

DIRITTO AMMINISTRATIVO

9

Direttori

Prof. Arturo CANCRINI

Prof. Vittorio CAPUZZA

Comitato scientifico

Avv. Antonio BARGONE

Cons. Alessandro BOTTO

Avv. Ettore FIGLIOLIA

Avv. Angelo PIAZZA

DIRITTO AMMINISTRATIVO

La collana “Diritto Amministrativo” raccoglie sia opere storiche del diritto amministrativo, scritte da autori appartenenti alla più classica tradizione del settore, sia opere nuove, che forniscono una visione alternativa e aggiornata della materia. L'intento è quello di offrire quindi la possibilità di rileggere i testi che costituiscono i capisaldi della scienza giuridica del settore e, allo stesso tempo, di essere aggiornati sulle novità della materia.

La collana ospita inoltre atti di convegni organizzati su specifiche tematiche e opportunamente selezionati dal comitato scientifico, e opere straniere di rilievo internazionale.



Vai al contenuto multimediale

Gerardo Soricelli

**Lo Spoils System
tra politica e amministrazione**

Profili ricostruttivi e nuove prospettive





Aracne editrice

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

Copyright © MMXVIII
Giacchino Onorati editore S.r.l. – unipersonale

www.giacchinoonoratieditore.it
info@giacchinoonoratieditore.it

via Vittorio Veneto, 20
00020 Canterano (RM)
(06) 45551463

ISBN 978-88-255-1297-7

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: marzo 2018

*a mia moglie Maria Rosaria
e a mia figlia Isabella*

Indice

II *Piano e metodologia dell'indagine*

15 Capitolo I

Legalità, buon andamento e imparzialità tra diritto e amministrazione

1.1. Il principio di legalità tra teoria e prassi, 15 – 1.2. Per una sintesi tra costituzione e amministrazione come premessa metodologica per un dibattito scientifico sul buon andamento e sull'imparzialità della pubblica amministrazione, 25 – 1.3. Buona amministrazione: principio o diritto?, 28 – 1.4. I principi di buon andamento e di imparzialità della pubblica amministrazione. ricostruzioni dogmatiche e loro operatività attuale al limite dei confini tra politica e amministrazione, 39 – 1.5. L'amministrazione di risultato ovvero il paradigma per una rilettura del rapporto tra politica e amministrazione. Aspetti critici, 52.

69 Capitolo II

Spoils System: elaborazione storica

2.1. Le linee di confine tra politica e amministrazione e il problema dell'ingerenza, 69 – 2.2. La dirigenza pubblica tra principio fiduciario e profili di professionalità: premesse per l'"introduzione" del cd. *Spoils System*, 79 – 2.3. La disciplina positiva dello *Spoils System* nell'attuale sistema ordinamentale: verso la prevalenza dell'*intuitus personae* sulla "meritocrazia o no?" Un'indagine da svolgere sul piano sostanziale, 88 – 2.3.1. *Introduzione*, 88 – 2.4. Lo *Spoils System* nell'esperienza statunitense delle politiche pubbliche fra trasparenza e imparzialità, 90 – 2.5. Riflessioni di carattere generale sull'esperienza legislativa dello *Spoils System* tra smentite e conferme, 93 – 2.5.1. *L'evoluzione normativa dello Spoils System tra smentite e conferme*, 93 – 2.6. Lo *Spoils System* di diritto speciale. Dalle normative di settore alle legislazioni regionali e comunali. Una breve sintesi ricostruttiva, 103 – 2.6.1. *Lo Spoils System e il livello regionale*, 104 – 2.6.2. *Lo Spoils System a livello locale*, 107 – 2.6.2.1. *Uno sguardo all'equilibrio dei rapporti tra politica e amministrazione tra riforme amministrative e autonomie locali. Alcuni cenni*, 107 – 2.6.2.2. *La questione del carattere "fiduciario speciale" della nomina e della revoca dei rappresentanti del comune presso enti, aziende o istituzioni: verso uno Spoils System occulto?*, 111 – 2.7. Qualche riflessione sull'annosa problematica del rapporto tra i segretari comunali e il Sindaco: *Spoils System "sostanziale" e di diritto speciale? La Corte Costituzionale risolverà il problema?*, 114.

- 119 **Capitolo III**
Lo Spoils System nella giurisprudenza costituzionale tra conferme e smentite
- 3.1. Il rilievo costituzionale dello *Spoils System* prima della svolta giurisprudenziale del 2007, 119 – 3.2. I “punti fermi” sulla disciplina dello *Spoils System* nella giurisprudenza costituzionale a partire dal 2007 e la loro evoluzione nella giurisprudenza dell’ultimo decennio, 123 – 3.3. Le possibili svolte nella giurisprudenza costituzionale dal 2007 in poi e i suoi possibili sviluppi: l’avvenuta “costituzionalizzazione” del principio del giusto procedimento e del principio di continuità dell’azione amministrativa?, 155 – 3.3.1. *Il principio del giusto procedimento e lo Spoils System tra tutela procedimentale e tutela processuale. L’analisi giurisprudenziale*, 155 – 3.3.2. *Lo Spoils System nell’evoluzione del principio di continuità dell’azione amministrativa*, 177.
- 189 **Capitolo IV**
Possibili modelli di Spoils System “occulto”
- 4.1. La rimozione della consigliera nazionale di parità per dissenso con le pratiche di governo: un caso di *Spoils System* occulto?, 189 – 4.1.1. *La fattispecie controversa e la soluzione adottata*, 189 – 4.1.2. *Il problema della cd. “fiducia tecnica” ai fini dell’applicazione dell’istituto dello Spoils System*, 191 – 4.1.3. *Conclusioni*, 193 – 4.2. Organismo indipendente di valutazione e *Spoils System*: un binomio possibile?, 193 – 4.2.1. *Il caso*, 193 – 4.2.2. *Il quadro normativo*, 194 – 4.2.3. *La collocazione della pronuncia nell’itinerario giurisprudenziale*, 197 – 4.2.4. *Considerazioni finali*, 198.
- 199 **Capitolo V**
Responsabilità erariale e Spoils System
- 5.1. Le società a partecipazione pubblica: lo *Spoils System* come giusta causa di revoca degli amministratori?, 202 – 5.1.1. *Il caso e la decisione*, 202 – 5.1.2. *Il contesto giurisprudenziale e dottrinale*, 203 – 5.1.3. *Considerazioni di sintesi*, 208.
- 211 *Conclusioni*
- 219 *Bibliografia*
- 247 *Ringraziamenti*

Piano e metodologia dell'indagine

Obiettivo del presente lavoro è lo studio dello *Spoils System* (trad. sistema del bottino), ovvero del sistema amministrativo di cessazione automatica degli incarichi dirigenziali nelle pubbliche amministrazioni non ancora scaduti a seguito del subentro della nuova compagine di Governo. Si tratta, più precisamente, di una prassi mutuata dall'ordinamento statunitense del XIX secolo, secondo la quale all'esito della contesa elettorale *to the victor belongs the spoils* ("al vincitore spetta il bottino"), in base al famoso motto coniato da Marcey nel 1832, uomo politico sostenitore del Presidente Jackson¹.

Per effetto dello *Spoils System* la cessazione dell'incarico non avviene per "demerito" del dirigente e quindi per una valutazione negativa delle sue prestazioni lavorative ma per effetto della scelta politica di "svuotare" i ruoli dirigenziali esistenti, per poi procedere alla nomina di una nuova classe dirigente, a tutela del cd. "vincolo fiduciario" che deve caratterizzare i rapporti tra politica e amministrazione². Pur guadagnando in estensione a molti settori amministrativi (come ad es. negli incarichi di direttore generale delle Asl a fasce ampie di dirigenti) e non essendo stato di per sé dichiarato costituzionalmente illegittimo, l'istituto dello *Spoils System* ha subito sostanziali riformulazioni dalla giurisprudenza costituzionale, in virtù del fatto che il carattere fiduciario del sistema favorisce forme di clientelismo incompatibili con il sistema di merito che presuppone la professionalità dei dipendenti pubblici³.

Non solo, ma la precarizzazione del ruolo della dirigenza a causa dei continui cambiamenti di Governo si pone in contrasto con i principi generali dell'azione amministrativa, come l'imparzialità, il buon andamento e la continuità. In alcune pronunce, la Corte Costituzionale ha censurato anche la violazione del principio del giusto procedimento (*due process*), poiché la cessazione dell'incarico è avvenuta senza contraddittorio con il dirigente interessato, violando perciò palesemente il diritto di difesa di cui all'art. 24

1. Così M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Terza edizione, Bologna, il Mulino, 2017, 413.

2. P.M. ZERMAN, *Il rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in M. Mirabella, A. Altieri, P.M. Zerman, *Manuale di diritto amministrativo*, a cura di Maurizio Mirabella, Milano, Giuffrè, 2012, 181.

3. M. CLARICH, cit., 143.

della Costituzione⁴. L'immagine che è possibile cogliere, è per l'appunto quella di una figura connotata da profili ricostruttivi complessi, cangianti non solo in teoria ma, soprattutto, sotto il profilo dell'operatività pratica⁵. Lo *Spoils System*, nei tempi più recenti, ha tentato di concretizzare la cd. "Costituzione materiale" dei rapporti tra politica e amministrazione facendo in modo che i due sistemi non si pongano sulla linea della contrapposizione e della separazione delle competenze, ma piuttosto della distinzione dei livelli di intervento, al fine di assicurare la cd. "amministrazione di risultato"⁶.

Il fatto che poi lo snodo centrale del raccordo tra assetto politico e gestione amministrativa sia dato dall'istituto dello *Spoils System*, come si avrà modo di spiegare, avvalorata la necessità di concretizzare una maggiore compenetrazione tra i principi di buon andamento e di imparzialità dell'azione amministrativa. In un quadro del genere, lo studio del fenomeno dello *Spoils System* ha suscitato da sempre un vasto dibattito in dottrina e in giurisprudenza e sollevato importanti quesiti.

La riflessione generale sul tema non può che prendere le mosse da uno studio di sintesi sui principi fondamentali in tema di organizzazione amministrativa. In particolare, la diversità funzionale degli apparati pubblici si è tradotta in una necessità di dialogo tra loro, nell'ottica dell'ottimizzazione dei rapporti amministrazione-cittadino al fine di unificare assiomi e principi sulla disciplina dell'organizzazione amministrativa. Il tema dello *Spoils System* (ossia il potere di scelta e di nomina di alti funzionari da parte dell'organo politico) è, o dovrebbe essere, solo un momento di applicazione e di unificazione effettiva dei principi costituzionali del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione (art. 97 Costituzione). Nelle democrazie pluraliste degli ultimi tempi, le politiche pubbliche si vestono sempre di più di momenti di commistione tra politica e amministrazione al fine di connotare i processi decisionali di obiettivi condivisi nell'ottica di adeguare gli assetti istituzionali ai bisogni e alle esigenze dei consociati. Così argomentando, i principi costituzionali di buon andamento e di imparzialità assumono la veste di principi-valori che sintetizzano gli interessi pubblici e privati in «un ordinamento istituzionale pluralistico»⁷. In particolare, gli artt.

4. Corte Cost. 23 marzo 2007, n. 103 in *Comuni Italia* 2007, 5, I, 78 (s.m.) e 104 in *Riv. giur. lav.* 2007, 2, II, 165 e 22 luglio 2011, n. 228 in *Giur. Cost.* 2011, 4, 2921. Cfr. M. CLARICH, *op. ult. cit.*, 413.

5. Per un discorso generale sulla complessità delle fattispecie nelle esperienze giuridiche, L. BALESTRA, *Il diritto dei contratti nello specchio della contemporaneità*, in *Riv. di dir. e proc. civile*, n. 4/2017, 1127 e ss.

6. A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento*, Padova, Cedam, 1979, 82).

7. Su tale posizione, N. PASINI, *Lo Spoils System fa male alla democrazia? Politica e pubblica amministrazione*, seconda edizione, Torino, Giappichelli, pp. XIV e ss. Sull'unità degli ordinamenti, illuminanti sono le tesi di V. OTTAVIANO, *Sulla nozione di ordinamento amministrativo e di alcune sue applicazioni*, in *Riv. Trim. di dir. Pubbl.*, 1958, 825 e ss; G. BERTI, *Ordinamento amministrativo, annullamento governativo e autonomi regionale*, in *Giur. Cost. m.*, 1971, 2818 e ss; A. ANDREANI, *Il principio di buon andamento*, cit., 80 e ss.

97, 95 e 5 della Cost. devono operare in continua e dinamica sinergia per garantire il coordinamento funzionale della pluralità degli interessi pubblici e il democratico assetto dei sistemi istituzionali. Ciò favorirebbe il formarsi di un ordinamento amministrativo unitario, la cui partizione interna delle competenze è stabilita in reciproca armonia dalla legge ordinaria, senza perdere di vista il dettato costituzionale⁸. In questa prospettiva, la dottrina parla di:

Struttura istituzionale del buon andamento—nel quadro strutturale di applicazione del principio che esprime una articolata somma degli interessi pubblici ripartiti tra organi di rango costituzionale organismi (organi o enti) di livello inferiore; in ogni caso, questa struttura istituzionale risponde a quella esigenza di coordinamento/indirizzo che si esplica al massimo livello nell'art. 95 della Costituzione e negli altri istituti a ciò preposti.⁹

Cosicché, in questa direzione, volendo fare il punto dell'evoluzione dei principi di buon andamento e di imparzialità non si può negare come, insieme al principio di legalità, essi costituiscono i canoni fondamentali dell'ordinamento amministrativo ai quali dovrà conformarsi l'organizzazione degli uffici con le modificazioni del caso e con una nuova capacità gestionale e responsabilizzata dei dirigenti pubblici¹⁰. Su questa scia, l'elaborazione giurisprudenziale della Corte Costituzionale ha condotto, dal canto suo, prepotentemente alla ribalta il collegamento tra il principio della distinzione tra funzioni di indirizzo e controllo e funzioni di gestione; principio affermato dal diritto positivo negli anni Novanta del secolo scorso e ciò in virtù di un percorso giurisprudenziale altalenante, non privo di difficoltà interpretative ma foriero di nuovi sviluppi di efficienza pubblica¹¹. Corollario di questo assunto è il consolidato orientamento della Consulta secondo il quale la distinzione fra funzioni politiche e funzioni amministrative-gestionali

8. A. ANDREANI, Op. ult. cit., 8, G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968, *passim*.

9. A. ANDREANI, cit., 99.

10. F.G. COCA, *Amministrazione pubblica e diritto amministrativo nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in Dir. amm. n. 1-2/2012, 21 e ss.; R. CARANTA, COMMENTO ALL'ART. 97 COST., in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Raffaele Bifulco, Alfonso Celotto, Marco Olivetti, Torino, Utet, 2006, pp. 1889 e ss., M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione* Milano, Giuffrè, pp. 1966-97 e ss.; V. BACHELET, *Profili giuridici della organizzazione amministrativa. Strutture tradizionali e tendenze nuove*, Milano, Giuffrè, 1965, *passim*.

11. F.G. COCA, *Amministrazione pubblica e diritto amministrativo*, cit., pp. 21 e ss., Corte Cost. 28 ottobre 2010 n. 304 in Foro.It. 2011, 3, I, 704 con nota di D'AURIA, Corte Cost. 28 novembre 2008 n. 390, in Corte Cost. sito ufficiale 2009; Corte Cost. 16 giugno 2006 n. 233 in *Ragiufarm*, 2006, 96, 98, Corte Cost. 5 febbraio 2010 n. 34 in Foro.It. 2010, 9, I, 2266 con nota di D'AURIA; Corte Cost. 20 maggio 2008 n. 161 in Foro.it. 2009, 5, I, 1331 con nota di AMOROSO; Corte Cost. 24 ottobre 2008 n. 351 in Foro amm./CDS 2009, 7-8, 1653 con nota di CERESSETTI; L. BALESTRA, *Il diritto dei contratti nello specchio della contemporaneità*, cit., pp. 1129 e ss.

e tecniche costituirebbe una “piena attuazione” dei principi di buon andamento e di imparzialità dell’azione amministrativa, complessivamente intesi¹². In quest’ottica, lo sforzo ricostruttivo, dopo una breve introduzione sul principio di legalità in diritto amministrativo, sarà prima di tutto diretto all’inquadramento dei principi di buon andamento, di imparzialità, di continuità della pubblica amministrazione nel contesto dell’organizzazione amministrativa complessiva.

Come si vedrà, è a tale riguardo che emerge la problematica dell’efficienza e dell’amministrazione di risultato che poi costituiranno la base metodologica di approccio allo studio dogmatico–sistematico dell’istituto dello *Spoils System*. A tal proposito, il primo capitolo si concentrerà sui principi generali della pubblica amministrazione, al fine di cogliere spunti necessari per un inquadramento dell’istituto dello *Spoils System* nell’ambito di “sistema ordinamentale giuridico”. Nel prosieguo, l’indagine, partendo dalle riforme amministrative sul pubblico impiego e sulla dirigenza pubblica, verterà sul tema dello *Spoils System* come punto di equilibrio tra potere e amministrazione. Tale analisi costituisce il presupposto del cambiamento e dell’evoluzione dei sistemi politici e amministrativi in una sorta di mediazione delle continue tensioni e dei dibattiti tra ceto politico e burocrazia professionale. Il terzo capitolo, oltre ad una breve analisi comparatistica con il modello burocratico americano, analizzerà gli orientamenti più importanti della giurisprudenza costituzionale, al fine di circoscrivere la concreta effettività dello *Spoils System* alla luce dell’ordinamento costituzionale. L’attenzione verrà da ultimo focalizzata su alcuni casi specifici di *Spoils System* “occulto”, nel tentativo di intravedere possibili modelli di decadenza automatica dal rapporto di lavoro riconducibili in via generale al sistema generale dello *Spoils System*.

12. Corte Cost. 28 ottobre 2010 n. 304, cit., 705.

Legalità, buon andamento e imparzialità tra diritto e amministrazione

1.1. Il principio di legalità tra teoria e prassi

Il tema del principio di legalità nel diritto amministrativo pone, tradizionalmente, molti delicati problemi. Basti pensare:

1. al rapporto con in principio di legalità nel diritto penale, discutendosi se nel diritto amministrativo si presenta o no negli stessi termini e contenuti del diritto penale;
2. alla difficoltà di trovare un fondamento costituzionale al principio di legalità nel diritto amministrativo se non attraverso l'elaborazione e lo sviluppo dei principi sanciti agli artt. 97, 95 e 28 Cost. sul buon andamento, sull'imparzialità della pubblica amministrazione, nonché sulla disciplina dei pubblici uffici e sulle responsabilità dei loro titolari;
3. all'attualità della distinzione tra principio di legalità formale e principio di legalità sostanziale ai fini di ricercare una maggiore democraticità delle istituzioni e l'esistenza di un sistema di garanzia effettiva dei diritti fondamentali e degli interessi dei consociati.

Ebbene, questi temi non costituiscono l'oggetto del presente lavoro ma saranno trattati solo indirettamente per tentare di spiegare l'evoluzione della pubblica amministrazione e dei suoi sistemi giuridici nell'ottica della buona amministrazione e del giusto equilibrio tra politica e amministrazione¹.

In relazione al punto 1, la dottrina autorevole riconosce l'estrema difficoltà di accreditare una pari dignità costituzionale tra principio di legalità nel diritto penale e legalità amministrativa.

La prima impatta direttamente sui diritti fondamentali perché si «erge contro una giustizia criminale che lo Stato moderno ha costruito come potente apparato criminale»². La seconda, anche se ancorata, a volte, al

1. Parla indirettamente di legalità ma afferente al diritto processuale civile, R. POLI, *La prova scientifica e il suo controllo*, in *Cassazione*, in *Riv. trim di dir e proc. civ.*, n. 4/2017, pp. 1223 e ss.

2. B. SORDI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, in *Dir. amm.* n. 1/2008, 7.

rango costituzionale, trovando cittadinanza nelle diverse Carte nazionali, resta confinata o sul piano dei principi dello Stato di diritto, orientando l'asse Parlamento–Governo–amministrazione o si incentra ora su di un piano di mera razionalità organizzativa, limitandosi a una « obiettiva funzione ordinativa »³.

Nel XIX secolo, la legalità riferita alle Costituzioni si ricollega alla legalità amministrativa in funzione di garanzia dei diritti individuali a causa del fatto che la cd. “deriva della sovranità”, dovuta al fenomeno rivoluzionario, ha spinto per una nuova cittadinanza degli strumenti di difesa dei soggetti nei confronti del potere statale; occorrono, cioè, nuove e diverse garanzie positive “dallo Stato”⁴.

Il nuovo “Stato di diritto” nascente dalle macerie “rivoluzionarie” deve assicurare un ordine giuridico che abbandoni antichi privilegi e connessi diritti per realizzare effettive e uguali libertà per tutti gli uomini⁵. Se l'ordine giuridico viene così a statualizzarsi, il principio di legalità diventa la principale garanzia dei diritti umani⁶. È dunque l'Ottocento a scoprire l'amministrazione come potere e come campo da giuridicizzare, dove il «diritto si identifica nella legge e la legge diventa la principale garanzia dei diritti. Il valore di conformità alla legge viene così a predicarsi negli apparati pubblici e il principio di legalità viene a connotare lo stesso Stato di diritto». Su un piano teorico, è proprio nell'Ottocento che emergono i sintomi di un'affermata “legalità”, non solo identificata nell'imperatività dell'atto amministrativo come momento di garanzia di uguaglianza tra i cittadini ma anche e, soprattutto, con la spinta incisiva della giustizia amministrativa, intesa quale complesso di istituti preposto ad assicurare al cittadino la conformità a legge del potere amministrativo⁷. La dimensione storico–giuridica dell'Ottocento ritiene la legalità una sorta di mediazione tra «la riconosciuta esistenza

3. Id., *op. ult. cit.*, 7 che cita sul punto della funzione ordinativa del principio di legalità amministrativa M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, il Mulino, 1979, p. 28. Sullo Stato di diritto e sulla sua “teoria politica”, si vedano, B. CONSTANT, *Principes de politique, applicables a tous les gouvernements représentatifs et particulièrement a la Constitution actuelle de la France*, Paris, Eymery, 1815, pp. 35 e ss.; E. BOCKENFORDE, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, Berlin, 1958, pp. 179 e ss.; P. COSTA, *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, in P. Corsta–D. Zolo, (a cura di), *Lo stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2002, pp. 109 e ss.; G. GOZZI, *Democrazia e diritti*, Roma–Bari 1999, pp. 35 e ss.; E. Fraenkel, *Il doppio Stato*, Torino, 1983, p. 28; A. MANGIA, *L'ultimo Forsthoff*, Padova, 1995, p. 14; R. BIN, *Lo Stato di diritto*, Bologna, 2004; R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français* Paris, Sirey (1920–1922); G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, il Mulino, 2001, *passim*.

4. B. SORDI, *cit.*, 8.

5. Id., *cit.*, 8–9

6. Id., *op. loc. cit.*

7. Id., *cit.*, 10–11, A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Il diritto pubblico*, 1995, pp. 97 e ss.

di un potere amministrativo e le esigenze di garanzia dei diritti individuali»⁸. Con l'esperienza ottocentesca, i giuristi declinano lo Stato di diritto come un sistema di amministrazioni e di giudici dove il diritto si coniuga con la legge e la legalità amministrativa disciplina assetti istituzionali retti da un diritto amministrativo ben regolato⁹. La giuridicizzazione è compiuta anche con la specialità del provvedimento, che con la sua carica di imperatività dichiara ciò che è diritto nel caso concreto, a rendere giustiziabile la pretesa a un'amministrazione secondo la legge, a un'amministrazione legittima. L'identità amministrativa è rigidamente pubblicistica; è rigidamente autoritativa. Il conflitto garanzia–privilegio si ricuce all'insegna dell'imperatività, simbolo del rapporto stesso autorità–libertà e assurda presto al rango di categoria generale. Dunque, al progressivo rafforzamento del principio di legalità amministrativa contribuisce in maniera consistente l'art. 18 della Costituzione austriaca del 1920 che assoggetta l'amministrazione alla legge e «la legalità amministrativa si identifica con il primato del parlamento eletto a suffragio universale e diretto»¹⁰. L'identità tra Stato e diritto con la supremazia del principio di legalità amministrativa fa da presupposto alla cd. «insostenibilità di spazi di potere pubblico non sorretti da adeguati comandi legislativi purché alla proclamazione weberiana dell'agire organizzato e razionale della burocrazia pubblica». E, in tutto questo, si contestualizza la soggezione al diritto della giustizia, dell'amministrazione e anche della legislazione¹¹. L'analisi compiuta finora consente quindi di spiegare la funzione ordinativa del principio di legalità, nella sua accezione di condensare diritto e legge, diritto, legge e amministrazione e poi nel suo imporsi alle repubbliche democratiche, agli Stati costituzionali che si andranno via via formandosi nell'Europa continentale.

In Italia, con un processo di giuridicizzazione dello Stato di diritto nei primi decenni del secolo scorso, l'identificazione tra Stato e diritto, tra pubblica amministrazione e Stato dove l'identificazione tra struttura comporta, di conseguenza, l'identità funzionale e cioè il perseguimento degli stessi fini pubblici. Ne consegue che:

8. B. SORDI, cit., p. 11.

9. O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 3 Aufl., Berlin, 1924 Reprint Berlin, Duncker & Humblot, 1961, vol. 1, 58–63 in B. Sordi, cit., p. 15 dove si legge che «nell'amministrazione il diritto può essere dichiarato nello stesso modo della giustizia».

10. M.J. REDOR, *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française, 1870–1914*; R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'état, spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français, by 1861–1935*, publication date 1920–1922 in B. Sordi, cit., 18, nota 24; L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, Padova, 1974, p. 85. Per un parallelo con l'economia americana tra Stato e mercato verso la fine degli anni Cinquanta, si veda, R.A. DHL, CH.E. LINDBLOM, *Politics, Economics and Welfare*, New York, Harper, 1953, pp. 78 e ss.

11. B. SORDI, cit., p. 19.

La cd. coniugazione tra Stato di diritto e amministrazione pubblica si traduce nella coniugazione dello Stato di diritto con altri poteri–funzioni oltre quelli tradizionali come “legislativo”, “esecutivo–governativo”, “giudiziario” anche e soprattutto con poteri–funzioni ancora scarsamente studiati, quali “il potere–funzione di indirizzo politico, specialmente in un ordinamento giuridico che si proclama “democratico, nonché il potere–funzione di “controllo” e di “autorganizzazione”, particolarmente rilevanti nell’ordinamento regionale e nelle amministrazioni dello Stato.¹²

Il principio di legalità amministrativa e i suoi corollari si impongono, in Italia, con una serie di istituti e atti giuridici del diritto amministrativo come la discrezionalità amministrativa, l’imperatività del provvedimento amministrativo, la responsabilità dei pubblici funzionari, senza contare la continuità–contiguità tra buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione.

Nello Stato costituzionale della seconda metà del secolo scorso, il principio di legalità, in un’accezione formalistica, non nega il soggetto, l’organizzazione, la supremazia dello Stato ma impone alla legge stessa di conformarsi in modo forte non solo ai principi generali dell’ordinamento giuridico, ma anche ai valori della costituzione¹³.

Gli ultimi anni del secolo scorso sono caratterizzati da una profonda trasformazione dell’amministrazione come esecuzione della legge e come custode dell’imperatività dell’atto amministrativo in amministrazione funzionale, ancorata alle esigenze di garanzia dei diritti fondamentali, sociali dei

12. Sottolinea F. Bartolomei, *Stato di diritto e amministrazione. Una prospettiva problematica*, in *Studi in onore di Umberto Pototschnig*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 115 e ss.; sul concetto di “Stato di diritto” sembra sufficiente richiamare la “lettura” di G. ANSCHUTZ–R. THOMA, *Handbuch des Deutschen Staatsrechts (Manuale di diritto pubblico tedesco)*, 1930/1932, voll. I e 2; H.P. SCHNEIDER, *Eigenart und Funktionen der Grundrechte im demokratischen Verfassungsstaat*, in J. Perels (ed.), *Grundrechte als Fundament der Demokratie*, Frankfurt a. M., 1979, 28; C. MORTATI, *Norme non giuridiche e merito amministrativo, in Stato e diritto*, Roma, 1941, pp. 131 e ss., ora in *Problemi di diritto costituzionale nell’attuale esperienza costituzionale repubblicana*, vol. III, 1972, pp. 1041 e ss.; F. Levi, voce *Legittimità (dir.amm.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXIV, Milano, 1974, p. 138; C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Padova, 1934.

13. I. SIGISMONDI, *Il principio del buon andamento tra politica e amministrazione*, Napoli, Jovene, 2011, pp. 75 e ss.; F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006; Id., *Voce, Sistema giuridico*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXIX, Roma, 1993, pp. I e ss.; A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. dir.*, 1991, p. 639; R. NANIA, *Il valore della costituzione*, Milano Giuffrè, 1986, *passim*; A. FRANCO, *Leggi provvedimento, principi generali dell’ordinamento, principio del giusto procedimento (in margine all’innovativa sent. n. 143 del 1989)*, in *Giur. Cost.*, 1989, II, pp. 1042 e ss.; L. PALADIN, *Legge come norma e come provvedimento*, in *Giur. Cost.* 1969, pp. 871 e ss. A. CANTARO, *Introduzione Giustizia e diritto nella scienza giuridica europea*, in (a cura di Antonio Cantaro), *Giustizia e diritto nella scienza giuridica contemporanea*, Torino, Giappichelli, 2011, 27 secondo il quale, «il nervo scoperto della narrazione dei valori [...] è la pretesa di inverare immediatamente i valori (presenti nel tessuto comunitario e nella cultura sociale) nelle decisioni giurisprudenziali: di “concretizzare” i valori incarnati dai diritti fondamentali. Questa pretesa può determinare la trasformazione dell’attività di applicazione interpretativa del diritto, prima ancora che in un’attività normativa, in un’attività di concretizzazione del diritto analoga a quella tradizionalmente attribuita alla funzione amministrativa; la realizzazione dell’interesse pubblico nel caso concreto».

consociati, nonché degli interessi individuali e sovraindividuali degli stessi. La progressiva e costante contrattualizzazione dell'azione amministrativa, nonché la necessità di misurare il raggiungimento degli obiettivi pubblici con efficienza, economicità ed efficacia¹⁴ hanno conseguentemente tradotto la legalità da perimetro del lecito in legalità sostanziale che segna il momento di disciplina dei presupposti dell'azione amministrativa che si dipana verso i consociati, in una sorta di rapporto amministrativo di condivisione di interessi e diritti reciproci. Un tale assunto conferma il fatto che le diverse teorie giuridiche sul principio di legalità, pur nelle differenze “di fondo” esistenti tra gli ordinamenti giuridici, devono essere comprese e declinate secondo moduli e con accenti propriamente costituzionalistici che pongono al centro i diritti umani e il loro rispetto da parte delle amministrazioni. Pur non trovando esplicito riconoscimento in Costituzione, il principio di legalità amministrativa troverebbe, di volta in volta, fondamento nelle norme che prevedono l'impugnabilità dell'atto amministrativo (artt. 103, 113 e 24 Cost) o in quelle che prevedono la soggezione del giudice alla sola legge¹⁵. Entrambe queste teorie sono state ritenute inappaganti perché, pur sottendendo il primato della legge sull'attività della pubblica amministrazione, non valgono a distinguere l'atto amministrativo dal contratto di diritto privato, anche se tale negozio possa essere annullato o dichiarato nullo dal giudice ove non osservi i requisiti e i presupposti di legge¹⁶.

14. Si veda la “codificata” “Amministrazione di risultato” è chiaramente espressa nelle monografie di M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, Giappichelli, 2003, spec. pp. 87 e ss.; F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia Marsilio, 1994, *passim*; A.G. OROFINO, *Profili giuridici della trasparenza amministrativa*, Bari, Cacucci, 2013, pp. 89 e ss.; G.M. SALERNO, *L'efficienza dei poteri pubblici nei principi dell'ordinamento costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1999, *passim*; F. MODUGNO, *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo*, terza edizione, con il contributo di Alfonse Celotto, Rosalia D'Alessio e Marco Ruotolo, Torino, Giappichelli, 2000; nonché nei saggi di E. PICOZZA, *Principio di legalità e risultato amministrativo, ovvero del nuovo diritto pubblico italiano*, in M. IMMORDINO–A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati. Atti del Convegno Palermo 27/28 febbraio 2003*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 54; F. SATTÀ, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969, *passim*; L. IANNOTTA, *Principio di legalità e amministrazione di risultato* in Cesare Pinelli, *Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamenti. Atti del Convegno di Macerata 21–22 maggio 1999*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 37–60; ID., *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto* in *Dir. amm.*, 2008, pp. 299 e ss.; M. RENNA, *L'efficacia e l'esecuzione dei provvedimenti amministrativi tra garanzie procedurali ed esigenze di risultato*, in *Dir.amm.* n. 4/2007, pp. 825 e ss.

15. L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XVIII, Ist. Enc. It, Roma, pp. 1990 e ss.; S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. del dir.*, vol. XXIII, Milano, Giuffrè, 1973, p. 666; N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, Giuffrè, 2001, *passim*; F. MANGANARO, *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa. Profili critici e principi ricostruttivi*, Napoli, Esi, 2000; G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i poteri impliciti*, in *Dir. amm.* 2007, pp. 703 e ss.; sui principi e sulle regole giuridiche, si veda, da ultimo, V. ITALIA, *Disposizioni, regole norme e principi*, Milano, Giuffrè, 2018, pp. 31 e ss.

16. A. CERRI, *Principi di legalità, imparzialità, efficienza*, in *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali* (a cura di Lucio Lanfranchi), Ist. Enc. It. Treccani, Roma, 1997, pp. 171 e ss.

Per la precisione, l'opinione un tempo più diffusa e accreditata era quella secondo cui il principio di legalità dell'atto amministrativo trova fondamento specifico sul principio democratico dell'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge¹⁷. L'amministrazione può concedere, sanzionare, togliere qualcosa al privato ma solo previa autorizzazione della legge, altrimenti dovrà utilizzare gli strumenti di diritto privato, come tutti i cittadini. L'imperatività e l'autoritarità della pubblica amministrazione si regge sul circuito democratico rappresentativo e, quindi, su valenze garantistiche e democratiche¹⁸ desumibili dall'uguaglianza formale e sostanziale dei cittadini di fronte al potere pubblico. Anche questa affermazione — sia chiaro — non presenta carattere di assoluta novità.

Relativamente nuova, invece, appare l'insistenza con cui essa viene oggi riproposta, nel quadro di una interpretazione sistematica dell'art. 1, comma 2 della Cost, con gli artt. 2, 97, 24, 103, 113 Cost. dove il principio di democraticità delle istituzioni rappresenta l'espressione più evidente della sovranità popolare¹⁹. La legalità non si esaurisce nella affermazione della superiorità della legge rispetto agli altri atti normativi emanati dai pubblici poteri, richiedendo che essi abbiano specifico fondamento nella legge stessa, concepita come l'unica fonte idonea a incidere sulle libertà fondamentali, ma richiede la necessità che il legislatore "intervenga a stabilire le condizioni nelle quali i diritti dei singoli possono essere "invasi" da parte della pubblica autorità e i limiti procedurali e sostanziali della sua azione"²⁰. In altre parole la legge si traduce nella definizione dei poteri dell'amministrazione: non solo nell'attribuzione di questi, nel senso che l'amministrazione ha i poteri che l'ordinamento le riconosce, ma anche nella loro delimitazione, ossia

17. A. CERRI, *op. cit.*, pp. 171 e ss.; sul punto si vedano anche, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, I, pp. 82–83; V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in Enc. Del dir., VXII, Milano, Giuffrè, 1968, p. 926; F. MODUGNO, *Legge (diritto costituzionale)* in Enc. Del dir., XXIII, Milano, Giuffrè 1973, pp. 874 e ss.; L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966, pp. 113 e ss.; R. CAVALLO PERIN, *Principio di ordinanza e principio di legalità*, Milano, Giuffrè, 1990, *passim*.

18. S. FOIS, *Legalità*, cit., pp. 664 e ss.

19. S. SPUNTARELLI, *Il principio di legalità e il criterio di imparzialità*, in Dir. amm., 2008, pp. 223 e ss. e Id., *L'amministrazione per legge*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 50 e ss.; A.M. SANDULLI, *Governo e amministrazione*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1996, 737; M. HAURIOU, *Police juridique et fond du droit*, in Rév. trim. droit civil., 1926, tradit., *Teoria dell'Istituzione e della fondazione*, Milano, 1967, p. 165; A. PIRAS, voce *Discrezionalità amministrativa*, in Enc. Dir., vol. XIII, Milano, 1964, p. 83; R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, in Dig. Disc. Pubbl., vol. IX, Torino Utet, 1994, pp. 85 e ss.; A. ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in Dir. amm., 1999, p. 116; G.U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in Dir. Pubbl. 1995, pp. 247 e ss. secondo cui il principio di legalità è quel principio che aiuta, una volta esplicitata e compresa la sua *ratio*, a risolvere i casi che vengono sollevati in materia di distribuzione del potere normativo tra i diversi produttori e *in materia di organizzazione amministrativa* (corsivo dell'autore).

20. F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, seconda edizione, Padova, Cedam, 2015, p. 39.