento (e tramite di esso quello di efficienza) ad una dimensione puramente strumentale e dunque insufficiente a fornire allo stesso un qualche valore precettivo dal punto di vista giuridico¹⁶².

In relazione a quest'ultimo aspetto, il coordinamento dei poteri viene considerata un'operazione che dà forma al profilo organizzatorio e funzionale del buon andamento dell'amministrazione, così che lo stesso abbia in linea teorica un'efficacia anche contenutistica di conformazione degli interessi pubblici¹⁶³. Ciò, inoltre, «*comporta di accettare come conseguenza di un comando di ordine costi-*

¹⁵⁹ A. ANDREANI, *op. ult. cit.*, p. 19. Secondo l'A. il buon andamento era stato trattato in dottrina secondo tre indirizzi, cui possono ricondursi le varie posizioni teoriche. Nel primo indirizzo si afferma che il precetto costituzionale sul buon andamento non ha valore precettivo, ma solo programmatico. Nel secondo si riconduce tale precetto sostanzialmente al dovere (od onere) di buona amministrazione e quindi al criterio dell'efficienza. Nel terzo si considera il buon andamento come modalità di esercizio del potere amministrativo, al quale è funzionalizzata l'organizzazione dell'amministrazione.

¹⁶⁰ Cfr. G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., pp. 90 ss., in part. nota 28, dove è detto che «*il coordinamento [...] è alquanto essenziale, se riferito ai poteri e specialmente al loro pluralismo [...] l'essenza del fenomeno di coordinamento si coglie nell'interno della organizzazione e si svolge tra poteri e non tra figure soggettive*».

¹⁶¹ Come visto a proposito del contributo di Berti, questo fu criticato da Nigro in quanto a dire di tale A. l'impostazione bertiana risolverebbe il buon andamento nella «*descrizione di una fenomenologia la quale si riscontra in ogni ordinamento perché conaturata con la stessa esistenza e gli stessi caratteri della organizzazione*».

¹⁶² A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento*, cit., p. 29.

¹⁶³ Sul punto si v. S. STAMMATI, *Il buon andamento dell'amministrazione: una rilettura e principi per un ripensamento (riattraversando gli articoli 95, 3° comma e 97, 1° comma della Costituzione)*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 795 ss., ma sul punto p. 804.

*tuzionale la funzione prescrittiva di contenuti determinati (più o meno genericamente) che il meccanismo strutturale del coordinamento si trova ad assolvere*¹⁶⁴. Sicché, in questa prospettiva, appare chiarito pure il fine che tale dottrina intende realizzare, vale a dire quello di formare un legame tra gli aspetti strutturali e funzionali del buon andamento e gli aspetti sostanziali dell'amministrazione.

In linea generale lo scopo di questo studio sta nell'assegnare un «*compiuto significato precettivo alla disposizione costituzionale sul buon andamento dell'amministrazione*», tramite la ricerca nello stesso di un principio ricostruttivo dell'azione e dell'organizzazione amministrative tale per cui l'azione e l'organizzazione medesime possano essere complessivamente considerate all'interno di una «*struttura policentrica*»¹⁶⁵. In tale ottica per rendere effettivo il principio di buon andamento dell'amministrazione nell'ordinamento si deve partire dall'idea in base alla quale ogni soggetto o centro di interessi pubblico ha un'attività che va valutata solo in relazione all'attività degli altri soggetti o centri di interessi e non isolatamente.

A tal proposito, si afferma che la valutazione del buon andamento come composizione e armonizzazione degli interessi protetti non può arrestarsi al piano dei soggetti pubblici, né a quello del coordinamento fra poteri, e ciò perché il fatto di considerare gli interessi protetti come attuazione del potere trascende l'apprezzamento dei rapporti fra poteri. Ciò spiegherebbe anche perché l'altro principio, quello dell'imparzialità, sembri pertinente ad una sfera diversa e sostanzialmente più ristretta di quella del buon andamento, essendo «*l'uno predicabile soltanto da soggetti pubblici e l'altro esteso alla sfera più vasta degli interessi pubblici, come elemento di equilibrio fra gli stessi*»¹⁶⁶.

Altra peculiarità di tale impostazione è costituita dall'affermazione secondo cui il buon andamento può identificarsi con l'«*imparzialità intersoggettiva*», vale a dire con l'articolazione delle relazioni pubbliche intersoggettive che fanno in modo che gli interessi protetti sottesi all'azione di ciascun soggetto amministrativo si accordino con gli altri interessi, secondo il criterio ottimale ricavabile dall'ordinamento giuridico. Dal principio dell'art. 97 Cost. e sulla base di uno studio di Satta¹⁶⁷, sono anche enucleati dei principi complementari da cui si deduce la necessità giuridica del coordinamento degli interessi pubblici perse-

¹⁶⁴ A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento, cit.*, p. 55. Secondo l'A., inoltre, il raccordo tra organizzazione e prescrizione sostanziale degli interessi rappresenta un passo avanti qualitativo rispetto ai dubbi posti in passato dalla dottrina.

¹⁶⁵ A. ANDREANI, *op. ult. cit.*, p. 30.

¹⁶⁶ A. ANDREANI, *op. ult. cit.*, pp. 30-31.

¹⁶⁷ Cfr. F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, Cedam, 1969, 96.

guiti dall'amministrazione che costituisce, secondo Andreani, il fine ultimo dell'organizzazione per realizzare il buon andamento quale scopo dell'ordinamento pluralistico¹⁶⁸.

8.2. L'efficienza come parametro per la composizione intersoggettiva degli interessi protetti emergenti dal pluralismo organizzativo

Venendo ai profili che attengono più specificatamente alla considerazione del buon andamento come criterio di efficienza, secondo l'Andreani tale criterio può fungere da parametro per la composizione intersoggettiva degli interessi protetti emergenti dal pluralismo organizzativo; solo attraverso questa funzione può manifestarsi nell'ordinamento un concetto giuridico di efficienza.

In questa prospettiva, in modo condivisibile, tale dottrina afferma che l'efficienza è un'«unità di misura non di carattere economicistico ma giuridico, o quanto meno suscumbibile in principi valutativi giuridicamente rilevanti»¹⁶⁹. Tale considerazione, secondo l'A., non implica necessariamente che tutti i comportamenti amministrativi ripetano formule predeterminate per legge, né che venga meno il valore del potere discrezionale dell'amministrazione, ma che i precetti costituzionali del buon andamento e dell'imparzialità siano intesi quali canoni teleologici inerenti ad un quadro normativo coperto da riserva di legge e in cui, siccome gli stessi risultano formulati in modo ampio, siano ricercati i termini di riferimento che consentano di misurare il se e il quando della loro realizzazione.

Pure condivisibile è l'idea – che peraltro si rifà alle tesi di Berti¹⁷⁰ e Pastori¹⁷¹ – secondo cui buon andamento e imparzialità rappresentano principi strettamente complementari. In questa prospettiva, la proposta di un precetto di buon andamento che possa dirsi effettivamente autonomo e dotato di un valore precettivo non può essere favorevolmente sviluppata se non interpretandolo in stretta relazione con l'altro precetto dell'imparzialità¹⁷², sulla base di

¹⁶⁸ A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento*, cit., p. 38.

¹⁶⁹ A. ANDREANI, *op. ult. cit.*, p. 31, dove l'A. spiega come la linea di sviluppo del lavoro parte dalla insufficienza che la concezione tradizionale ha espresso in ordine al raccordo tra garanzia di legittimità e giurisdizione amministrativa.

¹⁷⁰ G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., p. 100.

¹⁷¹ G. PASTORI, *La burocrazia*, cit., p. 91.

¹⁷² Sul principio di imparzialità e i modi della sua tutela è imprescindibile il rimando a S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Milano, Giuffrè, 1973, *passim* ma per l'impostazione teorica in part. pp. 51 ss. Per l'esame dell'imparzialità in relazione all'efficienza dell'azione amministrativa in part. 65, dove, in riferimento all'ordinamento inglese, è detto che il tema dell'imparzialità «si pone in una zona di conflitto tra principii giuridici non scritti (che dispongono l'imparzialità dell'amministrazione) e leggi (che sono principalmente intese ad assicurare l'efficienza o la rapidità dell'azione amministrativa)».

un'endiadi che consente di avanzare una nozione unitaria di efficienza¹⁷³.

Alla base di tale impostazione, va detto, vi è l'interpretazione della norma costituzionale di cui all'art. 97 quale raccordo fra il momento funzionale (attività) e il momento strutturale (organizzazione) dell'amministrazione. In tale raccordo viene altresì avvertita l'esigenza che la cura degli interessi implicati nell'ordinamento amministrativo si realizzi in modo sostanzialmente soddisfacente e non solo in modo formalmente corretto¹⁷⁴. L'idea della struttura amministrativa pluralistica postula per tale via che il buon andamento non debba valutarsi avendo riguardo solo alla legittimità formale degli atti, ma debba essere la risultante di due momenti compositi: da una parte l'attività (e non il solo atto) preordinata al soddisfacimento di specifici interessi protetti, dall'altra l'ottimale combinazione di una pluralità di centri di attività (e di interessi) compresenti nell'organizzazione¹⁷⁵.

In questa prospettiva, si osserva come il risultato del buon andamento o efficienza della «organizzazione-attività» complessivamente considerata sia ottenibile solo in un quadro più generale dell'ordinamento, il quale sia comprensivo dei rapporti di interessi valutati intersoggettivamente e non limitatamente all'attività dei singoli soggetti. Ciò – viene spiegato – vale a maggior ragione per il criterio di efficienza che è nozione di valutazione generale e comprensiva non solamente del risultato, ma anche della funzione, giacché l'efficienza è un “risultato-funzione” che ha natura di parametro valutativo in base all'attitudine che esso possiede di raggiungere il fine prestabilito.

Di qui si considera la nozione giuridica di efficienza quale condizione essenziale dell'esigenza di buon andamento dell'amministrazione che, non limitandosi ad indicare concetti generali come quello di flessibilità o di elasticità dell'azione amministrativa (in riferimento all'opera di Nigro) o altri ancora di natura puramente economica (in riferimento agli studiosi di scienza dell'amministrazione), sia idonea ad assicurare «l'armonia degli interessi protetti emergenti»¹⁷⁶. Tale condizione, secondo l'A., è soddisfatta solo se si dà una possibilità «di unificazione (articolata) della pluralità amministrativa», in ragione della quale «la nozione di buon andamento da funzionale si manifesta nuovamente come strutturale in un interscambio continuo»¹⁷⁷.

¹⁷³ A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento*, cit., p. 32, dove è detto anche come tale lettura della norma costituzionale si muova nella direzione giusta, giacché respinge suggestioni che nascono da letture dell'art. 97 Cost. semplificate e in base alle quali buon andamento e imparzialità si porrebbero su piani diversi se non addirittura antitetici.

¹⁷⁴ A. ANDREANI, *op. ult. cit.*, p. 38.

¹⁷⁵ A. ANDREANI, *op. ult. cit.*, p. 39.

¹⁷⁶ A. ANDREANI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁷⁷ A. ANDREANI, *op. loc. ult. cit.*

Si rende evidente come alla base di tale impostazione vi sia la considerazione del criterio di efficienza quale ‘risultato’ dell’attività e dell’organizzazione amministrativa. Ma l’aver declinato il concetto di efficienza secondo l’idea di risultato – come meglio si vedrà tra poco – implica già di per sé l’idea di un concetto tecnico-economico di efficienza. Non è sufficiente, infatti, affermare che «non si deve portare il discorso sul piano efficientistico [...] dal momento che il buon andamento in senso giuridico resta comunque nozione essenzialmente diversa dal buon andamento in senso tecnico», se poi, subito dopo, si postula che il «contenuto precettivo del buon andamento» si risolve in un «sistema di applicazione di [...] strumenti di organizzazione atti a garantire [...] la (ottima) soddisfazione (globale) dei molteplici interessi»¹⁷⁸.

Nella parte in cui viene esposto il buon andamento come precetto sostanziale vi è un passaggio dove si legge quanto segue: «In primo luogo la qualificazione di “buono” (buon andamento, buona amministrazione) non è riferibile ad un giudizio di valore di carattere morale e soggettivo, ma ad un giudizio di valore giuridico; il problema è poi quello di attribuire alla qualificazione giuridico-formale un contenuto anche sostanziale e cioè di tipo giuridico-sostanziale-economico» tant’è che «tutto lo svolgimento del saggio è impegnato al conseguimento di questo risultato, ad avvicinare le valutazioni socio-economiche, sostanziali al contenuto dei valori giuridicamente affermati nell’ordinamento»¹⁷⁹.

Da ciò è dato rilevare, in senso critico, come nella nozione di buon andamento (e, quindi, di efficienza) avanzata da tale dottrina non si riesca a separare il contenuto giuridico da quello puramente economico o attinente alla sfera economica, ma anzi, si dia vita ad un circolo di eterointegrazione della fattispecie normativa con altri criteri o principi extragiuridici che non consentono di cogliere la nozione in questione come appartenente esclusivamente alla sfera del diritto.

Come si è correttamente avvertito, in tale impostazione si considera l’art. 97 Cost. quale norma che «riconosc[e] tutt’al più l’attitudine dei principi extranormativi che costituiscono il merito a porsi come elemento integrativo di un principio di rilevanza costituzionale»¹⁸⁰.

Va detto, tuttavia, che l’opera in questione per quanto concerne lo studio del canone di buon andamento ha senz’altro segnato l’avvio di una nuova fase per la dottrina amministrativistica, la quale, da quel momento non potrà più in discussione l’identificazione di tale canone con il criterio dell’efficienza, né re-

¹⁷⁸ A. ANDREANI, *op. ult. cit.*, 41, (secondo corsivo aggiunto).

¹⁷⁹ A. ANDREANI, *op. ult. cit.*, pp. 150-151, n. 4, (corsivi aggiunti). L’A., in particolare, si pone nella prospettiva dello studio di F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, cit., p. 98.

¹⁸⁰ P. CALANDRA, voce *Efficienza e buon andamento della pubblica amministrazione*, cit., p. 2.

vocherà più in dubbio la sua portata precettiva, ma anzi si proietterà alla ricerca, con maggiore cognizione di causa, dell'individuazione del concreto valore giuridico da assegnare a tale criterio.

SEZIONE II

Profili ricostruttivi

9. Il retroterra culturale e le ragioni dell'inserimento dei criteri di matrice economica nella legge generale sul procedimento

9.1. Il "Rapporto Giannini" e le principali cause dell'inefficienza della pubblica amministrazione

Con l'analisi del precedente contributo si chiude idealmente la parte dell'indagine dedicata all'individuazione del concetto giuridico di efficienza nella dottrina più risalente nel tempo e si apre quella volta a ricercare la configurazione di tale concetto nella letteratura più recente.

In questo nuovo orizzonte di ricerca sicuro rilievo riveste l'emanazione della fondamentale legge sul procedimento amministrativo¹⁸¹ (l. n. 241/1990),

¹⁸¹ In Europa il procedimento amministrativo trovò la sua prima disciplina in Austria, agli inizi del secolo, ma sono divenute un archetipo le leggi del 1925; ad esse si ispirarono le leggi adottate in Polonia, Cecoslovacchia, Jugoslavia e Ungheria. Dopo il 1945, questi Stati hanno ridisegnato le leggi sul procedimento. Successivamente sono state emanate le leggi sul procedimento in Spagna e negli Stati Uniti sino a quella in Germania occidentale del 1980. In Italia si discusse a lungo, sin dal 1948, sull'opportunità di adottare una legge generale e furono elaborate alcune proposte di legge fra cui la più importante è quella di Lucifredi che risale al 1958, ma il Parlamento non giunse mai a portare a conclusione l'iter approvativo. Si dovette attendere l'inizio dell'ultimo decennio del Novecento per vedere promulgata la l. 7 agosto 1990, n. 241 sul procedimento amministrativo e sull'accesso ai documenti. Per un'ampia trattazione delle procedure negli Stati sopra citati si v. G. PASTORI (a cura di), *La procedura amministrativa*, cit., passim. Sull'importanza dell'approvazione della legge del 1990 si v. S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, III ed. riv. e agg., cit., 326 ss., dove si parla di «rivoluzione amministrativa» e si spiegano le necessità che hanno portato anche l'Italia ad approvare una legge generale di procedura. In tal senso, secondo l'A., si possono individuare tre ragioni: i) per diminuire il disorientamento del cittadino dinanzi al numero e alla varietà delle strutture procedimentali; ii) per assicurare all'interno delle amministrazioni un giusto equilibrio tra il bisogno di autonomia dei corpi amministrativi funzionali e la necessità di controllo di quelli centrali; iii) per garantire le situazioni giuridiche soggettive dei cittadini, scarsamente protette dai giudici. Secondo l'A., dunque, la legge generale sul procedimento del 1990 «risponde sia a bisogni del corpo amministrativo (secondo motivo), sia ad esigenze relative ai rapporti tra amministrazione e cittadini (primo e terzo motivo)».

In argomento si v. gli atti del Convegno di Messina-Taormina, poi raccolti in F. TRIMARCHI (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1990; i quali costituiscono un immediato antecedente della

la quale all'art. 1 dà piena dignità giuridica all'efficienza come principio cardine dell'azione amministrativa. L'art. 1 della l. n. 241/1990, nella parte in cui prevede che l'azione amministrativa sia retta da criteri di matrice economica, costituisce una novità di particolare importanza per l'ordinamento amministrativo italiano, nel quale, prima di allora, non si erano avute norme di diritto positivo che facessero espressamente riferimento a tali criteri come principi ordinatori dell'attività della pubblica amministrazione.

La novità che si registra con l'introduzione dei criteri economici e in particolare del canone di efficienza nella legge generale sul procedimento amministrativo non è tuttavia frutto di un'elaborazione estemporanea del legislatore, ma è in realtà il portato di un forte retroterra scientifico e culturale che si era prodotto da circa un decennio precedentemente all'emanazione della legge stessa. Si deve infatti fare un passo indietro e tornare agli anni '80 per comprendere le ragioni dell'introduzione dei principi e criteri della scienza economica all'interno della prima e più importante legge di procedura amministrativa dell'ordinamento italiano.

In Italia questi anni costituiscono un periodo di transizione particolarmente delicato, dove è in atto un profondo mutamento culturale in relazione alla percezione delle istituzioni pubbliche che i cittadini hanno come enti non più funzionali alla cura degli interessi della collettività. Da più parti si lamenta una scarsa rispondenza degli apparati burocratici dello stato al moderno contesto economico e industriale di mercato. Le amministrazioni si dimostrano così incapaci di soddisfare in modo adeguato i fabbisogni pratici di privati e imprese, che sempre in maggior misura si trovano ad essere attratti da un contesto di ordine globale in cui si fa largo in modo assorbente la dinamica dell'economia del libero mercato.

In questo contesto, particolare interesse ai fini dell'indagine riveste il "Rapporto sui principali problemi dell'Amministrazione dello Stato" (d'ora in poi *Rapporto*), presentato al Parlamento dall'allora Ministro per la funzione pubblica Massimo Severo Giannini. Non è un caso, d'altra parte, se da tale do-

l. n. 241/1990, nonché quelli del Convegno di Perugia, poi raccolti in B. CAVALLO (a cura di), *Procedimento amministrativo e diritto di accesso*, Napoli, ESI, 1991.

Per un quadro generale, fornito subito dopo l'emanazione della legge 7 agosto 1990, n. 241, si v. G. CORSO, F. TERESI, *Procedimento amministrativo e diritto di accesso*, Rimini, Maggioli Editore, 1991.

Per un'ampia trattazione in chiave storica che ripercorre le tappe dell'approvazione della legge sul procedimento, guardando anche al passato e al fallito tentativo di una legge generale di procedura da parte della commissione Forti negli anni '40 dello scorso secolo, si v. L. ACQUARONE, *Il problema generale dell'azione amministrativa: dai primi tentativi alle leggi in vigore*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, cit., spec. pp. 3-12.

cumento sul finire dell'ottava legislatura prende concretamente avvio l'iter che, attraverso la commissione di studio coordinata dallo stesso Giannini¹⁸², porterà all'approvazione della legge generale sul procedimento amministrativo del 1990¹⁸³.

Il *Rapporto* individua i principali punti critici che riguardano le amministrazioni pubbliche e le loro organizzazioni e indica come prospettiva quella di un "ripensamento" generale della posizione che tali amministrazioni assumono in uno stato industriale avanzato. Il *Rapporto*, in sostanza, pone speciale enfasi sul ruolo che gli stati moderni vanno assumendo nel contesto di mercato come aziende erogatrici di beni e servizi, e in tal senso viene sottolineato come «*nel giro di pochi decenni, essi, partiti come enti di funzioni di ordine e di base, tipicamente autoritativi, siano divenuti anche [...] enti gestori di trasferimenti di ricchezza*»¹⁸⁴.

Si focalizza l'attenzione sul divario che esiste fra l'organizzazione dell'amministrazione pubblica e quella delle società private, soprattutto per ciò che concerne l'uso delle tecniche di amministrazione secondo le impostazioni tipiche delle scienze non giuridiche e particolarmente di quelle economico-aziendalistiche.

In tal senso il *Rapporto* mostra come le amministrazioni pubbliche, nelle quali si riscontra una forte «*arretratezza delle tecniche di amministrazione*»¹⁸⁵, siano

¹⁸² La commissione coordinata dal Professor Giannini si articolava in tre sottocommissioni, presiedute rispettivamente dai Professori Cassese e Nigro e dall'Avv. Laschena.

¹⁸³ Le proposte della Commissione Nigro furono recepite in una relazione del Presidente del Consiglio dei Ministri presentata alle Camere il 7 settembre 1984 e trasmessa al Consiglio di Stato, il quale in Adunanza generale espresse il proprio parere in merito il 19 febbraio 1987 (Ad. gen. Cons. Stato, n. 7). Le proposte della Commissione Nigro furono infine trasfuse in un disegno di legge che recepiva anche i rilievi del Consiglio di Stato. Tale disegno di legge venne presentato alla Camera il 9 marzo 1987 (A.C. 4504), ma non venne esaminato per via dello scioglimento anticipato delle Camere. Nella decima legislatura, il Governo presentò il medesimo disegno di legge alla Camera dei Deputati, in data 19 novembre 1987 (A.C. 1913). Il disegno di legge governativo venne assegnato alla Commissione Affari costituzionali in sede referente, la quale esaminò unitamente le proposte di legge Russo-Franco (A.C. 2003) e Bassanini-Becchi (A.C. 1218), di contenuto pressoché identico. La Commissione Affari costituzionali approvò il testo nella seduta del 22 marzo 1990. Il passaggio in Senato del testo vide l'assegnazione del medesimo alla corrispondente Commissione Affari costituzionali, la quale, non senza qualche difficoltà, approvò definitivamente il testo il 31 luglio 1990. Per una puntuale ricognizione cfr. L. ACQUARONE, *Il problema generale dell'azione amministrativa: dai primi tentativi alle leggi in vigore*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, cit., spec. pp. 8-12.

¹⁸⁴ Il rapporto fu trasmesso alle Camere il 16 novembre 1979. Per la sua pubblicazione si v. M.S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato*, in *Foro. it.*, V, 1979, 289 ss., poi anche in *Scritti*, vol. VII, Milano, 2005, pp. 327 ss., (da cui si cita), ma sul punto p. 328, par. 1.3 dal titolo "*L'azienda Stato*".

¹⁸⁵ Cfr. M.S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, p. 330, dove, in tal senso, viene dimostrato come l'impiego di tecniche di amministrazione inadeguate alle attività da erogare rappresenti uno dei

nettamente meno efficienti e produttive delle imprese private¹⁸⁶. A tal proposito, secondo Giannini, un ruolo chiave per l'efficienza dell'amministrazione pubblica gioca il fattore della produttività e quello della sua misurazione. Senza un'approfondita conoscenza del grado di produttività delle organizzazioni amministrative non è possibile stabilire dove bisogna intervenire per rendere più efficiente l'azione dei pubblici poteri e dei suoi uffici; sicché, sempre tramite l'ausilio delle scienze economico-aziendalistiche e delle tecniche dell'amministrazione, si rende necessario introdurre degli indicatori di produttività sulla scorta dei quali è possibile stimare l'efficienza o l'inefficienza nell'adempimento di una prestazione o nell'erogazione di un servizio pubblico a favore del cittadino-utente¹⁸⁷.

Il criterio di efficienza, quindi, viene posto in relazione con il fattore della produttività¹⁸⁸, in modo che sia possibile – mediante parametri qualitativi attinenti alla soddisfazione degli utenti – individuare degli indicatori di produttività-efficienza in grado di fornire informazioni sul buon andamento delle amministrazioni pubbliche¹⁸⁹.

nodi principali dell'inefficienza amministrativa. Secondo l'A., inoltre, «[a] questa carenza sono da imputare le immagini popolari delle organizzazioni pubbliche, come composte, secondo i giudizi più spinti in negativo, di inetti e di fannulloni, e secondo quelli più in positivo, di tardigradi e di cultori di formalismo».

¹⁸⁶ Cfr. M.S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, par. 2.1 intitolato “Arretratezza delle tecniche di amministrazione”, dove è detto che «[a]d iniziare dai servizi di connettivo (protocollo, archivio, copia, spedizione, comunicazione), fino ai processi decisionali, i tempi tecnici delle amministrazioni pubbliche sono in media tre volte più lunghi di quelli privati, e i prodotti sono sempre scadenti. Ciò senza considerare vicende di punta, come quelle relative all'adempimento delle obbligazioni pecuniarie comuni, al pagamento di talune indennità, alle liquidazioni di pensioni, e così via, per le quali, sulla pelle del cittadino, si consentono alle amministrazioni pubbliche comportamenti che le leggi vietano ad ogni privato».

¹⁸⁷ Cfr. M.S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, par. 2.2 intitolato “I problemi di produttività”, dove si spiega come la scarsa attenzione alle questioni di tecnica di amministrazione attinenti all'organizzazione, si ripercuota nella scarsa conoscenza che le amministrazioni pubbliche hanno circa la propria produttività.

¹⁸⁸ Cfr. M.S. GIANNINI, *op. loc. ult. cit.* L'A., va detto, tiene a spiegare come in relazione al termine produttività vi siano due distinte accezioni, di cui, una prima, di portata più stretta, fa riferimento alla «produzione di beni o servizi fornita da un singolo lavoratore nell'ambito di un arco di tempo determinato, ossia come ora-uomo, o giornata-uomo, o settimana-uomo, ecc. (produttività-lavoro)»; una seconda, di portata più ampia, inerisce a «due indicatori: quello relativo all'efficacia, intesa come rapporto tra risultati ottenuti ed obiettivi prestabiliti, e quello relativo all'efficienza, intesa come rapporto tra risorse impiegate e risultati ottenuti, comprendendo tra le prime non solo le risorse umane, ma anche quelle di capitale, di materie prime, di energia». Va detto, a tal riguardo, come vi siano altre interpretazioni le quali ritengono che l'indicatore debba essere solo quello di efficienza, mentre la produttività in senso stretto sarebbe una componente, anche se importante dell'efficienza.

¹⁸⁹ Cfr. M.S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, par. 2.3 intitolato “Gli indicatori di produttività”, dove si denota ancora la natura economica del concetto di efficienza, giacché l'A. ritiene che «gli indicatori di produttività-efficienza [...] rifer[iscono] [...] lo scarto tra i risultati conseguiti, anche per le varie materie, e gli obiettivi di apprendimento che siano stati predisposti; per gli uffici erogatori di documenti è indicizzabile il tempo intercorrente tra la presentazione della domanda e il rilascio del documento; per le

Si osserva, dunque, come il fattore di indubbio rilievo del *Rapporto* consista proprio nel porre al centro dell'opinione pubblica e politica l'esigenza indifferibile di abbandonare tutti quei preconcetti, in virtù dei quali i criteri di azione proposti dalle scienze non giuridiche e ispirati a ragioni che si possono sinteticamente definire di "efficientismo" non possono entrare a far parte del novero dei principi e dei canoni ispiratori dell'azione dei pubblici poteri, in quanto tipicamente confinati alla sfera economica e come tali applicabili solo alle imprese e agli enti operanti sul mercato in veste di attori privati.

9.2. L'affermarsi di una nuova concezione di efficienza declinata secondo il metodo economico.

È in questo scenario che trova terreno fertile una nuova concezione di efficienza, declinata apertamente secondo metodi non giuridici e particolarmente connotata da profili di matrice economica. Ed è sullo sfondo di simile radicale mutamento che di pari passo si registra una nuova visione dell'amministrazione, la quale, se non può dirsi interamente assorbita, appare tuttavia in larga parte ordinata secondo direttive teoriche che sono proprie del nuovo canone di efficienza che andava affermandosi nel diritto amministrativo. Tale visione che si è affacciata agli inizi dell'ultimo decennio del secolo scorso, ma che poi si è largamente diffusa e può dirsi tuttora in corso, viene definita da più parti con la nota formula «*amministrazione di risultato*»¹⁹⁰. Va detto che

iscrizioni e gli accertamenti è indicizzabile il rapporto tra gli atti adottati e atti che avrebbero dovuto essere adottati, e così sia».

¹⁹⁰ In dottrina si v. L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 299 ss.; ID., *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica Amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, 1999, 57 ss.; ID., *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in C. Pinelli (a cura di), *Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamenti*, Atti del Convegno di Macerata, 21 e 22 maggio 1999, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 37 ss. e in *Scritti in onore di Elio Casetta*, cit., pp. 743 ss. (da cui si cita); ID. (a cura di), *Economia, diritto e politica nell'amministrazione di risultato*, Torino, Giappichelli, 2003, pp. 1 ss.; ID., *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative* in M. Immordino, A. Police (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., pp. 433 ss.; G. CORSO, *Amministrazione di risultati* in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 127 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione. Introduzione*, *ivi*, pp. 3 ss.; R. FERRARA, *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato*, cit., pp. 101 ss.; M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, Giappichelli, 2003, 1 ss.; M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., 5 ss.; S. CASSESE, *Che cosa vuol dire «amministrazione di risultati»?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 941; M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, Jovene, 2005, pp. 556 ss.; L.R. PERFETTI (a cura di), *Le riforme della l. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, Cedam, 2008.

l'originaria formulazione – come si è avanzato in dottrina¹⁹¹ – si deve a Giannini, il quale, nel corso degli anni '60 aveva proposto un modello di “amministrazione per risultati” come tipologia alternativa al più noto modello di “amministrazione per atti”.

La formulazione gianniniana inizialmente a carattere per lo più descrittivo – inserendosi in una prospettiva di politica del diritto che l'A., *de jure condendo*, auspicava si affermasse in sostituzione della tipologia di amministrazione per atti largamente diffusa sino a quel momento – veniva in seguito sapientemente sintetizzata, sviluppandosi peraltro da una sua intuizione sulla c.d. imputazione di risultati¹⁹², in un'immagine generale dell'amministrazione moderna come entità suscettibile di essere valutata, secondo parametri economico-aziendalistici, sotto l'aspetto del risultato che essa riusciva a raggiungere¹⁹³.

¹⁹¹ Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula «amministrazione per risultati»*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, vol. II, Napoli, Jovene, 2001, pp. 815-818. Sul punto, però, cfr. S. CASSESE, *Che cosa vuol dire «amministrazione di risultati?»*, cit., p. 941, dove, in merito all'attribuzione della formula «amministrazione per risultati» da parte di Romano Tassone a Giannini, è detto «non tutte vanno intese come formule scientifiche (sintesi di concetti) o pratiche (guida o criteri di azione). Alcune di esse sono formule che possiamo definire ottative o finalistiche: indicano un obiettivo, non possono rappresentare una sintesi, né prescrivere, perché non ne hanno la forza [...]. Sarà bene, dunque, per il futuro, stare attenti alle formule: possono incantare, ma anche portare sulla strada sbagliata».

Secondo l'A., si può pure continuare a parlare di amministrazione di risultato, ma a patto di essere edotti sul fatto che tale formula «è imprecisa e può servire come la teoria del flogisto, inutile per sé, ma efficace per le ricerche che stimola». In questa direzione, l'unico insegnamento che deriva dalla formulazione sta «[nel]l'esigenza di misurazione del fenomeno amministrativo». L'A., nella prospettiva dell'apertura del metodo giuridico agli altri saperi, auspica che si possano «moltiplicare gli sforzi iniziati un quarto di secolo fa per ristabilire i rapporti tra diritto amministrativo e statistica, sviluppare la statistica amministrativa, migliorare l'annuario della pubblica amministrazione».

¹⁹² Cfr. M.S. GIANNINI, *Organi di mera erogazione ed organizzazione impropria (a proposito degli Enti di patronato)*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 1959, pp. 3 ss. e in *Studi in onore di Lorenzo Massa*, vol. III, 1961, p. 393 e infine in *Scritti*, vol. IV, Milano, 2004, pp. 705 ss. (da cui si cita), dove si illustra il caso di un ente centrale di patronato (I.N.C.A.) che svolge l'intera sua attività avvalendosi di apparati di altri enti. Secondo Giannini sta in ciò, a livello organizzativo, il valore fondamentale dell'imputazione di risultati: vale a dire di consentire ad una piccola organizzazione di esercitare attività rilevanti servendosi di organizzazioni altrui.

¹⁹³ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, III ed., vol. I, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 125-127, dove l'A., a proposito delle «imputazioni giuridiche», introduce la «imputazione di risultato», mediante il seguente esempio: «Suppongasì un centro di riferimento come un ente di promozione di una zona industriale, cioè un ente che non emette provvedimenti autoritativi, ma solo agisce facendo piani, convincendo imprese ad insediarsi nella zona, coordinando l'azione delle varie autorità competenti. Ciò che si imputa all'ente è il risultato ultimo della sua attività. Similmente un centro di riferimento per la lotta contro l'analfabetismo, nella misura in cui, con opera di organizzazione, di promozione di iniziative e di incoraggiamento di centri già esistenti, riesce ad attuare i propri fini, si imputa i risultati favorevoli o meno» (p. 126).

Secondo l'A., benché la dottrina ritenga che l'attività di centri di riferimento con quelli poco prima esemplificati non abbia rilevanza giuridica, è indubbio che se «gli amministratori di questi centri si rivelano incapaci, essi possono essere rimossi». Inoltre, sempre a tal riguardo, «si possono promuovere controlli per acclarare come è stato speso o non speso il pubblico danaro» ovvero «il parlamento o

Dall'impostazione gianniniana, dunque, prende avvio un generale ripensamento del tipico modello basato interamente sulla legalità formale, da cui si sviluppa una visione di amministrazione orientata al risultato come modello di «*gestione amministrativa*»¹⁹⁴, caratterizzata dal fatto di essere relativa ad un periodo di attività sufficientemente esteso e fondamentalmente di tipo economico.

10. L'affermarsi dell'amministrazione di risultato come modello che pone al centro dell'azione e dell'organizzazione amministrative l'efficienza

10.1. La dottrina amministrativistica contemporanea e l'assorbimento del concetto di efficienza nel concetto di risultato

L'emersione dell'amministrazione di risultato come fenomeno che prima fa propri e poi valorizza gli apporti della scienza economica, particolarmente elevando l'efficienza a criterio direttivo dell'organizzazione e dell'azione amministrative, è nitidamente osservabile nella legislazione sia ordinaria che speciale successiva alla fondamentale l. n. 241/1990.

Un orientamento al risultato in termini efficientistici è rinvenibile in varie norme e istituti di diritto positivo. Si pensi alla disciplina sulla responsabilità dirigenziale¹⁹⁵, di cui all'art. 21, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, che ha assorbito la

il governo possono intervenire con misure, anche coattive, se si accerta che il risultato non favorevole è dovuto a cause identificabili e rimediabili».

In definitiva, secondo Giannini, l'attività di tali centri non è giuridicamente irrilevante, se dall'osservazione di quest'ultima possono discendere fatti giuridici che rappresentano presupposti di «*misure giuridiche definite*» (p. 127).

¹⁹⁴ Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula «amministrazione per risultati», cit.*, pp. 817-818. Secondo l'A., a Giannini non interessa definire sul piano della dogmatica giuridica i corollari della c.d. amministrazione per risultati, ma egli intende più che altro denunciare l'insufficienza dell'approccio della c.d. amministrazione per atti, perché quest'ultimo modello non è affatto in grado di offrire garanzie proprio per ciò che inerisce alla bontà dei risultati cui esso perviene.

¹⁹⁵ In chiave critica si v. S. BATTINI, *Il principio di separazione fra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, pp. 39 ss., ma sul punto pp. 51-52. Secondo l'A., la disciplina della responsabilità dirigenziale, pur prevedendo in linea di principio procedure e misurazioni trasparenti e oggettive dei risultati conseguiti, è tuttavia "neutralizzata" per via della «*logica fiduciaria fra politica e amministrazione che è irrimediabilmente alternativa rispetto a quella della valutazione e misurazione dei risultati su cui avrebbe dovuto fondarsi la aggiuntiva e autonoma responsabilità del corpo amministrativo*». In tal senso, secondo l'A., da un lato l'organo politico è consapevole del fatto che, a prescindere dalle valutazioni di risultato, egli può far valere le regole di responsabilità nei confronti del dirigente inefficiente «*avvalendosi dei propri poteri di conferimento, rinnovo e revoca dell'incarico*». Dall'altro lato, allo stesso modo, il dirigente è ben consapevole che «*la sua posizione dipende dalla capacità di acquisire e conservare la fiducia dell'organo politico che lo ha nominato e potrebbe confermarlo in carica*». In definitiva, secondo l'A., «*[i]l cuore del tradimento legislativo del modello di separazione autentica fra politica e amministrazione è rappresentato, dunque, dall'instaurazione*

primigenia disciplina¹⁹⁶ contenuta nel d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 e nel d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, dove è previsto che il mancato raggiungimento degli obiettivi, accertato attraverso le risultanze del sistema di valutazione di cui al d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 (artt. 2-16), «*in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza [...] delle pubbliche amministrazioni*» comporta «*l'impossibilità di rinnovo dello stesso incarico dirigenziale*»¹⁹⁷.

L'orientamento al risultato efficiente dell'organizzazione amministrativa è rintracciabile pure in altri ambiti settoriali, come nella disciplina sul trasporto pubblico locale di cui all'art. 25 del d.l. 28 novembre 2008, n. 185 (conv. in l. 28 gennaio 2009, n. 2), nella parte in cui è detto che «*l'erogazione delle risorse è subordinata alla stipula dei nuovi contratti di servizio che devono rispondere a criteri di efficientamento e razionalizzazione*», o nella disciplina sulle fonti di energia e in quella sul sistema sanitario di cui agli artt. 1 e 79 del d.l. 25 giugno 2008, n. 112 (conv. in l. 6 agosto 2008, n. 133), dove viene prescritto come obiettivo quello di garantire, rispettivamente, «*l'efficientamento delle fonti energetiche*» e «*l'efficienza della rete ospedaliera*».

Che l'organizzazione dell'amministrazione pubblica sia ordinata secondo il canone dell'efficienza in quanto vincolata al conseguimento di un risultato economicamente utile è tesi sostenuta nella dottrina contemporanea¹⁹⁸, dove, però, fa fatica ad emergere un concetto di efficienza, così come ora assorbito dal concetto di risultato¹⁹⁹, che non sia connotato da una valenza (meramente) economica²⁰⁰.

di una relazione strutturale fiduciaria fra tali due componenti. E tale relazione fiduciaria si manifesta, nella sua forma più evidente, nei meccanismi di c.d. spoils system, che il legislatore, statale e regionale, ha applicato agli incarichi dirigenziali».

¹⁹⁶ Come ricorda M. IMMORDINO, *Certezza del diritto e amministrazione di risultato*, in M. Immordino, A. Police (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., p. 15, nota 1, «*la nozione di risultato è stata espressamente richiamata in sede di responsabilità dirigenziale [...] già prima della legislazione degli anni '90, nel d.p.r. n. 748/1972 (art. 19, comma 3°), che detta la disciplina sulla dirigenza*».

¹⁹⁷ La norma di cui all'art. 21, d.lgs. n. 165/2001, prosegue stabilendo che, «*in relazione alla gravità dei casi, l'amministrazione può inoltre, previa contestazione e nel rispetto del principio del contraddittorio, revocare l'incarico collocando il dirigente a disposizione dei ruoli di cui all'art. 23 ovvero recedere dal rapporto di lavoro secondo le disposizioni del contratto collettivo*».

¹⁹⁸ In tal senso si v. G. CORSO, *Amministrazione di risultati*, cit., p. 127, dove si afferma che il criterio di efficienza è assunto a regola dell'attività amministrativa, nonché come canone dell'attività di controllo secondo le norme di cui all'art. 1, lett. b), d.lgs. n. 286/1999; L. IANNOITA, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione*, cit., p. 63; V. CERULLI IRELLI, *Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione*, cit., p. 4.

¹⁹⁹ Nella trattazione e particolarmente in questo paragrafo si sostiene che il concetto di efficienza sia assorbito in parte dal concetto di «risultato».

²⁰⁰ Tale visione è presente anche nella recente giurisprudenza. In tal senso cfr. Cons. Stato, sez. V, 12 settembre 2017, n. 4307, dove, in tema di appalti, si sostiene come l'amministrazione debba raggiungere «*il miglior risultato non solo per il mercato in sé, ma per la stessa Pubblica amministrazione*».

Eppure, la stessa dottrina non è venuta meno al compito di elaborare una nozione di risultato e dunque di efficienza che avesse rilevanza su di un piano strettamente giuridico. In questa prospettiva si è proposto di superare l'impostazione secondo cui l'amministrazione di risultato è quella che opera in base ad un criterio di efficienza meramente produttivistico, nel senso di produrre risultati migliori a costi minori, riconoscendo altresì all'amministrazione la responsabilità del conseguimento dei risultati, così da adattare le modalità e i contenuti della propria azione alle varie necessità espresse dalla collettività e dai diversi contesti socio-economici e territoriali²⁰¹.

Secondo tale dottrina il compito dell'amministrazione non è (solo) di applicare la legge²⁰², ma nel rispetto di quest'ultima e del principio di imparzialità anche quello di farsi «*responsabile dei risultati*», così da operare e adattarsi al contesto e alla comunità di riferimento per realizzare al meglio gli obiettivi che le sono attribuiti secondo il criterio del buon andamento, vale a dire «*con il migliore uso possibile dei mezzi disponibili (efficienza)*»²⁰³. In questa prospettiva, inoltre, il concetto di efficienza verrebbe ad acquisire autonomia rispetto al concetto di buon andamento, non seguendone più le sorti come criterio sussidiario e peraltro di minore influenza riguardo all'altro principio dell'imparzialità²⁰⁴.

Da altro punto di vista si è osservato che in base al concetto di efficienza l'amministrazione non dovrebbe limitarsi «*a dare esecuzione passiva alla legge*», bensì dovrebbe realizzare gli obiettivi perseguiti «*con l'uso migliore delle risorse disponibili e con la migliore soddisfazione delle esigenze degli amministrati*», rispettando sempre il

²⁰¹ Cfr. M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, cit., pp. 560-563. L'A., poco dopo, specifica che il «*significato preciso da attribuire al termine "risultato" [...] da conseguire*» può essere individuato nella «*necessità di assicurare all'agire amministrativo il massimo di flessibilità e adattamento alle condizioni del contesto in modo da coglierne le esigenze e garantirne la migliore soddisfazione*» (p. 571).

²⁰² M. CAMMELLI, *op. ult. cit.*, pp. 576-577, dove è detto che all'amministrazione per essere efficiente «*non basta più l'agire legale [...] ed anzi, nell'attuale crisi della legge [...] si può ragionevolmente sostenere che la verifica del risultato raggiunto restituisce [...] la possibilità di valutare la correlazione tra attività amministrativa e realizzazione dell'interesse generale prima affidata esclusivamente ai controlli di legittimità*». In tali casi, ribadisce l'A., «*il rispetto della legge è elemento sempre necessario ma mai sufficiente*» (p. 576).

Va detto, a tal riguardo, che l'A. individua tre motivi dell'affermazione dell'amministrazione di risultato in Italia. Un primo motivo è rappresentato dalla reazione al tradizionale formalismo legalistico dell'agire amministrativo; un secondo è rinvenuto nella impossibilità di gestire in maniera accentrata realtà complesse che si presentano frequentemente nella società; il terzo e ultimo motivo risiede nello sforzo dell'amministrazione pubblica di dare un contributo utile alle sfide cruciali che «*banno fatto della p.a. un terreno strategico in cui giocare la soluzione di problemi più delicati emersi negli ultimi decenni dello scorso secolo*» (pp. 562-563).

²⁰³ M. CAMMELLI, *op. ult. cit.*, p. 561, il quale conclude aggiungendo come «*la sintesi di tutto ciò [sia] appunto amministrazione "performance-orientend", cioè "amministrazione di risultato"*» (p. 562).

²⁰⁴ M. CAMMELLI, *op. ult. cit.*, pp. 558-559.

principio di legalità e di imparzialità²⁰⁵. In quest'ottica, secondo tale dottrina, l'amministrazione di risultato è caratterizzata dal fatto di garantire ai consociati beni e servizi in «*tempi brevi, in modo trasparente, e con il miglior dispendio possibile di mezzi e personale*»²⁰⁶.

In tale impostazione, poiché la nozione di risultato si intreccia con la nozione di certezza, si richiede una diversa modalità di gestione del potere amministrativo, così da concedere ai privati la prevedibilità della decisione dell'amministrazione e particolarmente del suo contenuto e dei relativi effetti giuridici. Sicché è richiesto all'amministrazione di stabilire preventivamente «*i canoni, i parametri, le regole della propria condotta, così da soddisfare l'esigenza degli amministrati di conoscere prima le modalità ed i limiti dell'esercizio effettivo del potere*», anche al fine di una maggiore «*controllabilità della razionalità della procedura attraverso la quale la decisione stessa è stata assunta*»²⁰⁷.

Ciò è richiesto anche in virtù del fatto che «*l'Amministrazione, quale componente del Mercato, sia nei rapporti con i cittadini, sempre affidabile ed efficiente, come qualunque altro operatore giuridico*»²⁰⁸. Tale prospettiva è chiaramente osservabile nella recente legislazione, dove con la l. n. 241/1990 e le successive riforme si è riconosciuto il principio del risultato «*nella accezione di efficienza [...] dell'azione amministrativa*»²⁰⁹. Dal momento, poi, che l'efficienza opera sul piano della realtà materiale – ossia «*il piano sul quale opera quel principio di giustizia sostanziale, la cui vigenza nell'ordinamento è il risultato della combinazione del principio di uguaglianza sostanziale e della tutela dei diritti fondamentali, che viene invocato quale parametro di legittimità dell'amministrazione di risultato ed obiettivo di un diritto certo*» – va escluso che essa possa essere collocata «*nell'area del non giuridico*»²¹⁰.

Dal momento che il risultato è nozione riassuntiva del concetto di efficienza (oltre che di quello di efficacia ed economicità) si è sottolineato come

²⁰⁵ Cfr. M. IMMORDINO, *Certezza del diritto e amministrazione di risultato*, cit., pp. 23-25. Nel saggio l'A. mostra come esistano delle affinità – sia oggettive che soggettive – fra il concetto di risultato e quello della certezza, giacché sul versante oggettivo entrambi richiedono requisiti quali la tempestività, la chiarezza, la comprensibilità, la conoscibilità, la stabilità dell'atto e più in generale del potere amministrativo, mentre sul versante soggettivo entrambi sono preordinati a garantire «*un'aspettativa dei privati in relazione alla prevedibilità delle conseguenze delle proprie azioni, da un lato; di prevedibilità e controllabilità delle decisioni provenienti da una pubblica amministrazione, dall'altro lato*» (p. 24).

²⁰⁶ M. IMMORDINO, *op. ult. cit.*, 24, dove si sottolinea che in tal modo l'amministrazione di risultato realizza «*un equilibrato rapporto tra efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa*».

²⁰⁷ M. IMMORDINO, *op. loc. ult. cit.*

²⁰⁸ M. IMMORDINO, *op. loc. ult. cit.*

²⁰⁹ M. IMMORDINO, *op. ult. cit.*, pp. 34-35, dove si pone in evidenza come il portato di tale configurazione implichi che l'amministrazione agisca secondo il canone di buona fede.

²¹⁰ M. IMMORDINO, *op. ult. cit.*, p. 35. La stessa cosa, secondo l'A., vale anche per la certezza del diritto.

esso si traduca concretamente nel migliore utilizzo possibile dei mezzi e delle risorse disponibili da parte dell'amministrazione. Ciò, in parte, implica che l'amministrazione pubblica si conformi alle regole e ai canoni propri della scienza economico-aziendalistica. Tuttavia, partendo dal presupposto secondo cui non tutti i prodotti dell'azione e dell'organizzazione amministrative sono valutabili secondo logiche proprie del mercato, si è pure affermato che il concetto di risultato e la sua verifica rispondono «a criteri parzialmente diversi rispetto a quello dell'efficienza economica», onde poter garantire che gli obiettivi siano perseguiti dall'autorità pubblica in modo da soddisfare la domanda sociale²¹¹.

In questa prospettiva il concetto di risultato (e con esso quello di efficienza) è stato analizzato come criterio ermeneutico del dato normativo. Si è così affermato come la norma che disciplina i rapporti tra amministrazione e cittadino racchiuda sovente una generalizzazione che è espressione dei fenomeni di sovra-inclusione e sotto-inclusione, giacché può, a seconda dei casi, includere fattispecie che dovrebbero essere poste fuori dal suo ambito di applicazione o, viceversa, non includere quelle che dovrebbero rientrarvi. Per evitare le aporie che risulterebbero dall'applicazione della norma nelle fattispecie concrete, occorre che l'amministrazione guardi al risultato che la norma in questione intende perseguire per assolvere adeguatamente la sua funzione²¹².

È stato sostenuto, da parte della dottrina che ha elevato il risultato economico a canone ordinatore dell'azione amministrativa²¹³, come tale criterio, da un lato, tenda a trasformare la legalità nel rispetto dei principi piuttosto che delle prescrizioni normative, e dall'altro ad assumere parametri di valutazione di tipo informale e specialmente economico-aziendale esprimibili «in termini di quantità e qualità dei beni e dei servizi assicurati; di tempestività degli interventi; di quantità di risorse impiegate e di pregiudizi arrecati a terzi; di rapporto costi-benefici»²¹⁴.

²¹¹ Cfr. A. ZITO, *Il risultato nella teoria dell'azione amministrativa*, in M. Immordino, A. Police (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., p. 87.

²¹² A. ZITO, *op. ult. cit.*, pp. 90-92. L'A., in tale ottica, esamina il caso di una norma che stabilisce – in modo generale e astratto – che gli utenti debbano entrare negli uffici pubblici singolarmente. Se non si guarda al risultato che la norma ha di mira – evidentemente quello di evitare che si possa creare confusione all'ingresso di un ufficio dell'amministrazione – nel caso concreto potrebbero verificarsi aporie come nell'esempio che l'A. propone dove sarebbe vietato ad una persona diversamente abile di entrare nell'ufficio con l'aiuto di un accompagnatore.

²¹³ Cfr. L. IANNOTTA, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione*, cit., p. 63. Tuttavia cfr. ID., *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative*, cit., p. 434, dove è detto che «[l]a concezione meramente economica di risultato [...] deve quindi ritenersi superata».

²¹⁴ L. IANNOTTA, *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, cit., p. 743.

Secondo tale dottrina il risultato (e con esso l'efficienza) acquisirebbe rilevanza giuridica²¹⁵ nel momento in cui lo stesso concorra «*all'opera di riconduzione a diritto e ragione della realtà sociale*», collocandosi sul piano degli «*effetti materiali*»²¹⁶ così da divenire un nuovo elemento dell'ordinamento giuridico, e affiancandosi ad elementi tradizionali quali «*soggetti, norme, autorità, organizzazione*»²¹⁷. D'altra parte, il doveroso conseguimento di risultati qualitativamente e quantitativamente validi è divenuto uno dei fattori che contraddistinguono la moderna amministrazione pubblica, disegnata dal legislatore nelle sue componenti e nelle sue forme di manifestazione come risposta alle domande provenienti «*dai mondi del mercato (di un mercato sempre più globale e sempre più dominato dalle dinamiche finanziarie e tecnologiche)*»²¹⁸.

Si tratta, secondo tale dottrina, di un modello di amministrazione di risultato «*imposto dall'evoluzione della società e dell'ordinamento e dalla forza dei mercati e dei diritti e tradotto in norme di legge e perciò giuridicamente necessario in quanto scaturente dal Nomos e previsto dalla Lex e tuttavia ancora ben lontano dall'essere pienamente attuato per motivi di ordine soprattutto culturale oscillanti tra l'attaccamento a schemi formalistici superati e l'adesione non integrale al nuovo modello*»²¹⁹. In questa prospettiva, dunque, l'amministrazione tramite la funzione di indirizzo politico-amministrativo sarebbe contraddistinta dal dovere giuridico di realizzare in modo efficiente gli obiettivi predefiniti dalla legge. Validi punti normativi di riferimento di tale ricostruzione dell'efficienza sono le leggi Bassanini e, segnatamente, la l. n. 59/1997 e la l. n. 191/1998 che nella seconda metà degli anni '90 del secolo scorso hanno elevato lo sviluppo economico ad interesse pubblico primario che tutte le amministrazioni pubbliche sono tenute a promuovere. Sviluppo economico – viene detto – che deve essere perseguito con l'unico limite del ri-

²¹⁵ L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative*, cit., p. 437. Secondo l'A., in particolare, il modello giuridico di amministrazione di risultato «*appare contraddistinto dal dovere di conseguire [...] risultati concreti, tecnicamente validi, corrispondenti ai fini determinati dalla legge e agli obiettivi definiti dagli organi di governo della stessa Amministrazione, [...] sia dell'interesse pubblico primario allo sviluppo ed in particolare allo sviluppo economico*».

²¹⁶ L. IANNOTTA, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione*, cit., p. 58, in cui l'A. afferma che il risultato si estrinseca «*negli effetti materiali e nelle conseguenze dei comportamenti sulle persone e sui beni di tutti i soggetti coinvolti nelle vicende*».

²¹⁷ L. IANNOTTA, *op. ult. cit.*, p. 433.

²¹⁸ L. IANNOTTA, *op. ult. cit.*, pp. 434-435. Sul punto cfr. anche ID., *Economia, diritto e politica nell'amministrazione di risultato*, cit., p. 17, dove è detto che «*nel nuovo modello di Amministrazione diventa, oltre che eticamente [...] ed economicamente, necessario – in rapporto alle esigenze dei "mondi" degli affari e dei diritti – prestare attenzione in ogni singola vicenda [...] al risultato da raggiungere e alle conseguenze che ne derivano quanto allo sviluppo e al rispetto sia dei diritti coinvolti sia delle iniziative economiche*».

²¹⁹ L. IANNOTTA, *op. loc. ult. cit.*

spetto dei diritti fondamentali dell'uomo e delle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità²²⁰.

È stato pure osservato come il pregio di un'amministrazione pubblica orientata prevalentemente al conseguimento del risultato sia quello di aver posto al centro la giustizia sostanziale, che, attraverso tale lettura, finisce per ricevere un suo statuto giuridico, divenendo «una componente interna del complessivo inquadramento teorico-dogmatico del fenomeno amministrativo, da cui discendono conseguenze giuridicamente operative sul terreno della tutela delle situazioni giuridiche soggettive»²²¹.

In base ad un'altra impostazione il concetto di risultato – e, come si sosterrà fra poco, anche quello di efficienza – rientra nel novero dei concetti giuridici indeterminati²²². Ragione per la quale il significato di risultato sarà pienamente apprezzabile solo facendo ricorso ad altri parametri di giudizio, propri di altre scienze e particolarmente della scienza economica²²³. Per riportare tale concetto su di un piano strettamente giuridico, il risultato amministrativo va riconsiderato come elemento derivante dalla combinazione della razionalità del procedimento e della proporzionalità del provvedimento che lo chiude, dotandolo di effettività rilevante sul piano del diritto. Secondo tale impostazione, la razionalità (o meglio la ragionevolezza) della procedura si connetterebbe sia con la forma sia con la sostanza legale che disciplina l'attività, mentre la proporzionalità del provvedimento è costituita dall'assolvimento del bene della vita nel quadro legale di riferimento, ossia nel contesto «fattuale e legale nel cui ambito la fattispecie (legale e umana) deve essere necessariamente apprezzata, valutata e in qualche modo definitivamente disciplinata»²²⁴.

²²⁰ L. IANNOTTA, *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, cit., pp. 744-745, dove si sottolinea che i diritti fondamentali, nella loro correlazione sia con l'economia (quale entità destinata a fornire beni e servizi), sia con l'amministrazione di risultato sono da qualificarsi «come beni della vita» dovuti ad ogni consociato.

²²¹ Cfr. A. ZITO, *Il risultato nella teoria dell'azione amministrativa*, cit., p. 90.

²²² R. FERRARA, *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato*, cit., p. 110. Sempre sul concetto di risultato si v. ID., *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., pp. 171 ss., dove, in chiave critica, l'A. spiega come nella recente esperienza del diritto amministrativo si profili l'ipotesi di uno «scambio transattivo: le ragioni della legalità/legittimità contro quelle dell'efficacia e dell'efficienza dell'attività amministrativa». Secondo l'A. vi è infatti un processo di svilimento del binomio legalità/legittimità che pare originarsi dalla «crisi del modello di Stato sociale di diritto, e, soprattutto, muoversi sulla stessa lunghezza d'onda e in perfetta sintonia diacronica con le ragioni e gli imperativi della globalizzazione in atto».

²²³ Cfr. R. FERRARA, *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato*, cit., pp. 109-110, il quale aggiunge che il concetto di risultato «si presenta alla stregua di un concetto giuridico indeterminato, con tutte le ambivalenze e le nebulosità proprie dei concetti giuridici indeterminati» (p. 109).

²²⁴ R. FERRARA, *op. ult. cit.*, p. 110, dove per razionalità della procedura si intende il «dover essere [di questa] conforme agli schemi legali che regolano il "contesto"» (p. 111).

In tale prospettiva il concetto giuridico di risultato, e così anche quello di efficienza, una volta ancorato al duplice valore di riferimento non sarà più connotato da una valenza indeterminata: il risultato, infatti, può dirsi raggiunto allorché il bene della vita cui la persona aspira è soddisfatto a conclusione di un procedimento ragionevole che si risolve con l'emanazione di un provvedimento proporzionato. La ragionevolezza – ossia la razionalità – viene impiegata quale canone conformativo del procedimento, mentre la proporzionalità – nell'accezione della regola romagnosiana del “minimo mezzo” – è propria del provvedimento, e quindi della decisione concreta tramite cui l'amministrazione si esprime in relazione all'aspettativa della persona²²⁵.

Sempre tale dottrina ha osservato – in modo condivisibile – come negli attuali «*contesti politico-amministrativi delle società complesse del capitalismo maturo*» il risultato, inteso come temperamento fra principio e regola, fra legge e diritto, debba essere in ogni caso ricercato nel «*corpo della norma, nel contesto del Nomos coerentemente interpretato, e dunque creativamente plasmato*»²²⁶, tenendo sempre in debita considerazione che lo «*scambio transattivo*» fra legalità/legittimità ed efficienza/efficacia non può, per accordare un privilegio alle ragioni di efficienza dell'azione e dell'organizzazione amministrative (il risultato in quanto tale), minare «*i valori dello Stato sociale di diritto, pena la fuoriuscita dei sistemi giuridici e sociali affermatasi con le costituzioni (formali e sostanziali) del secondo dopoguerra*»²²⁷.

²²⁵ R. FERRARA, *op. ult. cit.*, pp. 110-111, dove si aggiunge che l'eventualità che la razionalità della procedura comporti una decisione negativa per la persona, non fa discendere che vi sia un «*buon diritto*» al bene della vita in contestazione, ma piuttosto che il «*contesto*» materiale degli eventi non è sufficiente a scalfire il quadro di riferimenti legali oppure che le norme non possono essere piegate ed interpretate *praeter legem*, oltre una certa misura, onde consentire, sempre e comunque, il coronamento della pretesa della persona».

²²⁶ R. FERRARA, *op. ult. cit.*, p. 111.

²²⁷ R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo, cit.*, pp. 172-173. L'A., nel ragionamento che riguarda più specificatamente il concetto della misurazione del risultato amministrativo, spiega come lo scambio fra legalità/legittimità ed efficienza/efficacia sia inammissibile per il fatto che è obiettivamente difficoltoso misurare in modo quantitativo «*il tasso di performance delle amministrazioni pubbliche*». Secondo l'A., infatti, tale scambio si rivela «*un autentico nonsense*», perché «*è già la stessa logica puramente quantitativa a rivelarsi imprecisa e insufficiente [...]. E che ciò possa essere ragionevolmente pensato e suggerito dalle correnti del pensiero epistemologico più evolute, le quali non solo ci ricordano che i processi cognitivi che abbiano ad oggetto le scienze sociali si muovono secondo criteri e percorsi affatto diversi rispetto a quelli che riguardano le scienze empiriche e naturali, ma rifuggono egualmente da ogni pretesa di assoluta concettuale e dogmatica*» (p. 173).

Sulle criticità inerenti alla misurazione del “risultato” cfr. G. CORSO, *Amministrazione di risultati, cit.*, p. 131, il quale, a proposito del risultato come verifica dell'efficienza e dunque in senso economico, avverte, portando l'esempio di quanto accade nella dottrina nordamericana, delle problematicità di misurare il risultato dell'attività amministrativa e più in generale di «*misurare l'efficienza*» (p. 128). Del resto lo stesso A. si domanda «*come si calcol[er]à, a sua volta, la produttività individuale del dipendente o la produttività collettiva dell'ufficio o della struttura?*».

Se ora si prova a guardare indietro e dunque all'originaria impostazione gianniniana sull'amministrazione per risultati si può constatare come tale impostazione abbia tracciato un solco lungo il quale la dottrina ha compiuto notevoli progressi verso la chiarificazione del concetto giuridico di efficienza.

10.2. Introduzione della nozione di risultato amministrativo e rottura dell'immedesimazione tra agire efficiente e agire legale

Ma l'aver postulato l'introduzione di una responsabilità per risultati conduce pure a conseguenze non certo irrilevanti in fatto di teoria amministrativa²²⁸. Ciò perché, come è stato acutamente osservato²²⁹, l'introduzione di una responsabilità per risultati e quindi di un apprezzamento che consideri, anche a fini giuridici, il 'risultato' (*rectius* l'efficienza) raggiunto dall'amministratore mediante la propria azione, oltre che la legalità intrinseca del proprio agire, rompe l'immedesimazione tra agire efficiente e agire legale su cui si era tradizionalmente basato il sistema (e il metodo) giuridico.

In particolare, se in passato era stata prevalente l'idea secondo la quale l'agire legale è di per sé efficiente, tale immedesimazione è oggi decisamente re-

Secondo l'A., in tal senso, vale l'insegnamento di L. VON MISES, *La burocrazia*, Milano, Rusconi, 1991, pp. 65 ss., dove si ricorda come «[l]a gestione burocratica è una gestione tenuta ad osservare norme e regolamenti dettagliati, fissati dall'autorità di un organismo superiore. Compito del burocrate è di eseguire ciò che queste norme e regolamento gli ordinano di fare [...]. La gestione di mercato, o sistema di profitto, è la gestione guidata della ricerca del profitto. Il fine della gestione di mercato è la realizzazione di un profitto [...]. [I]l successo o il fallimento nel conseguire questo fine possono essere accertati mediante la contabilità [...]. Gli obiettivi della P.A. non possono essere misurati in termini monetari e non possono essere sottoposti a controllo per mezzo di metodi di contabilità [...]. Nella pubblica amministrazione non c'è alcuna connessione fra entrate e uscite (p. 66). Nella pubblica amministrazione non c'è alcun prezzo di mercato per i risultati conseguiti (p. 67). Questo rende indispensabile far funzionare gli uffici pubblici secondo principi del tutto differenti da quelli applicati nel sistema di profitto. Siamo ora in grado di fornire una definizione di sistema burocratico: sistema burocratico è il metodo applicato nella condotta degli affari amministrativi il cui risultato non ha, sul mercato, valore in moneta» (p. 67).

²²⁸ Sono preoccupazioni presenti anche nella giurisprudenza della Corte dei Conti. In tal senso si v. Corte dei Conti, Lombardia, sez. giurisd., 10 marzo 2006, n. 172, in *For. amm.*, 2006, 3, 1153. Secondo i giudici contabili l'azione amministrativa «deve tendere non tanto (o per lo meno non solo) all'utile di impresa, ma al buon andamento della stessa, come codificato nell'art. 97 cost.». In tale prospettiva «ne consegue che l'evoluzione "privatistica" della p.a., pur dettata da condivisibili esigenze di recupero di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione pubblica, non può mai andare a scapito del rispetto di regole, legislative e contrattuali, dettate proprio per il rispetto di basilari canoni costituzionali, quali il buon andamento e l'imparzialità dell'azione pubblica, il rispetto del tetto di spesa pubblica, la parità di trattamento tra pubblici dipendenti». In altri termini secondo la Corte dei Conti «l'efficienza e l'efficacia aziendale e la "logica del risultato" non possono, in una struttura pubblica, andare a discapito del principio di legalità formale, che rappresenta ancora oggi un limite per le scelte gestionali della dirigenza pubblica e che ha come parametri da rispettare non solo le fonti legislative, ma anche quelle contrattuali, oggi assurte, nella gerarchia delle fonti in materia di pubblico impiego, a rango sovra legislativo ex art. 2, d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165».

²²⁹ Così A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula «amministrazione per risultati»*, cit., p. 822.

spinta. Si viene invece affermando l'idea in virtù della quale l'azione legale non è di per sé efficiente, e siccome non è di per sé efficiente non basta agire secondo il modello legale per agire anche efficientemente, ma occorre tener conto anche del risultato. Senonché, nel momento stesso in cui si immette all'interno di questo principio una dicotomia, si creano inevitabilmente i presupposti per un'antinomia; in altre parole, si immette nel sistema la possibilità logica che l'agire efficiente possa anche non essere l'agire legale²³⁰.

Dal momento che il modello di razionalità legale dell'azione amministrativa si è tradizionalmente affermato quale unico modello confacente ai bisogni della collettività²³¹, esso diviene recessivo allorché tale immedesimazione viene meno. Dove infatti l'agire legale non è più sinonimo di agire efficiente è possibile ipotizzare che sia quest'ultimo ad orientare la ricostruzione giuridica dell'azione amministrativa, e ciò a prescindere dal significato che si assegna al concetto di efficienza. Se infatti a mutare è la percezione che la società ha del ruolo istituzionale (e costituzionale) dell'amministrazione come entità che deve agire in modo efficiente e non necessariamente legale, allora in caso di antitesi fra i due modelli sarà il primo a prevalere²³².

Si realizza per questa via la parabola del risultato così come è stata efficacemente descritta dalla stessa dottrina e che può sintetizzarsi nel modo seguente: il punto di partenza è l'assunto in base al quale vi è una sostanziale immedesimazione fra legalità ed efficienza, nel senso che ciò che è legale è per ciò solo efficiente; si passa quindi a respingere recisamente tale immedesimazione, e si pone in rilievo come ciò che si considera legale non sia allo stesso tempo di per sé efficiente; di qui, attraverso «*un'operazione di logica commutativa solo in parte retta dal principio di reciprocità*», si giunge a ritenere che ciò che è efficiente può anche non essere legale. Infine, simmetria vuole che il quadro si completi con l'eventuale affermazione di un'identità di segno opposto: ciò che è efficiente sarà per ciò solo (anche) legale²³³.

In questa ricostruzione del sistema si fa largo l'idea dell'amministrazione di risultato come nuovo modello di configurazione dell'organizzazione e dell'azione della pubblica amministrazione, ispirato ad un tipo sostanzialistico di razionalità che accantonerebbe il precedente modello formale di razionalità

²³⁰ A. ROMANO TASSONE, *op. loc. ult. cit.*

²³¹ A. ROMANO TASSONE, *op. ult. cit.*, p. 823, dove l'A. ricorda come il modello della razionalità legale dell'azione amministrativa si sia imposto storicamente «*in quanto ritenuto l'unico conforme alle esigenze del vivere sociale*».

²³² A. ROMANO TASSONE, *op. ult. cit.*, p. 822.

²³³ A. ROMANO TASSONE, *op. ult. cit.*, p. 824.

legale²³⁴. Se, come appena visto, è l'agire efficiente ad informare la ricostruzione giuridica dell'azione amministrativa²³⁵ e soprattutto se si considera che l'agire amministrativo di cui si discute – come si è correttamente notato²³⁶ – è ancora l'agire «economicamente efficiente», appare manifesto ora ancor più di prima quanto sia importante fornire un concetto di efficienza che esprima un valore eminentemente giuridico, così da preordinare tale agire all'assolvimento dei diritti delle persone. Assunto un ruolo cardine, il criterio di efficienza dovrebbe ora assolvere il compito di rendere le istituzioni amministrative più rispondenti alle richieste della collettività.

11. Declinazione del criterio di efficienza di tipo economico in funzione della misurazione del risultato amministrativo

Si è visto nel percorso che ha portato all'emersione del concetto di efficienza come lo sforzo ricostruttivo della dottrina abbia trovato sotto vari aspetti e dinamiche un collegamento con l'ambito del diritto, e purtuttavia si è fornito un concetto che è ancora lontano dall'essere pienamente ricondotto al novero di quell'ambito.

L'efficienza assume ancora una connotazione marcatamente economica, essendo tale criterio concepito in linea di massima come rapporto tra risorse impiegate e risultati ottenuti. Tale soluzione, implicando una configurazione del concetto di efficienza in senso produttivistico, non può che arrestarsi alla soglia della misurazione del potere amministrativo, non valutando affatto o valutando poco la soddisfazione che dell'uso di quel potere deriva alla collettività.

In questa prospettiva il concetto economico di efficienza tende esclusivamente o comunque in modo prevalente a misurare la produzione degli effetti dell'esercizio del potere amministrativo senza dire alcunché sulla reale soddisfazione dei portatori la pretesa giuridica all'assolvimento dei cui diritti quell'esercizio è preordinato.

Il concetto (economico) di efficienza, così declinato, non tiene dunque conto del fatto che il potere amministrativo – l'amministrazione, la sua azione

²³⁴ Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Analisi economica del diritto e «amministrazione di risultato»*, cit., pp. 63 ss.;

²³⁵ La centralità dell'efficienza amministrativa è sottolineata pure in giurisprudenza. In tal senso di recente si v. Cons. Stato, sez. IV, 24 marzo 2017, n. 1332, dove in modo significativo si afferma che «*tutti i principi che regolano l'azione amministrativa devono essere finalizzati all'obiettivo del buon andamento e dell'efficienza dell'Amministrazione*».

²³⁶ Cfr. A. ROMANO TASSONE, *op. ult. cit.*, p. 823, dove è detto che «*l'interesse sociale è rivolto verso un'attività amministrativa economicamente efficiente*».

ed organizzazione – entra necessariamente in relazione anche con il portatore della situazione soggettiva – la persona – dimostrandosi pertanto sbilanciato a favore della misurazione della pura efficienza economica della produzione del risultato amministrativo.

Come si è potuto osservare nel corso della trattazione, analizzando le varie tesi sull'emersione del concetto giuridico di efficienza, la scienza giuspubblicistica non è stata certo immune dai condizionamenti derivanti dalle diverse accezioni che tale criterio esprime nel suo ambito di appartenenza. Ciò ha reso ancora più problematico il compito di ricostruire un concetto di efficienza che possa dirsi effettivamente slegato da postulati metagiuridici e in specie dai modelli offerti dal metodo economico. E ciò non tanto per una finalità dogmatica in sé, quanto per l'esigenza di funzionalizzare il criterio di efficienza all'assolvimento dei diritti delle persone come sin qui si è inteso fare.

Se le considerazioni appena svolte aggiungono non pochi problemi di ordine generale per la costruzione teorica del concetto giuridico di efficienza, ancora maggiori sono poi i problemi che si presentano in relazione alle concrete possibilità di costruire tale concetto in modo che sia effettivamente funzionale all'assolvimento delle pretese delle persone e alla tutela dei loro diritti nell'ordinamento amministrativo.

In quest'ottica, il criterio di efficienza risulta permeabile al processo di (etero)integrazione esercitato dal metodo economico, così permettendo a quest'ultimo di esercitare un'influenza rilevante sia in termini di ricostruzione degli assunti che ne caratterizzano il concetto di base, sia in relazione ai concreti usi che del criterio si possano fare. In questo modo il criterio di efficienza viene in larga misura 'guidato' da postulati che sono propri del metodo economico, rispondendo così a dinamiche e finalità del tutto incompatibili con la funzione di garanzia che l'ordinamento giuridico è demandato a perseguire in favore delle persone a vario titolo implicate nelle relazioni con i pubblici poteri.

Dall'applicazione dei canoni economici il criterio di efficienza risponderebbe maggiormente a dinamiche che sono proprie della sfera del potere amministrativo, mettendo le norme e gli istituti del diritto amministrativo più in relazione con gli scopi dell'autorità amministrativa, che con quelli inerenti alla sfera delle persone. In modo più netto, una volta ricostruito in questi termini, si può affermare che il criterio di efficienza risulti sbilanciato a favore della minimizzazione degli oneri e dei costi inerenti alla produzione del "risultato" amministrativo. In quest'ottica l'efficienza diviene funzionale allo svolgimento dell'esercizio del potere amministrativo in quanto tale, servendo solo

all'amministrazione quale strumento per il raggiungimento dei suoi obiettivi, e ciò nonostante questi ultimi siano fissati dalle fonti legislative in relazione al godimento dei diritti che la collettività deve ricevere dall'ordinamento giuridico.

Il concetto 'economico' di efficienza, così declinato, non tiene conto del fatto che il potere esercitato dall'amministrazione entri necessariamente in relazione con il titolare della situazione soggettiva, dimostrandosi pertanto sbilanciato a favore della misurazione della pura efficienza 'economica' della produzione del risultato amministrativo.

In questo concetto, in altre parole, a prevalere è l'interpretazione dell'efficienza come canone di esercizio dell'attività amministrativa inerente alla produzione degli effetti dell'atto amministrativo non connessi alle situazioni giuridiche soggettive della fattispecie, giungendo per questa via a sovrastimare i risultati dell'amministrazione e a sottostimare o comunque ad abbassare la tutela e la garanzia delle persone.

Ora è necessario affermare che vi è qualcosa d'altro cui il criterio di efficienza assolve e deve assolvere. Il criterio di efficienza non è preordinato solo al raggiungimento degli scopi dell'amministrazione e della sua organizzazione, né è preordinato solo al soddisfacimento di alcuni degli interessi dei privati (quelli degli attori economici), seguendo una logica propria del mercato e delle logiche che ne sono alla base, ma esso è diretto a soddisfare indistintamente gli interessi di tutte le persone che si rapportano con i pubblici poteri e che magari hanno da soddisfare interessi non necessariamente economici.

Un concetto giuridico di efficienza, per dirsi tale, deve tener conto del fatto che il potere amministrativo entra necessariamente in rapporto con la persona titolare dell'interesse legittimo e/o del diritto soggettivo, implicando con ciò l'ampliamento della fattispecie a favore di quest'ultima.

In tale prospettiva, allora, sarà chiaro che un concetto giuridico di efficienza che possa dirsi effettivamente rispondente al principio costituzionale dell'art. 97 dal quale deve essere in ogni caso fatto discendere non potrà più essere ricostruito semplicemente come la pura efficienza economica della produzione del risultato dell'amministrazione, ma dovrà essere ricostruito in funzione della garanzia dei diritti della persona così come scolpiti negli artt. 2 e 3 della Costituzione.

Ed è in quest'ultima direzione che infine bisognerà guardare se si vuole offrire un concetto giuridico di efficienza che assolva tale funzione.

12. L'inquadramento dell'amministrazione in Costituzione. Superamento della concezione dell'organizzazione amministrativa come braccio del potere esecutivo dello stato e sua emersione come funzione della società

12.1. L'affermarsi della sovranità popolare capovolge il modello di organizzazione come articolazione dell'apparato statale e la informa all'esercizio di poteri funzionali allo scopo di assicurare i diritti delle persone

È stato autorevolmente sostenuto come l'amministrazione e la sua organizzazione giuridicamente considerate e, più esattamente, costituzionalmente considerate, non sono poteri dello stato²³⁷. Non sono poteri dello stato sia perché non vengono espressamente contemplate come tali dalle varie disposizioni costituzionali che si occupano di definire quali sono i poteri che fanno capo allo stato, così come invece avviene per il parlamento (art. 55 ss.) e per il governo (92 ss.), sia perché nelle disposizioni che in qualche modo hanno a che fare con l'amministrazione, non vi è, né tanto meno è dato di rinvenire, un trattamento specifico in tal senso²³⁸.

Dalla lettura delle disposizioni che la Carta costituzionale ha dedicato all'amministrazione, come è per l'art. 28 sulla responsabilità dei funzionari o per gli artt. 118 e 128 sull'amministrazione regionale e locale, o ancora dagli artt. 97 e 98 rispettivamente sui principi direttivi dell'azione e dell'organizzazione amministrative e sulla professionalità del corpo burocratico dei funzionari, si comprende come la Costituzione si sia astenuta dal configurare l'amministrazione come un potere dello stato²³⁹.

Allo stesso tempo il fatto che la Costituzione, diversamente da come ha fatto per altre entità istituzionali, non abbia voluto identificare

²³⁷ G. BERTI, *Amministrazione e Costituzione*, in AA.VV., *La pubblica amministrazione nella Costituzione. Riflessioni e indicazioni di riforma*, Atti del XXXIX Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, Varenna 16-18 settembre 1993, Milano, Giuffrè, 1995, p. 11, ma spec. pp. 14-16; poi anche in ID., *Amministrazione e Costituzione*, in *Dir. amm.*, 455 ss., ma spec. pp. 458-462.

Per gli sviluppi dell'idea bertiana cfr. L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, cit., spec. pp. 367-373.

²³⁸ G. BERTI, *Amministrazione e Costituzione*, cit., 14. Sul punto, seppur in modo meno netto, si v. anche A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1988, p. 3 ss., ma sul punto p. 54, dove è detto come «nella costituzione non vi sia traccia di una posizione di supremazia dell'amministrazione concepita in termini soggettivi, generali ed espansivi».

²³⁹ G. BERTI, *op. ult. cit.*, pp. 14 e 16.

l'amministrazione né l'abbia voluta includere tra i poteri dello stato ha un significato ben preciso: l'amministrazione è «collegata immediatamente con la società» e ne rappresenta una forma non costituendo «un'immagine dello Stato»²⁴⁰. Ove la Costituzione avesse inteso definire l'amministrazione come funzione dello stato, le avrebbe attribuito una sfera propria e certamente non l'avrebbe concepita come libertà, ma come potere e l'avrebbe inserita nella logica dei rapporti fra poteri.

Allora, non essendo un potere, l'amministrazione non può che essere uno «spazio libero»²⁴¹. Uno spazio libero anzitutto perché l'amministrazione e la sua organizzazione non vanno pensate più come braccio del potere esecutivo che fa capo al governo statale, ma come un «grande bacino nel quale una quantità di soggetti adempiono insieme e secondo l'ordine delle cose al dovere di rendere servizi al pubblico»²⁴²; poi anche perché la Costituzione nell'assegnare un proprio spazio all'amministrazione ha inteso riconoscere alcuni caratteri propri di questa, come la «spontaneità», «l'immediatezza sociale» e la stessa «libertà, sia pure come guscio di una speciale doverosità»²⁴³.

Una volta chiarito che l'amministrazione non è da intendersi un potere dello stato, va ora spiegato in cosa consiste la libertà che la Costituzione ha voluto riservare all'amministrazione ed alla sua organizzazione. La risposta va ricercata proprio nel tessuto normativo dell'art. 97 che, assieme all'art. 98, costituisce quello che può essere definito il nucleo fondamentale di un codice dell'amministrazione²⁴⁴. L'art. 97 riserva uno spazio di libertà all'amministrazione in quanto pone un freno all'intromissione del legislatore che così può intervenire solo stabilendo norme per la disciplina dell'organizzazione dei pubblici uffici e non dell'intera amministrazione, e solo in quanto tali norme siano adatte a favorire ed incentivare l'efficienza e l'imparzialità dell'azione amministrativa in modo da renderla funzionale

²⁴⁰ G. BERTI, *op. ult. cit.*, p. 16.

²⁴¹ G. BERTI, *op. loc. ult. cit.*, il quale aggiunge che tale spazio dell'amministrazione è «contrassegnato da alcune specialità di disciplina».

²⁴² G. BERTI, *op. ult. cit.*, pp. 13-14. Qualche rigo più su l'A. spiega che si tratta di «un tipo di "pubblico", che potrebbe così vivere e prosperare anche senza Stato, rifacendosi diversamente a dimensioni della società, locali, nazionali, sopranazionali, etc.». Qualche capoverso più giù è spiegato, invece, come «la varietà dei modi con cui la materia amministrativa è trattata, fatta naturalmente la dovuta tara delle incrostazioni del passato, induce anzi a ritenere che l'amministrazione sia stata accolta nella costituzione così come era, come un'entità ricavata nei suoi fondamenti e nei suoi contorni, dalla storia o da una sorta di diritto metapositivo» (p. 14).

²⁴³ G. BERTI, *op. ult. cit.*, p. 14.

²⁴⁴ G. BERTI, *op. ult. cit.*, p. 15, (corsivo dell'A.) secondo il quale gli artt. 97 e 98 della Costituzione «nella connessione dei loro contenuti e dei riferimenti espliciti o impliciti ad altri istituti, costituiscono un corpo di regole autosufficiente e abbastanza compatto».

all'assolvimento dei diritti delle persone. In ragione di ciò, al legislatore non è consentito dalla Costituzione di intromettersi nello spazio di libertà dell'amministrazione per prescrivere fini e mezzi dell'azione²⁴⁵.

Se dunque si pone alla mente che la Costituzione si è di proposito astenuta dal configurare l'amministrazione con «*un volto preciso che ne consenta tra l'altro l'inserimento tra le funzioni esclusive e autoritarie dello stato*»²⁴⁶, si può ben comprendere come l'amministrazione sia stata assunta in Costituzione «*così com'era, come un'entità ricavata*»²⁴⁷, regolandone i caratteri doverosi e lasciando per il resto che essa fosse adatta al suo scopo, alla sua ragione.

Avuto riguardo poi al fatto che la Costituzione non ha pensato all'amministrazione e particolarmente all'organizzazione come a dei poteri dello stato ma ha, al contrario, inteso che l'amministrazione e la sua organizzazione dovessero vedersi collegate immediatamente con la società²⁴⁸, allora non rimane che intravedere nello spazio che la Costituzione ha concepito come 'libero' l'esplicarsi proprio della società. Non essendo «*immagine dello Stato*», l'amministrazione è dunque «*forma della società*»²⁴⁹, e precisamente «*come una delle "forme" costituzionali nelle quali si esprime la sovranità delle persone e dei loro diritti*»²⁵⁰. In quest'ottica, un'amministrazione che agisce con una sua organizzazione in modo professionale, efficiente, imparziale e nel rispetto della legge appare assai più come una funzione della società che non come una funzione dello stato e dunque una funzione del portatore dei diritti perché il potere venga esercitato in modo congruente con il dominio di questi.

Se, dunque, si pone al centro delle previsioni costituzionali la libertà dell'amministrazione come forma di espressione della società – particolarmente della sovranità delle persone – e non il potere amministrativo, si viene anzitutto a ribaltare il tradizionale modo di concepire l'amministrazione come potere dello stato. Infatti, abbandonando le sponde del potere che si ergono ad argini della riconsiderazione dell'amministrazione come funzione della società, apparirà chiaro che la legalità di cui la Costituzione parla nel momento in cui prende ad oggetto l'amministrazione è solo quella che ne assicura gli elementi fondamentali: la professionalità, l'indipendenza e la responsabilità dei suoi funziona-

²⁴⁵ G. BERTI, *op. ult. cit.*, p. 16, dove è aggiunto che «*se si dà per presupposta la libertà e non il potere amministrativo come oggetto delle previsioni costituzionali, si viene a rovesciare il consueto modo di cogliere l'amministrazione come potere esecutivo*».

²⁴⁶ G. BERTI, *op. ult. cit.*, p. 14.

²⁴⁷ G. BERTI, *op. loc. ult. cit.*

²⁴⁸ G. BERTI, *op. ult. cit.*, p. 16.

²⁴⁹ G. BERTI, *op. loc. ult. cit.*

²⁵⁰ Cfr. L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, *cit.*, p. 371 (corsivo dell'A.).

ri, l'assicurazione della tutela giurisdizionale rispetto alle sue decisioni, l'efficienza e l'imparzialità dell'azione e il compito assegnato alla legge di disciplinarne l'organizzazione in modo che efficienza e imparzialità siano garantiti.

In quest'ottica, «*il sistema della legalità positiva dello Stato di diritto in quanto riferito all'amministrazione è dunque fuori dal disegno costituzionale, ma è anche fuori, se non contro, quell'accezione di amministrazione*»²⁵¹ come *longa manus* del potere statale. Si può dire che l'amministrazione sia garantita nella sua libertà in quanto funzionale all'interesse generale e sia ispirata, nelle sue iniziative e nei suoi comportamenti, all'efficienza e all'imparzialità. Per questo, la libertà che la Costituzione attribuisce allo spazio amministrativo è contrassegnata da un particolare dovere che si impone all'amministrazione in quanto garante dei diritti fondamentali delle persone.

Tale dovere si esprime nella preordinazione della organizzazione e della funzione amministrative all'interesse generale, nel senso che non vi può essere un'amministrazione libera di organizzarsi ed esercitare la propria funzione se non nell'interesse della collettività: «*sotto questo profilo l'amministrazione esprime la società in quanto rivolta al bene comune*»²⁵². In questo disegno l'art. 97 Cost., dunque, assume il significato della norma che legittima l'amministrazione e non la costituisce come potere o insieme di poteri, ma come organizzazione che si contraddistingue nella sua complessità proprio per essere un grande «*corpo al servizio della società*»²⁵³.

Vero è che la struttura costituzionale dell'amministrazione pubblica per come la si è appena delineata appare senza dubbio funzionalizzata alla sovranità popolare. Ed è in tal senso che si è autorevolmente sostenuto che l'amministrazione riceva dal potere legislativo garanzie e non imperativi²⁵⁴, e quand'anche riceva dei comandi questi devono intendersi nel senso dell'assolvimento pieno ed eguale dei diritti fondamentali e delle libertà costituzionali delle persone²⁵⁵.

Non è più dunque condivisibile quella visione che ricostruisce la figura dell'amministrazione (e quindi anche del suo apparato organizzativo) come braccio del potere legislativo o come parte dell'organizzazione politica dello stato all'interno della quale è escluso che la società possa «*emergere nei confronti del potere politico ufficiale come entità a sé stante, come espressione dinamica del farsi da sé stessa*»

²⁵¹ G. BERTI, *Amministrazione e Costituzione*, cit., 17 (corsivo aggiunto).

²⁵² G. BERTI, *op. loc. ult. cit.*

²⁵³ Cfr. G. BERTI, *Diritto amministrativo. Memorie e argomenti*, Padova, Cedam, 2008, p. 38.

²⁵⁴ Cfr. G. BERTI, *Amministrazione e Costituzione*, cit., p. 17.

²⁵⁵ Cfr. L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, cit., p. 368.

*politica*²⁵⁶ e «ancor più come luogo nel quale risiede permanentemente una porzione significativa della sovranità»²⁵⁷, emergendo invece il solo rapporto «tra Stato e individuo, giacché si pensava che lo Stato inglobasse per intero la società e ne impedisse l'autonomo affiorare»²⁵⁸.

12.2. Il valore giuridico dell'efficienza è sganciato dalla sfera del potere economico del mercato ed è attratto dalla sfera della società

Dalle considerazioni appena svolte discende l'importante conseguenza che l'amministrazione e la sua organizzazione non possono essere fatte dipendere in via esclusiva né dallo stato come politica, né dal mercato come espressione egoistica della libertà economica.

Nell'ordinamento costituzionale, al contrario, l'amministrazione entra sempre in gioco laddove si opera nell'interesse generale, essendo suo compito quello di agire in modo efficiente e imparziale per il bene comune, per l'assolvimento dei bisogni degli individui. Operando nell'interesse generale, l'amministrazione persegue un fine pubblico concreto e determinato, che consiste nella realizzazione del precetto costituzionale preordinato alla rimozione degli ostacoli che si frappongono al pieno dispiegarsi della personalità e al concreto godimento delle libertà e dei diritti delle persone (art. 3, comma 2, Cost.)²⁵⁹.

In questa prospettiva risulta così predeterminato anche l'interesse pubblico che l'amministrazione attraverso l'apparato burocratico deve perseguire, il quale non è solo genericamente o astrattamente indicato dalla norma attributiva del potere quanto, piuttosto, un interesse concreto e determinato che trova la sua ragion d'essere proprio nel mandato indicato nell'art. 3 della Costituzione.

Tali considerazioni meritano di essere ulteriormente approfondite, innanzitutto mettendo in rilievo quelle che più da vicino concernono la sovranità. Se si pone il fatto che la sovranità spetti alla società – intesa quale insieme delle

²⁵⁶ G. BERTI, *Amministrazione e Costituzione*, cit., p. 17.

²⁵⁷ Cfr. L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, cit., p. 372.

²⁵⁸ G. BERTI, *Amministrazione e Costituzione*, cit., p. 18, dove è aggiunto: «Oggi siamo convinti che tra società e Stato vi è un rapporto necessario, però visibile e quindi conformabile nei comportamenti e nelle cose in modo da dare a ciascuna delle parti la giusta fisionomia nei confronti dell'altra».

²⁵⁹ L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, cit., pp. 372-373, dove è detto che «i poteri pubblici, quindi, (i) sorgono dalla volontà del popolo sovrano, (ii) sono limitati e impegnati dall'ordine giuridico della società e (iii) si organizzano e agiscono in funzione dell'assicurare il godimento dei diritti fondamentali e l'adempimento dei doveri inderogabili».

persone che la costituiscono – si comprende allora come la Costituzione abbia voluto rendere funzionale alla società lo svolgimento di tutte le attività pubbliche. In quest’ottica lo statuto costituzionale dell’amministrazione pubblica impone all’autorità la missione di essere funzionale al godimento pieno ed eguale dei diritti fondamentali delle persone²⁶⁰, esulando qualsivoglia compito che stia fuori da tale specifica missione.

Per le ragioni poco sopra esposte, dunque, non possono più essere condivise quelle concezioni che fanno dell’amministrazione pubblica e del suo apparato organizzativo un’articolazione dei poteri dello stato, un apparato servente dell’esecutivo, l’organizzazione burocratica designata ad attuare la linea politica del governo. Tale visione si legittimava evidentemente alla luce del fatto che la sovranità spettava allo stato e l’amministrazione non poteva che far parte del corpo giuridico statale; il permanere delle concezioni dualistiche, o separatiste, del rapporto tra stato e società a lungo non ha permesso di cogliere la novità costituzionale, sicché il cittadino prende parte al processo politico tramite la legittimazione delle assemblee rappresentative e, quindi, esprimendo le proprie prerogative sul versante dell’indirizzo politico, mentre rispetto all’amministrazione rimane suddito, destinatario di comandi unilaterali²⁶¹. Si tratta di un modello che si spiega chiaramente nell’ottica della sovranità statale, dove il cittadino è assegnatario delle posizioni di diritto pubblico stabilite dalla legge, mentre la generale capacità di diritto pubblico è propria dello stato.

L’affermarsi della sovranità popolare (art. 1 Cost.) e la proclamazione dei diritti e delle libertà fondamentali (artt. 2 ss. Cost.) “capovolgono” tale modello imponendo di pensare all’amministrazione pubblica come ad una organizzazione che esercita poteri funzionali allo scopo di assicurare la pienezza della garanzia costituzionale dei diritti. In tale modello, l’amministrazione e la sua organizzazione non sono più da ritenersi articolazioni dell’apparato statale, bensì sono al servizio della società e sono funzionali al godimento dei diritti della persona²⁶².

²⁶⁰ Cfr. G. PASTORI, *Dalla legge n. 241 alle proposte di nuove norme generali sull’attività amministrativa*, in *Amministrare*, 2002, p. 307, dove tale ragionamento può essere riferito a livello della legislazione ordinaria e in particolare alla fondamentale legge sul procedimento amministrativo. In tal senso secondo Pastori «*le norme della legge n. 241 e delle successive norme di modifica e integrazione possono trovare agevolmente un primo fondamento nella stessa Costituzione, in particolare negli articoli 3 e 97: possono considerarsi cioè la traduzione dei principi di imparzialità e buon andamento dell’amministrazione sanciti dall’articolo 97 in termini di diritti e garanzie soggettive riconosciuti in modo necessariamente eguale, secondo l’articolo 3, a tutti i cittadini*».

²⁶¹ Cfr. L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, cit., p. 368.

²⁶² L.R. PERFETTI, *op. ult. cit.*, p. 369.

Guardando le cose dall'angolazione della legittimazione democratica dell'amministrazione il quadro non muta. Diversamente, infatti, si ritornerebbe ad una concezione superata dell'amministrazione come braccio dell'esecutivo. Più esattamente, il risultato sarebbe che l'amministrazione e la sua organizzazione ritornino ad essere concepite come articolazioni del potere esecutivo e, nonostante ciò, essendo tale potere legittimato dal consenso elettorale e guidato dall'indirizzo politico rappresentativo, che ne consegua una sua legittimazione democratica. Eppure, come è stato messo bene in luce dalla dottrina, una soluzione del genere si spiega soltanto se l'amministrazione viene intesa quale «attività realizzativa», situandosi rispetto ai compiti dello stato nella «porzione terminale del processo di attuazione»²⁶³.

Tuttavia, una simile soluzione si giustifica solo a patto di considerare l'amministrazione e la sua organizzazione funzionali all'assolvimento dei compiti dello stato per come effettivamente stabiliti nel processo di determinazione dell'indirizzo politico. Vero è che tale visione ricorre assai di frequente nelle impostazioni degli ultimi anni, le quali, come visto a proposito del filone che ha inaugurato il nuovo modello di "amministrazione di risultato", sono dedite a ricostruire un modello efficientistico di amministrazione o, in termini più corretti, a «funzionalizzare[re] l'amministrazione al perseguimento dell'efficienza»²⁶⁴. Si tratta di un'impostazione – di cui pure sono stati autorevolmente indicati i limiti²⁶⁵ – dove l'organo rappresentativo, forte della legittimazione democratica, designa gli obiettivi che l'amministrazione deve solo conseguire in modo efficiente. In quest'ottica, la democratizzazione dell'amministrazione deriverebbe dalla sua funzionalizzazione all'indirizzo politico.

Si tratta di un'impostazione che non convince particolarmente per due ordini di ragioni. La prima ragione attiene al fatto che nella Costituzione i compiti dello stato non sono rinviati alla determinazione del gioco politico, ma vengono «espressi direttamente dalla Costituzione, nella maniera più diretta, esplicita e consapevole attraverso le formulazioni riccamente orchestrate degli artt. 2 e 3»²⁶⁶. Anzi si può dire, in modo più netto, che «riconoscimento, garanzia e perfezionamento dei dirit-

²⁶³ U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, Cedam, 1996, p. 11.

²⁶⁴ L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, cit., p. 369.

²⁶⁵ G. PASTORI, *Attività amministrativa e tutela giurisdizionale nella legge 241/1990*, in L.R. Perfetti (a cura di), *Le riforme della l. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità e amministrazione di risultato*, cit., p. 6.

²⁶⁶ U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, cit., p. 11, dove è detto che «questo è anche il grande compito a cui partecipa l'amministrazione: servire gli uomini [...] nella realizzazione dei loro diritti».

ti»²⁶⁷ sono compiti i quali spettano precipuamente proprio allo stato. La seconda ragione attiene al fatto che l'amministrazione e la sua organizzazione non possono essere esposte al solo indirizzo politico, altrimenti ciò sarebbe in contrasto con l'art. 97 Cost. che ne prescrive l'agire imparziale.

12.3. Il concetto giuridico di efficienza ed il concetto di imparzialità

Dall'illuminante idea bertiana ora bisogna fare un passo ulteriore e trarre alcune utili e decisive indicazioni per inquadrare meglio il concetto giuridico di efficienza in Costituzione.

Se si parte dall'idea bertiana secondo cui l'amministrazione e la sua organizzazione non sono scolpite come poteri dello stato in Costituzione ma sono funzioni della società, e se si considera che la Costituzione ha previsto per l'amministrazione e l'organizzazione delle specifiche modalità attraverso le quali esse devono adempiere il compito di essere funzioni della società, si osserva come queste modalità siano l'efficienza (buon andamento) e l'imparzialità.

Ora, per comprendere l'effettiva portata di tali modalità e in particolare ricavare il ruolo che l'efficienza ha come modo d'essere dell'amministrazione e della sua organizzazione nella considerazione di queste quali funzioni della società, occorre domandarsi in quale rapporto si pongano efficienza e imparzialità.

Per rispondere al quesito occorre fare un breve ma indispensabile passaggio. Tale passaggio impone nuovamente di interrogare la Costituzione nella parte in cui all'art. 97 si occupa di definire i canoni ordinatori attraverso i quali si esplicano l'organizzazione e l'azione dell'amministrazione pubblica.

La Costituzione quando si occupa di definire i principi basilari dell'amministrazione stabilisce che i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge in modo da assicurare «*il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione*», dove la congiunzione "e" che lega i concetti di efficienza e imparzialità non è priva di significato, ma anzi ha un valore decisivo per la corretta interpretazione della norma costituzionale.

In effetti la Costituzione, definendo assieme efficienza e imparzialità, ha inteso legare strutturalmente e indissolubilmente questi due concetti, talché non potrebbe mai esservi un'azione ed un'organizzazione costituzionalmente efficienti senza che le stesse siano al contempo anche imparziali, né allo stesso modo potrebbe esservi un'azione ed un'organizzazione costituzionalmente im-

²⁶⁷ U. ALLEGRETTI, *op. loc. ult. cit.*

parziali senza che le stesse siano al contempo anche efficienti. E ciò perché efficienza e imparzialità stanno e cadono insieme. È la stessa Costituzione ad affermarlo in modo inequivoco.

Ora se si pone che l'imparzialità rappresenta la regola dell'esercizio della funzione amministrativa, non rappresentando cioè solo la regola in base alla quale non occorre trattare diversamente le stesse situazioni, si può ragionevolmente e conseguentemente affermare che l'imparzialità costituisce la quintessenza della legalità: se non vi è la legge non vi è neppure il parametro di riferimento alla luce del quale l'amministrazione deve essere imparziale.

Secondo tale prospettiva, il concetto dell'imparzialità indica un particolare modo d'essere dell'amministrazione e conseguentemente della sua organizzazione, definisce cioè come l'amministrazione sia una funzione regolata dal diritto e non si identifichi in alcun caso come amministrazione dell'esercizio del potere. Tuttavia, pur essendo una funzione regolata dal diritto, l'amministrazione non raggiunge il suo scopo di garantire l'interesse pubblico se non "organizzandosi" e "agendo" in modo efficiente. E ciò perché l'amministrazione potrà pure essere imparziale, ma se si organizza o agisce in modo inefficiente non adempie il suo compito di garantire l'interesse pubblico, nel senso di realizzare il mandato costituzionale preordinato alla rimozione degli ostacoli che si frappongono al pieno dispiegarsi della personalità e al concreto godimento delle libertà e dei diritti delle persone; e, allo stesso tempo, l'amministrazione non sarà imparziale se è inefficiente, per il fatto che potrà pure dare il bene della vita a chi ha il diritto di averlo, ma con modi e tempi che sono del tutto incompatibili con il godimento pieno di quello stesso bene.

Si dimostra ancor più a fondo come nella Costituzione esista uno stretto legame che tiene uniti l'uno all'altro i concetti di efficienza e di imparzialità, e siccome questi concetti sono strettamente collegati, la definizione di efficienza non può che essere una definizione comprensiva della garanzia (imparzialità). In tal senso si comprende pure come la legalità che la Costituzione intende difendere quando prende in esame l'amministrazione sia solo quella che ne assicura le caratteristiche indispensabili, ossia efficienza e imparzialità. Questi, d'altra parte, sono i modi della libertà e del dovere dell'amministrazione: l'amministrazione è garantita nella sua libertà, in quanto funzionalmente efficiente per l'interesse generale e ispirata nelle sue attività e comportamenti dal principio di imparzialità.

Si comprende ancora meglio in questa prospettiva come quello di efficienza sia sempre un concetto (giuridico) comprensivo della garanzia, non potendosi concepire un'amministrazione ed un'organizzazione efficienti che non

siano allo stesso tempo anche imparziali. Se così è l'imparzialità – intesa qui come garanzia – costituisce un imprescindibile parametro di riferimento per l'efficienza. Si può dire più esattamente che l'imparzialità è il perimetro entro cui l'efficienza può avere una sua validità, può esplicarsi legittimamente.

In questa prospettiva, l'amministrazione ogni qual volta eserciti il potere attribuito dalla norma dovrebbe verificare se l'organizzarsi e l'agire efficientemente in una data situazione siano comprensivi della garanzia che la stessa situazione richiede per il rispetto del principio dell'imparzialità. Laddove l'organizzarsi e l'agire efficienti richiedano in concreto il sacrificio del bene della vita, in nome, poniamo, dell'accelerazione o della semplificazione della procedura, l'amministrazione dovrebbe abbandonare tale modalità di organizzazione ed azione e organizzarsi ed agire in modo che l'imparzialità sia rispettata, che la sfera soggettiva delle persone garantita.

Nell'interpretazione offerta, le modalità con cui l'amministrazione e la sua organizzazione adempiono il compito di essere funzioni della società sono ora ricomposte nella stretta coesistenza dei principi di efficienza e imparzialità. In essa trova valore giuridico il criterio di efficienza (il buon andamento di cui parla la Costituzione), il quale viene così sganciato dalla sfera del potere amministrativo e del potere economico del mercato per essere attratto dalla sfera della società dove, in un continuo confronto con il principio dell'imparzialità, assolve la sua funzione di rendere effettivamente rispondente l'amministrazione e la sua organizzazione al godimento pieno ed eguale dei diritti delle persone in conformità dell'ordinamento costituzionale.

13. L'efficienza amministrativa come misura della massimizzazione dei diritti delle persone

13.1. Il superamento dell'idea di amministrazione come funzione della società e della sovranità come spettante all'ordinamento

Si sono tracciati, dunque, i confini del problema dell'efficienza come concetto giuridico, in relazione alla concezione dell'organizzazione amministrativa e della sua posizione nel quadro costituzionale. Lungo questa trattazione, sono emersi con chiarezza due elementi rispetto ai quali si presentano seri motivi di insoddisfazione.

In primo luogo, si sono scorse le ragioni per le quali il ricorso ad un concetto 'economico' di efficienza non consente di risolvere adeguatamente e con

certezza il problema del contenuto giuridico del precetto di efficienza nell'amministrazione.

In secondo luogo, la misura dell'efficienza viene sempre ricercata nei modi di esercizio del potere pubblico.

Avere posto il problema della posizione dell'amministrazione e della sua organizzazione nel quadro costituzionale, come s'è appena fatto, è necessario, invece, per raggiungere una definizione giuridica del concetto, giacché risulta evidente che – pur con diversità d'accenti – l'efficienza è da concepire in relazione alle funzioni dell'organizzazione e ai suoi fini.

Si tratta, quindi, di un concetto obiettivato di efficienza.

Tuttavia, anche in questa prospettiva, l'efficienza resta misura dell'esercizio del potere pubblico, colta nella prospettiva di quest'ultimo e dei mezzi di cui dispone il potere sovrano (sia esso lo stato o l'ordinamento) per raggiungere fini pubblici.

È quest'ultimo aspetto che, invece, costituisce l'ultimo profilo di ambiguità del concetto. Infatti, la costruzione del concetto giuridico di efficienza come misura dei mezzi pubblici posti in essere per raggiungere interessi pubblici attraverso l'esercizio di potere pubblico, finisce per far ricadere la nozione su sé stessa e non permette di definire davvero l'efficienza rispetto al perseguimento degli scopi dell'amministrare per fini pubblici. Per raggiungere questo risultato, occorre quindi, necessariamente, fare un passo avanti rispetto all'idea bertiana di amministrazione come funzione della società (in cui sovrano è e resta l'ordinamento), da cui pure si sono prese le mosse per ridisegnare lo sfondo teorico entro il quale immettere il concetto giuridico di efficienza.

È, quindi, necessario provare a costruire una soluzione diversa circa il potere dell'amministrazione.

Questo passo, vale la pena di anticipare, va fatto se si vuole porre una concezione dell'efficienza, oltre che giuridicamente valida in relazione al quadro costituzionale vigente nell'ordinamento amministrativo, anche misurabile in relazione al raggiungimento dello scopo per il quale l'amministrazione e la sua organizzazione agiscono.

Questa, d'altra parte, non è l'unica ragione.

Il perpetuare le categorie tradizionali in un contesto socioeconomico segnato da profondi cambiamenti, vorrebbe dire venire meno al compito proprio del giurista positivo, sicché appare ragionevole domandarsi se non vi siano soluzioni diverse da quelle correnti.

Al di là della soluzione offerta, ciò che non pare possa mettersi seriamente in dubbio è il fatto che il giurista positivo debba ricercare tale soluzione sempre all'interno del tessuto costituzionale.

Più a fondo occorre chiedersi se, in conformità del dato positivo offerto dalle norme costituzionali, non si possa offrire una impostazione – per quanto radicale – dell’amministrazione e della sua organizzazione che contribuisca a mutare in maniera decisiva il modo in cui si è tradizionalmente affermato il fondamento giuridico su cui poggia il potere dell’autorità e, quindi, costruire il concetto di efficienza non come misurazione dei mezzi pubblici utilizzati per l’esercizio del potere pubblico, ma piuttosto come massimizzazione dei risultati cui l’esercizio di quel potere deve tendere.

In questa prospettiva è stato messo in dubbio che il potere pubblico spetti allo Stato e per il suo tramite all’autorità amministrativa²⁶⁸.

Come è noto da più parti il potere pubblico è stato inteso quale attributo essenziale della sovranità, la quale a sua volta è posta esclusivamente in capo allo stato. Per questo motivo, una volta intestata la sovranità allo stato, si è potuto considerare il potere pubblico come appartenente all’autorità che lo esercita in conformità della legge. Viene così radicato il potere pubblico in un soggetto, l’amministrazione, di cui è a sua volta predicata la natura pubblicistica; tale soggetto è titolare del potere in via generale ed è destinato ad attivarsi ogni qual volta che ne ravvisi un’esigenza di pubblico interesse. In quest’ordine di idee «*il potere è il dato generale, preesistente, costitutivo. La sua ragione è l’interesse pubblico. Il soggetto pubblico (lo Stato, in ipotesi) lo incorpora, divenendo il dato costitutivo di quest’ultimo*»²⁶⁹.

Vero è che l’impianto teorico dello stato di diritto non è andato oltre questa originaria conformazione, la quale permane immutata pur nel lungo e faticoso percorso che ha condotto alla sottoposizione del potere alla legge e al controllo razionale del diritto. I giuristi, e i giuspubblicisti in particolare, da sempre si sono dimostrati sensibili al problema della controllabilità del potere amministrativo. In questa prospettiva si sono definite procedure, si sono introdotte forme di partecipazione delle persone alla funzione amministrativa, si sono date delle norme puntuali ai modi e ai tempi di produzione del potere da parte dell’autorità e si sono approntati i mezzi per sindacare dinnanzi ad un giudice i risultati dell’uso che l’autorità fa di quel potere. Tuttavia, la sottoposi-

²⁶⁸ L.R. PERFETTI, *Sull’ordine giuridico della società e la sovranità*, in *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, Padova, Cedam, 2016, pp. 1153 ss.

²⁶⁹ L.R. PERFETTI, *Sull’ordine giuridico della società e la sovranità*, cit., p. 1156, dove si aggiunge: «*In termini storici, il monopolio dell’autorità deriva dalla spettanza della sovranità. Per quanto il concetto sia stato, almeno dal kelsenismo in poi, molto criticato – seppur non archiviato – resta evidente che l’originaria spettanza della sovranità ha radicato nella soggettività pubblica il sistema dei poteri. Non sembra di grande importanza il fatto che, poi, con progredire del tempo, il concetto di sovrano sia stato criticato e generalmente sia stato espunto dal discorso dell’autorità*» (pp. 1156-1157). Tant’è che sebbene sia stato «*espunto, sottratto, presupposto per lo più, non superato. Il nomos dell’autorità resta ancora tutto lì*» (p. 1157).

zione dell'amministrazione al controllo razionale del diritto, pur contribuendo ad una progressiva giuridificazione del potere, ha lasciato e tuttora lascia impregiudicata la questione circa la spettanza di quel potere all'autorità²⁷⁰.

In questa prospettiva si è predisposta una disciplina del potere che fosse in grado di razionalizzare normativamente i comportamenti dell'autorità, ma ciò pur sempre nella consapevolezza che quest'ultima fosse legittimata all'uso del potere dall'esclusiva spettanza ad essa della sovranità.

In tal senso si è efficacemente notato²⁷¹, che il potere continua a risiedere nell'autorità in modo permanente e ad esprimersi per la cura dell'interesse pubblico.

Il problema della spettanza in via esclusiva della sovranità all'autorità non si risolve neppure con l'avvento, a partire dalla seconda metà del Novecento, dello stato democratico.

In quest'ultimo la giustificazione del potere in capo all'autorità risiede nella legittimazione democratica dell'amministrazione che avviene per il tramite del flusso politico-rappresentativo. Tuttavia, anche tale soluzione non appare più convincente. È sotto gli occhi di tutti la crisi in cui versano le democrazie occidentali, dove la legittimazione democratica delle strutture di potere è minata alle fondamenta da serie ragioni di cui non si può più tacere. Si pensi al declino cui va incontro il sistema dell'investitura democratica delle autorità sia per ragione del contesto globale in cui sono ora inserite le questioni fondamentali e delle stesse autorità politiche che sono chiamate a provvedervi, sia per la complessità tecnica ed economica dei problemi di rilievo pubblico²⁷². In questo panorama si assiste così alla recessione dell'autorità ordinaria e all'assegnazione delle questioni pubbliche a tecnocrazie o a specifiche autorità di regolazione (autorità amministrative indipendenti).

Si è pure proposta la soluzione al problema della spettanza della sovranità attraverso l'oggettivazione dell'agire amministrativo e l'affermarsi delle leggi

²⁷⁰ L.R. PERFETTI, *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello Stato di diritto*, in *P.A. – Persona e Amministrazione*, I (2017), pp. 3 – 43

²⁷¹ L.R. PERFETTI, *Sull'ordine giuridico della società e la sovranità*, cit., pp. 1157-1158.

²⁷² Sull'argomento si v. S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2002, ID., *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, Laterza, 2003. In passato, S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Milano, Giuffrè, 1969, ma già in *Riv. dir. pubbl.*, 1910, pp. 87 ss., sul quale, S. CASSESE, *Lo Stato*, «stupenda creazione del diritto» e «vero principio di vita», nei primi anni della *Rivista di diritto pubblico* (1909-1911), in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1987, p. 501; P. GROSSI, *Lo Stato moderno e la sua crisi (a cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, pp. 1 ss.; A. ROMANO, *Santi Romano, Lo Stato moderno e la sua crisi e l'ordinamento giuridico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, pp. 333 ss.

generali di procedura che consentissero la realizzazione di spazi paritari dove far emergere le pretese delle persone nei confronti delle autorità.

Si tratta di una soluzione in cui si è anche affermata la spettanza della sovranità all'ordinamento e non allo stato. Tuttavia, pur avendo il pregio di fornire una visione paritaria del rapporto tra l'autorità e la persona e sebbene si passi dall'intestare la sovranità all'ordinamento piuttosto che allo stato, tale soluzione non risolve la questione fondamentale della spettanza della sovranità la quale continua a trattarsi nell'autorità.

Tali considerazioni impongono di riflettere sull'opportunità di dare una diversa soluzione teorica alla questione della sovranità e al problema del ruolo e della funzione che bisogna assegnare all'amministrazione ed alla sua organizzazione.

In questa prospettiva appare utile anticipare come da una diversa costruzione teorica dell'edificio su cui poggia l'idea della sovranità e con essa il ruolo e la funzione dell'autorità dipenda anche la bontà di un concetto giuridico di efficienza che si propone di assolvere il godimento dei diritti delle persone.

Ed è a tale diversa soluzione²⁷³ che occorre ora rivolgere l'attenzione.

13.2. Soluzione alla questione della sovranità in base all'ordine giuridico della società e al riconoscimento dei diritti fondamentali: la sovranità delle persone

Il dato positivo da cui partire per il giurista è sempre rappresentato dal testo costituzionale. Se infatti si prova nuovamente ad interrogare la Costituzione si potrà appurare come essa, all'art. 1, esordisca attribuendo la sovranità al popolo e subito dopo, all'art. 2, affermando il riconoscimento dei diritti inviolabili delle persone²⁷⁴.

Si è sostenuto²⁷⁵ come siano proprio questi due elementi, l'intestazione della sovranità al popolo e il riconoscimento dei diritti inviolabili delle persone, la base teorica su cui fornire una soluzione radicalmente diversa alla questione della spettanza della sovranità.

²⁷³ L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa e sovranità popolare*, in *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 119-158.

²⁷⁴ L.R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Diritto pubblico*, 2013, pp. 61-130

²⁷⁵ L.R. PERFETTI, *Sull'ordine giuridico della società e la sovranità*, cit., p. 1163.

Se si tiene per ferma l'intestazione della sovranità al popolo da parte del dato costituzionale, si potrà affermare come essa non spetti né allo stato, né all'ordinamento.

Di conseguenza la sovranità non può essere assegnata neppure all'autorità, benché la si consideri ancora come il fondamento del suo potere.

Più esattamente essa non spetta all'autorità, né «*al prodotto dei suoi comandi, né al soggetto né all'oggettività delle sue regole*»²⁷⁶.

Se così è, la sovranità non può che spettare alle persone²⁷⁷.

Che la sovranità spetti alle persone e non all'autorità è stabilito in modo inequivoco non solo dalla Costituzione come testo posto e vigente, ma anche dall'atto costituente dell'ordinamento, dal momento che la sovranità popolare si è manifestata in modo collettivo proprio in tale atto.

L'affermazione che la sovranità appartenga alle persone non è di poco conto, giacché da essa deriva un secondo elemento rilevante che caratterizza la spettanza della sovranità al popolo, vale a dire l'esistenza di un «*ordine giuridico della società nel quale la sovranità risiede e dal quale promana la Costituzione*»²⁷⁸. Si tratta di un ordine giuridico che si esprime nella manifestazione della sovranità attribuita al popolo e della garanzia dei diritti inviolabili e dei doveri irrinunciabili delle persone. Ordine della società la cui giuridicità è dunque suffragata proprio dalla spettanza della sovranità al popolo e dalla presenza di posizioni giuridiche costituite dai diritti fondamentali delle persone che preesistono in modo autonomo in quell'ordine, tanto che la Costituzione non crea ma “riconosce” i diritti come tali.

Vero è che il riconoscimento dei diritti fondamentali viene sancito nel nostro ordinamento nel modo più esplicito attraverso la disposizione di cui all'art. 2 Cost., la quale permette di escludere che la sovranità, una volta esercitata ponendo in essere la Costituzione e consegnando al popolo il potere di

²⁷⁶ L.R. PERFETTI, *op. loc. ult. cit.*

²⁷⁷ L.R. PERFETTI, *op. loc. ult. cit.* Sulla stessa tesi si v. ID., *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, cit., p. 359, dove secondo l'A. «una volta che si sia presa sul serio l'affermazione costituzionale della spettanza della sovranità al popolo ne conseguiranno due elementi decisivi [...] vale a dire: nella sovranità popolare si trovano le ragioni che impongono di riconoscere (A) l'esistenza di un ordine giuridico della società e (B) la completa funzionalizzazione dell'autorità (amministrativa o giudiziaria) al godimento pieno dei diritti fondamentali della persona, nel rispetto del precetto dell'eguaglianza sostanziale; ne consegue che l'autorità dispone di poteri limitati (che le sono assegnati dalla legge formale), la cui disciplina deve essere individuata nelle fonti primarie e, ove bisognose di integrazione, nell'ordine giuridico della società e che l'esercizio dei poteri è completamente funzionalizzato al perseguimento di interessi pubblici estranei all'amministrazione e riconoscibili nel pieno godimento dei diritti (nella Costituzione italiana questa conclusione sembra una conseguenza necessaria del sistema degli articoli 1, 2 e 3 vale a dire di un insieme di norme che, per via del loro rango, non sono suscettibili d'esser comprese da altri ordinamenti, incluso quello comunitario che, peraltro, con esse non sembra porsi in alcun modo in contrasto)».

²⁷⁸ L.R. PERFETTI, *Sull'ordine giuridico della società e la sovranità*, cit., p. 1163.

eleggere i suoi rappresentanti, venga per ciò solo ad esaurirsi. In effetti, «*vi è una porzione di essa che continua, permanentemente, ad esercitarsi come attività giuridica che esprime – esattamente – l'ordine giuridico della società*»²⁷⁹. E ciò avviene proprio in virtù di quel riconoscimento che la Costituzione fa dei diritti come sussistenti già al momento del farsi dell'ordinamento.

I diritti delle persone quali entità giuridiche autonome che si esprimono attraverso un proprio ordine esistono indipendentemente dall'ordine giuridico formale dell'autorità. I diritti fondamentali esprimendosi in un ordine autonomo e indipendente dall'ordine dell'autorità si trattengono costantemente nel *nomos* costituzionale della sovranità popolare, con ciò spiegando il continuo flusso attraverso cui fanno ingresso nell'ordinamento i diritti di nuova generazione. Tali diritti si generano nel grande bacino che è la società e una volta sorti la Costituzione li “riconosce” come tali, con un flusso costante che non si consuma nell'atto di porre in essere la Costituzione stessa.

È questa la ragione per la quale «*l'ordine giuridico della società si legittima nell'ambito della sovranità ed essa si trattiene parzialmente nella società, senza mai esaurirsi nello sforzo di porre in essere l'ordinamento*»²⁸⁰.

L'esistenza di un ordine giuridico della società come elemento caratterizzante la spettanza della sovranità alle persone ha il pregio di mostrare come la sovranità non si articoli nei poteri dello stato, né dell'ordinamento e neppure, per il tramite di questi, nei poteri dell'autorità²⁸¹.

13.3. Funzionalizzazione dei compiti dell'amministrazione alla sovranità delle persone in conformità della Costituzione: l'efficienza come misura della massimizzazione dei diritti fondamentali

La spettanza della sovranità al popolo e il riconoscimento dei diritti fondamentali permettono altresì di affermare come la Costituzione abbia inteso

²⁷⁹ L.R. PERFETTI, *op. ult. cit.*, pp. 1163-1164, dal momento che «*l'ordinamento positivo “riconosce” i diritti inviolabili essi sono sussistenti già al momento del costituirsi dell'ordinamento e lo sono come “diritti”, come entità – dunque – giuridiche*».

²⁸⁰ L.R. PERFETTI, *op. ult. cit.*, p. 1164. Con ciò, secondo l'A., si spiega anche «*perché la Corte costituzionale e la dottrina hanno sempre ritenuto l'art. 2 Costituzione una clausola aperta, attraverso la quale entrano nell'ordinamento i diritti di nuova generazione*».

²⁸¹ L.R. PERFETTI, *op. loc. ult. cit.* In questo senso la sovranità non si esaurisce dopo che essa viene esercitata per costituire le istituzioni democratiche o dopo che è assegnata allo stato. La sovranità non si consuma neppure dopo che viene esercitata attraverso il voto che di quella è l'espressione dinamica. Secondo l'A., infatti, «*l'idea che il cittadino sia attivo solo con la legittimazione democratica di chi è chiamato a porre in essere norme giuridiche – il Parlamento – determinerebbe la conservazione della sua qualità di suddito rispetto all'esercizio di tutti i restanti poteri pubblici, a cominciare da quello esecutivo*».

porre l'amministrazione e la sua organizzazione quali funzioni del godimento dei diritti da parte delle persone.

Sta in ciò il punto decisivo.

Se l'organizzazione e l'azione amministrative sono funzioni del godimento dei diritti della persona in conformità del sistema costituzionale, allora il concetto giuridico di efficienza non può che essere la misura della massimizzazione di quei diritti in confronto tra loro.

Il concetto giuridico di efficienza è allora caratterizzato dalla funzionalizzazione dell'attività e dell'organizzazione al raggiungimento dell'obiettivo di massimizzazione delle pretese dei destinatari dell'esercizio del potere amministrativo, che debbono essere individuate, valutate e bilanciate nell'esercizio del potere, nell'organizzazione e nella decisione amministrativa che ne esprime la sintesi dell'agire per fini pubblici.

In questa prospettiva chiedersi se l'amministrazione è 'giuridicamente' efficiente o inefficiente equivarrà a domandarsi se l'amministrazione abbia o meno adempiuto il suo compito di massimizzare i diritti delle persone garantendo loro il bene della vita con tempi e modi compatibili con il godimento che quel bene implica, apprestandovi un'organizzazione adeguata e con l'uso più conveniente delle risorse pubbliche e private (che, ad esempio, sono coinvolte nella partecipazione procedimentale).

Il concetto giuridico di efficienza, quindi, non coincide con la valutazione circa il raggiungimento dello scopo di produrre un risultato 'economicamente' apprezzabile in termini di massimizzazione delle risorse impiegate o di minimizzazione degli oneri e dei costi sostenuti a beneficio dell'ente.

In questa prospettiva si soffre l'incertezza che le stesse categorie economiche propongono, si rischia la compressione delle garanzie e, più ancora assai, manca il parametro alla luce del quale misurare l'efficienza; infatti, se manca il criterio alla luce del quale misurare l'efficienza, quest'impostazione si risolve solo nel minore uso possibile di tempo e risorse, senza chiarire fin dove sia (appunto) 'possibile' ridurre un tale consumo.

Il problema non è interamente risolto neppure chiarendo che l'amministrazione è funzione servente la società e non lo stato. Infatti, conservando la visione classica della sovranità, il centro dell'azione continua ad essere il potere pubblico e il suo esercizio, sicché si finisce per tornare nello schema per il quale è efficiente l'esercizio del potere che consuma le minori risorse possibili.

È necessario – per costruire il concetto giuridico di efficienza – sia identificare lo scopo da raggiungere con i mezzi utilizzati (tempo e risorse), sia chia-

rire come questo stesso fine sia il fondamento del potere che si utilizza e non il suo oggetto.

Se i diritti fondamentali delle persone non sono l'oggetto del potere e il potere la risorsa da esercitare efficientemente e, invece, essi sono la fonte del potere e la loro massimizzazione il fine da raggiungere, viene a ricomporsi il quadro complessivo e a chiarirsi il concetto.

La massimizzazione dei diritti fondamentali è lo scopo dell'organizzazione e dell'azione e in esso l'amministrazione, e per il tramite di essa lo stato, cessa di essere a-finalistica.

La funzionalizzazione di tutte le attività pubbliche ai compiti fissati in Costituzione e particolarmente al godimento pieno ed eguale dei diritti delle persone fissa il criterio di misurazione dell'efficienza.

Ne consegue che si potrà parlare di efficienza amministrativa come criterio che consente di determinare i mezzi che occorrono perché l'azione dell'amministrazione massimizzi il godimento dei diritti fondamentali delle persone, in confronto tra di loro e in relazione alla previsione di un potere pubblico cui sovrintenda un'organizzazione anch'essa pubblica, essendo questi ultimi – potere e organizzazione – fondati e legittimati dalla sovranità che non alberga entro essi stessi (o lo stato) ma negli stessi diritti che azione e organizzazione debbono massimizzare quanto al loro godimento.