

Introduzione

L'elaborato consiste in un'indagine diacronica e sincronica del sistema amministrativo italiano e si propone di individuare, attraverso una nuova modalità di esecuzione della prestazione lavorativa, il mezzo mediante il quale contribuire a determinare un nuovo modo di fare amministrazione e diffondere una rinnovata cultura del lavoro nella pubblica amministrazione.

«Lavoro Agile per un'Amministrazione di Risultato»

L'incipio iniziale sintetizza tutti i principali elementi della trattazione: il mezzo, il nesso eziologico e il fine dell'elaborato.

Il «Lavoro Agile» rappresenta non solo l'oggetto principale della dell'elaborato, ma anche il mezzo e lo strumento attraverso il quale perseguire il fine della trattazione. Il lavoro agile o *Smart working* non si configura quale mera tipizzazione di una nuova forma contrattuale, piuttosto come una modalità del tutto nuova di svolgimento della prestazione lavorativa in regime di lavoro subordinato, che si fonda su due concetti cardine: la flessibilità e il risultato. La flessibilità descrive le modalità attraverso le quali svolgere la prestazione di lavoro: assenza di vincoli spazio temporali, ampia autonomia per quanto concerne l'organizzazione e la gestione dell'attività lavorativa, utilizzo di tecnologie informatiche e digitali e una maggiore conciliazione fra i tempi di vita e di lavoro. Il lavoro agile comporta non solo un nuovo modo di svolgere l'attività lavorativa, ma contribuisce a diffondere tra i dipendenti pubblici una cultura del lavoro orientata al perseguimento del risultato finale, che si fonda sulla misurazione e sulla valutazione della performance individuale, che contribuisce a determinare una nuova forma di responsabilità che si traduce nella tendenza virtuosa di rispondere e rendere conto del lavoro svolto e che infine è orientata al merito e al buon andamento dell'agire amministrativo. Dunque *Smart working* non solo per un nuovo modo di lavorare, ma soprattutto per diffondere una nuova cultura del lavoro nel pubblico impiego.

Tale considerazione permette di individuare il fine che si pone la trattazione: studiare, indagare e perseguire il paradigma dell'«Amministrazione di Risultato». Attraverso il paradigma dell'amministrazione di risultato si identifica un nuovo sistema amministrativo orientato all'efficienza, al risultato, all'*accountability* dei funzionari pubblici, al buon andamento dell'agire amministrativo; istituti e principi che saranno oggetto di approfondimento nella prima parte dello scritto.

Infine il «per» rappresenta il nesso di causalità tra il mezzo e il fine, tra il lavoro agile e l'amministrazione di risultato. Il “per” cela la ragione per la quale si è deciso di intraprendere la scrittura di tale elaborato, e coincide dunque con le convinzioni e le riflessioni personali dello scrivente.

In questa sede ci si limita ad osservare come la chiave per innovare l'agire amministrativo sia dotare il personale pubblico di uno strumento di lavoro agile e intelligente, che permetta loro di gestire la prestazione lavorativa in autonomia e con responsabilità di risultato.

L'idea di intraprendere la scrittura di tale elaborato nasce dal "comune sentire" che coincide con una percezione diffusa di generale inefficienza del sistema amministrativo italiano, dallo studio delle numerose riforme nel settore del pubblico impiego e infine da una riflessione del tutto personale dello scrivente.

Il "comune sentire" corrisponde all'idea generalmente condivisa dalla cittadinanza per la quale in Italia la pubblica amministrazione è inefficiente ed inefficace, lontana dalle istanze dei cittadini e ostacolo per le imprese, un qualcosa dunque da ridurre e da sacrificare sull'altare dell'efficienza e del risultato a tutti i costi.

Le principali riforme nel pubblico impiego, a partire dagli anni Novanta, hanno avviato un progressivo processo di modernizzazione della pubblica amministrazione al fine di incrementare la produttività e ridurre le fisiologiche inefficienze. Le riforme del pubblico impiego hanno avuto l'indubbio merito di contribuire a determinare un primo ed importante cambiamento con l'obiettivo di omologare la disciplina del lavoro pubblico a quello del lavoro privato al fine di ridurre i vincoli sostanziali e procedurali del sistema amministrativo e rendere l'azione amministrativa più snella, dinamica ed efficiente.

La riflessione personale prende forma proprio a partire dallo studio e dall'analisi delle riforme cui si faceva riferimento poc'anzi, alle quali si riconoscono importanti meriti, ma soprattutto si evidenzia l'incapacità delle stesse di tradursi in virtuose prassi applicative. Il legislatore ha stabilito correttamente il fine cui tendere, ovvero perseguire un'amministrazione orientata al merito e al risultato, tuttavia non ha provveduto ad individuare il mezzo per perseguirlo e lo strumento a disposizione del personale amministrativo per innovare la qualità del lavoro pubblico. La riflessione personale individua nel lavoro agile il mezzo e lo strumento attraverso il quale innovare l'agire amministrativo e diffondere una cultura del lavoro orientata al buon andamento e all'efficienza della pubblica amministrazione.

L'intero elaborato è costruito su queste tre direttrici: analisi della realtà e delle inefficienze dell'amministrazione italiana, approfondimento delle numerose riforme del pubblico impiego e infine alcune riflessioni finalizzate ad individuare l'elemento o lo strumento che permette un nuovo modo di fare amministrazione e diffondere una rinnovata cultura del lavoro tra i dipendenti pubblici.

Tutto ciò considerato ed esposto concerne la "sostanza", ovvero i contenuti principali della trattazione; volgendo invece lo sguardo alla "forma" dell'elaborato, si osserva come esso sia suddiviso in due parti, all'interno delle quali vi sono diversi capitoli e paragrafi. In questa sede non si intende riassumere il contenuto dei singoli paragrafi della trattazione per i quali sarà dedicato, ad inizio di ciascun capitolo, una "premessa" ad hoc nella quale si esporranno sommariamente le singole tematiche che ci si propone di affrontare in ciascun paragrafo, ma si intende motivare le ragioni per le quali si è deciso di dividere l'elaborato in due differenti parti.

La divisione riflette in via preliminare gli elementi dell'asserzione iniziale, ovvero nella prima parte il fine cui tende la trattazione, mentre nella seconda parte il mezzo attraverso il quale perseguire lo scopo; in altri termini sarà oggetto di approfondimento nella prima parte il paradigma dell'amministrazione di risultato, mentre nella seconda parte la disciplina del lavoro agile.

Un'altra ragione per la quale si è deciso di suddividere l'elaborato in due differenti parti è che ciascuna riflette un approccio e un metodo di indagine differente: nella prima parte si adotta un approccio "statico", l'analisi sarà prevalentemente teorica e finalizzata ad approfondire l'evoluzione storica e i nuovi significati della legalità amministrativa, i principi e le norme del modello dell'amministrazione di risultato e le riforme legislative per il pubblico impiego; nella seconda parte, invece, si adotterà un metodo di studio "dinamico", nel senso che si analizzeranno diversi istituti nella loro dimensione evolutiva e applicativa, si evidenzieranno da una parte i benefici e i vantaggi del lavoro agile, dall'altra invece sarà dedicato un capitolo per analizzare le criticità e le "zone grigie" della disciplina normativa, infine si proporranno riflessioni e linee guida per una possibile applicazione empirica del lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni, in particolare si prenderà come modello di studio alcune prassi particolarmente virtuose, con specifico riferimento alla Provincia Autonoma di Trento. Infine la divisione riflette due differenti ambiti del diritto: nella prima parte il diritto amministrativo e nella seconda il diritto del lavoro, un'interdisciplinarietà che lo scrivente ha ritenuto necessaria e strumentale all'obiettivo finale, ovvero individuare un nuovo modo di lavorare per contribuire ad innovare l'agire amministrativo nell'ottica del buon andamento e dell'efficienza.

Al fine di dimostrare quanto appena esposto e perseguire gli obiettivi anzidetti si adotterà nel corso della trattazione un approccio esplorativo al fine di prospettare un percorso argomentativo innovativo in cui l'elemento di originalità non risiede nei contenuti e nel fine ultimo della trattazione, ma nel collegamento fra il mezzo e il fine. Il "per", quale nesso fra il mezzo e il fine, rappresenta dunque l'elemento di novità della trattazione; in altri termini l'originalità del percorso argomentativo consiste nel dimostrare come attraverso il lavoro agile sia possibile incrementare la produttività e stimolare la professionalità dei dipendenti pubblici al fine di migliorare l'efficienza del sistema amministrativo italiano.

PARTE PRIMA

L'AMMINISTRAZIONE DI RISULTATO

CAPITOLO I

LA LEGALITA' AMMINISTRATIVA

Sommario: 1.1. I “sentieri” della legalità amministrativa dall’antichità allo Stato costituzionale di diritto. - 1.2. I principali fattori della crisi della legalità amministrativa. - 1.3. Le vicende della legalità in trasformazione.

1.1 I “sentieri” della legalità amministrativa dall’antichità allo Stato costituzionale di diritto

«Le avventure e le disavventure della legalità amministrativa non finiscono mai: ogni sentiero che la legalità imbecca ogni tanto si interrompe, la foresta si fa impenetrabile e dietro ogni albero può celarsi un nemico della legalità pronto a brandire qualche arma legale¹».

Negli ultimi decenni il divario ineliminabile fra il *dover essere* costituzionale e legislativo e l’essere della realtà fondata sulle relazioni intersoggettive e sui rapporti economici si è dilatato a tal punto da far dubitare sull’effettiva esistenza e sul reale ruolo del diritto. La netta predominanza del *dover essere* sull’essere ha determinato, ed oggi è quanto mai evidente non solo ai professionisti del settore ma anche alla collettività globalmente intesa, la crisi dei due capisaldi della cultura giuridica: il principio di legalità e la certezza del diritto. La legge ha perso la sua tradizionale centralità ed è spesso considerata dagli operatori economici un reale ostacolo ed un inutile aggravio per le relazioni commerciali e il senso di sfiducia e di incertezza da parte dei cittadini per le regole giuridiche e in generale per la dimensione normativa ha raggiunto i massimi livelli. Ecco dunque che il mantra del “*ritorno alla legalità*” e più specificatamente ad un nuovo paradigma di amministrazione rappresenta l’obiettivo principale della prossima stagione riformatrice².

In questo primo paragrafo si cercherà di indagare, senza alcuna presunzione di completezza, l’evoluzione del principio di legalità dall’antichità ai giorni nostri, nella convinzione che il problema dell’agire amministrativo possa essere colto nella sua reale dimensione solo se collocato nella giusta prospettiva storica. L’oggetto del lavoro dunque, in questa prima parte dell’elaborato, è finalizzato a

¹ F. Merusi, *La legalità amministrativa e altri sentieri interrotti*, il Mulino, Bologna, 2012, 9 ss.

² F. Merusi, *Sentieri interrotti della legalità*, il Mulino, Bologna, 2007.

ricostruire le coordinate spazio temporali dei c.d. *sentieri interrotti*³ della legalità: si tenterà di individuare la nascita del principio di legalità e di esaminare la sua evoluzione e le sue trasformazioni⁴.

È impresa ardua datare con precisione la nascita del principio di legalità: generalmente si faceva coincidere l'emersione del principio di legalità amministrativa, quantomeno nella sua versione embrionale, con la nascita degli Stati di polizia nel XIX secolo in contrapposizione allo Stato assoluto del modello sei-settecentesco, con la "autonomizzazione" della struttura burocratica regia, prima, e poi con la formazione degli Stati parlamentari; tuttavia in un recente saggio, Massimo Tucci offre una convincente prospettiva alternativa alla ricostruzione prevalente in dottrina della nascita del diritto amministrativo, evidenziando come, sin dall'antichità, il primato della legge non solo fosse già presente di fatto ma costituisse oggetto centrale di discussione nella teoria politica di Aristotele e Platone.

«Si può forse trovare allora una linea di continuità, un lungo "sentiero" ininterrotto della legalità amministrativa che dall'antichità arrivi sino ai giorni nostri?» Il Tucci parla di "diritto amministrativo nell'età classica e nell'età di mezzo", un titolo che lui stesso ammette essere volutamente "eretico" ma che fa emerge già in via preliminare l'intento dell'analisi, ossia dimostrare come il diritto amministrativo fondi le sue radici in tempi molto lontani che possono essere ricondotti alla nascita e allo svilupparsi dei concetti di *Polis* prima e di *Res Publica* poi.

L'analisi del Tucci, storiografica e comparatistica, mira a delineare una linea evolutiva della legalità amministrativa il cui punto iniziale, deve essere decisamente retro-datato rispetto alla vulgata tradizionale: «di diritto amministrativo come regime giuridico speciale (e specializzante) rispetto a quello privato o comune, se ne può parlare già a partire dall'antichità classica, sia nell'esperienza greca della Polis, sia in quella romana repubblicana ed imperiale⁵».

La soluzione del problema se sia esistito o meno un diritto amministrativo nel periodo dell'antichità greco-romana, rimanda preliminarmente a una definizione condivisa di *diritto amministrativo* che consta di due elementi: quello dell'autonomia dell'amministrazione dal potere esecutivo e quello della legalità amministrativa.

Chiariti i termini della ricerca è possibile individuare nell'Antica Grecia un complesso di norme volte a disciplinare il funzionamento dell'ente pubblico per antonomasia: la città-stato o *Polis*. Le norme riguardavano non solo il settore

³L'espressione rende alla perfezione l'idea della legalità come di un cammino progressivo, di evoluzione (di miglioramento) degli stati legislativi (prima) e costituzionali (poi) che ora invece risulta bruscamente interrotto, perlomeno a livello nazionale. Anzi, è lo stesso Merusi, che a conclusione della prima parte dei suoi *sentieri interrotti*, afferma la necessità di «indagare sulla fenomenologia, nel tempo e in particolare nell'attualità, del principio di legalità, così da distinguere la "legalità" degli antichi da quella dei moderni»; Op. Cit. 36 ss.

⁴L'analisi che segue si fonda e prende spunto dall'interessante saggio di M. Tucci, *L'amministrazione tra pubblico e privato e il principio di legalità dall'antichità ai giorni nostri*, Giuffrè Editore, Torino, 2008.

⁵ M. Tucci, Op. Cit. 3 ss.

degli appalti delle opere pubbliche⁶, ma anche l'edilizia, l'urbanistica⁷ fino a prevedere un vero e proprio sistema sanzionatorio per i soggetti privati inadempienti nei loro rapporti con l'Amministrazione Pubblica. L'aspetto sicuramente più interessante, sostiene il Tucci, riprendendo gli studi di Todd⁸, è che già nella Atene di Aristotele era ben chiara, anche nella coscienza collettiva dell'epoca, la distinzione fra le obbligazioni assunte nei confronti di altri soggetti privati ed obbligazioni imposte dalla legge per il perseguimento di fini superiori di interesse collettivo; anche sul piano del diritto processuale non mancavano norme e rimedi autonomi di tipo contenzioso e la competenza a risolvere le controversie, per esempio sorte in materia di assegnazione degli appalti, erano devolute a un'apposita Commissione di Sovrintendenti, i cosiddetti *Esdoteres*. È bene chiarire che nel seguente scritto non si intende intraprendere una complessa ed esaustiva analisi storica del principio di legalità, ma la *ratio* di fondo è quella di ricostruire, in chiave diacronica, il percorso evolutivo della legalità amministrativa in una prospettiva dinamica, dimostrando come tutte le c.d. *interruzioni* che fisiologicamente hanno "indebolito" la legalità, in realtà non ne hanno mai segnato la fine e la scomparsa, ma semplicemente hanno determinato la sua trasformazione e la sua evoluzione.

Proseguendo il lungo viaggio attraverso i c.d. *sentieri della legalità*, nell'Epoca Romana, senza dubbio, si rinviene un complesso sistema normativo volto a regolare il sistema amministrativo dello Stato e i rapporti fra quest'ultimo e i privati. In Epoca Romana già si faceva un ampio utilizzo degli atti di concessione⁹, il cui rilascio era di competenza dei Censori, mentre sicuramente più controverso sembra essere l'individuazione dell'organo di garanzia e di risoluzione delle eventuali controversie¹⁰. Altri esempi di rapporti giuridici di carattere pubblicistico sono contenuti e disciplinati in numerose leggi che qui sembra opportuno citare solamente: la *Lex Municipalis*¹¹; la *Lex Irnitana*¹²; la *Lex Trentina*.

⁶ R. Martini, *Lavori pubblici e appalti nella Grecia antica*. Plutarco faceva esplicito riferimento per l'assegnazione di opere pubbliche da parte dei censori, ad un'autonoma forma di contratto chiamata "ergolabia"; una sorta di locazione ante litteram.

⁷ In una grande iscrizione della metà del IV secolo a.C. proveniente da Tegea è contenuto un vero e proprio regolamento generale dei lavori pubblici.

⁸ Per un maggiore approfondimento sul tema si rinvia agli studi di Todd: *The shape of Athenian law*, Oxford, 1993.

⁹ Caso paradigmatico sono le concessioni per lo sfruttamento di miniere: Plinio faceva riferimento a veri e propri regolamenti censori delle miniere aurifere nell'agro di Vercelli (*lex censoria Victimularum aurifodinae*).

¹⁰ Polibio, Livio e Plutarco fanno riferimento come organo destinato a dirimere le controversie il Senato, il quale poteva concedere proroghe, migliorare le condizioni d'asta, sciogliere i vincoli assunti verso lo Stato con le concessioni censorie.

¹¹ Nella *Lex Municipalis* si fa riferimento ai seguenti articoli:

- art.48: regolava la possibilità per i soggetti privati di essere contraenti;
- art.63: regime di pubblicità e di iscrizione nei registri delle singole municipalità;
- art.79: attenta valutazione da parte dei decurioni dell'impiego migliore e più efficiente del denaro pubblico; si potrebbe parlare oggi di "discrezionalità amministrativa".
- art.83: disciplina l'istituto del *munus*, una forma di partecipazione dei singoli cittadini alla realizzazione delle opere pubbliche.

¹² La *Lex Irnitana* ha suddiviso i rapporti tra amministrazione civica e privati in due categorie: le relazioni contrattuali sorte in conseguenza di quelli che sembrano essere contratti pubblici stipulati mediante il procedimento dell'asta, e i rapporti realizzati tra municipio e privati.

Sul cosiddetto “diritto amministrativo classico” molto si potrebbe dire, ma ai fini di questo lavoro, ciò che preme è quello di sottolineare come intere categorie e istituti di diritto amministrativo fossero già previsti e disciplinati dai legislatori dell’epoca i quali ancoravano l’agire amministrativo e pubblico a precisi istituti disciplinati dalla legge.

Si potrebbe dunque concludere, e sembrano esserci sufficienti elementi, che anche per l’Antica Grecia e per la Roma classica valesse una sorta di *legalità amministrativa*, secondo la quale è la legge che disciplina i poteri e gli ambiti di intervento dell’agire amministrativo. Aggiunge a queste considerazioni M. Tucci: «un esame più dettagliato evidenzerebbe l’esistenza di un sistema di ricorsi amministrativi e di rimedi giurisdizionali idonei a garantire l’applicazione concreta della frammentata normativa pubblica e il suo rispetto da parte di tutti i soggetti dell’ordinamento. Sembra, dunque, che nel mondo classico sia netta la percezione della distinzione tra rapporti di diritto privato e di diritto pubblico e altrettanto percepito sia il principio che il potere pubblico derivi la propria legittimazione dalla legge, in particolare quest’ultimo aspetto coinvolge evidentemente quel principio di legalità amministrativa che rappresenta l’oggetto principale dell’elaborato¹³».

Procedendo nell’analisi storica della legalità amministrativa merita una breve riflessione il *diritto amministrativo nell’Alto Medioevo o nella c.d. Età di mezzo*, epoca nella quale sembra essere presente una netta distinzione fra *ius privatum* e *ius publicum* e il conseguente riconoscimento alla *Civitas* di uno status privilegiato¹⁴. Il Tucci, nella sua attenta indagine, cerca di dimostrare come anche nell’esperienza medievale, già a partire dalla Scuola di Bologna, il c.d. diritto amministrativo “ante litteram” non venga sommerso dallo *ius commune* che si va formando; ma come, piuttosto, si assista ad una ricostruzione di questo *corpus specialis* con le categorie del diritto privato, non perdendone però la specificità¹⁵.

Pubblico e privato dunque, come differenti regimi normativi, sono ben presenti alla dottrina del tempo¹⁶, e il criterio distintivo è da rinvenirsi nella *publica*

¹³ M. Tucci, Op. Cit. 22 ss. In questo primo capitolo l’obiettivo non è quello di analizzare analiticamente i singoli istituti del diritto del mondo classico, ma è quello di evidenziare la possibilità di enucleare categorie di diritto amministrativo per evidenziarne gli elementi di continuità con le varie epoche.

¹⁴ La dottrina amministrativistica francese, su tutti Rigaudiere, pone l’accento sul fatto che la *Civitas* dotata di personalità giuridica (*persona ficta*) in quanto soggetto proposto al perseguimento del *commune bonum*, sia in una posizione di supremazia rispetto ai privati e per questa ragione sia possibile parlare di un autonomo complesso di norme di diritto amministrativo.

¹⁵ In altre parole M. Tucci: «anche nell’Alto Medioevo, anche nell’età più oscura se vista nell’ottica dello Stato di Diritto, non si è mai persa la sostanziale distinzione della specificità del rapporto che legava l’individuo, quantomeno l’uomo libero, al potere costituito rispetto al rapporto paritetico che intercorreva con gli altri soggetti dell’ordinamento.» Op. Cit. 29 ss.

¹⁶ Su tutti è opportuno citare: Pierre de Belleperche che fonda la distinzione fra diritto pubblico e privato sul già menzionato concetto di *utilitas principalis*, ossia sulla base dell’interesse prevalente nel caso concreto; o ancora Rolandino che nella *Summa e nel Contractus* fa riferimento a l’*instrumentum mutui contracti a communi civitatis*, nel senso che il Comune doveva utilizzare il denaro ricevuto in mutuo per il bene della collettività, da ciò derivava la responsabilità solidale tra il Comune e i suoi ufficiali; e infine Bartolo cui si attribuisce il famoso brocardo “*civitates non recognoscentes superiores*”, che sta a significare

utilitas, rispetto alla quale i giuristi medievali sembrano riconoscere un significato moderno riconducendolo a quello dell'*utilitas principalis*, cioè dell'interesse prevalente che di volta in volta deve essere individuato nel singolo caso. Nel corso del Trecento, «con il precisarsi della *persona ficta* si sottolineano i caratteri di astrattezza dell'ente rispetto ai membri che lo compongono e la *Civitas* acquista funzioni autonome e uno status specifico; si assiste alla nascita di un diritto speciale della *Civitas* come qualcosa di diverso dallo *ius commune*»¹⁷.

E' dunque possibile individuare una linea di continuità tra la grande elaborazione dottrinale del Trecento e l'epoca greco-romana che si sostanzia in due elementi: la natura pubblicistica del rapporto fra *Civitas* e cittadino e il concetto di supremazia della stessa *Civitas*. Quello che sembra mancare era la capacità di esprimere questi concetti con un linguaggio che si differenziasse dalla terminologia e dalle categorie del diritto privato, ma ciò non toglie che già in queste epoche definite impropriamente "pre-moderne" emergano alcuni concetti cardine del diritto amministrativo: la distinzione fra diritto privato e diritto pubblico e la superiorità della *Civitas* che traeva i suoi poteri pubblici da un "diritto speciale" finalizzato al perseguimento del bene pubblico.

La breve indagine che si è tentato di prospettare ha come fine ultimo quello, da un lato, di dimostrare l'esistenza di una legalità amministrativa anche nell'età classica e nell'età di mezzo e, dall'altro, di chiarire che la dicotomia fra diritto privato e pubblico è stata sempre ben presente sia nel pensiero dei più fini giuristi dell'epoca sia nella coscienza collettiva.

Allontanandoci brevemente dalla ricostruzione storica del principio di legalità, preme evidenziare la possibilità di riconsiderare la nozione di legalità amministrativa attraverso due profili tra loro connessi, uno "statico", l'altro "dinamico". In senso statico, le considerazioni presentate sono finalizzate a dimostrare che il principio di legalità ha sin dall'inizio costituito la cifra distintiva dell'emersione di un diritto amministrativo in quanto tale differente dal diritto che si applica ai privati. In senso "dinamico", invece, si fa riferimento al fine e all'esercizio di quel potere speciale cui si ha fatto menzione poc'anzi e si ha la conferma che il fondamento ultimo del principio di legalità non debba per forza essere ricondotto alla nascita dello Stato assoluto come teorizzato dalla dottrina pressoché dominante, quanto, piuttosto, all'idea stessa di un potere esercitato in funzione di una *publica utilitas*, con un fine superiore e speciale, dunque, come già sviluppatosi nella Polis greca, nella Repubblica romana, o nelle eterogenee esperienze municipali del Medioevo.

Proseguendo l'analisi dell'evoluzione della legalità amministrativa "per salti di paradigma", di seguito si intende prendere in considerazione le tappe di formazione degli ordinamenti amministrativi che vengono in genere considerati i prototipi dello Stato accentrato o assoluto. Secondo la ricostruzione prevalente in dottrina soltanto il consolidamento dello Stato, con l'affermazione della Pubblica Amministrazione, ha imposto di adattare il diritto privato ai bisogni specifici della collettività e proprio questi adattamenti avrebbero progressivamente formato le basi del diritto amministrativo modernamente

che alla *Civitas* fosse ricollegato un potere di natura pubblicistica che discendeva dall'alto e che in origine era riconosciuto solo all'imperatore.

¹⁷ Cit. M. Tucci, Op. Cit. 37 ss.

inteso. La ricostruzione storica tradizionale si fonda su due punti cardine: in primo luogo l'assorbimento degli ordinamenti locali all'interno della nozione di Stato, il quale comprende una struttura accentrata e una periferica; in secondo luogo, l'affermazione del potere regio è vista come identificazione dell'ente Stato nella figura del Sovrano, capo supremo dell'agire amministrativo: principi e teorie che altro non sono che il preludio del c.d. Stato Assoluto. I secoli XVI e XVII vedono l'affermarsi di una burocrazia centralizzata, in parte identificabile con il Sovrano, e proprio questo potere centrale sviluppa un proprio apparato amministrativo. «Tale struttura amministrativa necessitava di strumenti incisivi per la sua azione, un corpus di norme apposite di emanazione regia o governativa, che assicurasse allo Stato un modello organizzativo e le necessarie risorse finanziarie e che fosse in grado di sostituire l'apparato amministrativo medievale basato su un'amministrazione della giustizia affidata alla nobiltà, con una classe di funzionari pubblici che rispondono del loro operato direttamente al sovrano. A questo apparato amministrativo statale e centralizzato fondato su norme regie e governative si affiancavano le strutture amministrative periferiche e le autonomie regionali e cittadine la cui azione era per lo più disciplinata dalle norme del diritto comune¹⁸». Si assiste ad un ordinamento estremamente complesso: da un lato l'amministrazione periferica o locale i cui strumenti sono per lo più di diritto comune; e dall'altro lato, un'amministrazione statale centralizzata in cui si sviluppano strumenti di carattere pubblicistico. Conviene precisare che all'espandersi di questi complessi apparati amministrativi non si accompagna un vero e proprio principio di legalità: il primo settore in cui la legalità e la sua funzione garantista vengono stipulate dalla scienza giuridica è nel campo del diritto penale sia perché il diritto alla vita è il primo fondamento dello stesso *pactum subiectionis* teorizzato da Hobbes come fondamento del Leviatano, sia perché il potere era concentrato nelle mani del re, e proprio questo potere andava sottoposto a limiti, onde evitare che i cittadini continuassero a subire ogni tipo di abuso senza poter reagire.

Anche nella Rivoluzione Francese, che rappresenta una sostanziale evoluzione e un importante momento di rottura rispetto al modello precedente dello Stato c.d. assoluto, non si rinviene una legalità amministrativa vera e propria perché non c'è ancora un'amministrazione, o meglio perché l'amministrazione è ancora considerata come mera attività materiale dell'Esecutivo.

Solo con la nascita dello *Stato c.d. moderno*, nel passaggio cioè dallo Stato di polizia allo Stato liberale, per il tramite delle rivoluzioni, nasce anche l'idea di legalità per come verrà poi intesa per quasi duecento anni, cioè nel senso, finalmente garantistico, di supremazia della legge.

Nello Stato liberale ottocentesco, la borghesia, espressione delle rappresentanze politiche, assumeva il controllo degli apparati amministrativi che fino ad allora erano stati "il braccio armato" del re e il diritto amministrativo diventava il diritto dell'attività esecutiva dell'amministrazione, ciò comportava che il principio di legalità fosse strettamente legato alla necessità di assoggettare l'amministrazione alla volontà politica della classe dominante, ovvero la borghesia. Gli effetti sono visibili soprattutto a livello giurisdizionale:

¹⁸ M. Tucci, Op. Cit. 72 ss. *Cenni all'ordinamento amministrativo nei Secoli XVII e XVIII.*

«l'Assemblea nazionale e poi l'Assemblea costituente, immediatamente dopo la Rivoluzione Francese, sancirono in forma solenne che gli organi giurisdizionali non avrebbero potuto intervenire sull'amministrazione, perché l'Amministrazione è un potere autonomo e quindi non deve essere limitato dal potere giurisdizionale, altrimenti il giudice, giudicando, avrebbe finito con l'interferire sull'attività amministrativa¹⁹». I decreti del 22 dicembre del 1789 sull'organizzazione delle assemblee primarie²⁰, e del 6 agosto 1790 sull'ordinamento giudiziario²¹, sottraggono di fatto la P.A. a qualsiasi tipo di sindacato giurisdizionale e comportano l'esclusione di ogni possibilità di tutela per il cittadino.

Il sistema amministrativo francese non solo sarà destinato a sopravvivere per oltre un secolo ma influenzerà in modo considerevole anche l'ordinamento italiano. Il modello del contenzioso amministrativo francese viene accolto anche in Italia nell'epoca napoleonica, nel Regno di Sardegna con editto 18 agosto 1831 Carlo Alberto istituiva il Consiglio di Stato articolato in tre sezioni con funzioni consultive; con un regio editto del 29 ottobre del 1847 veniva istituito un vero e proprio *sistema di contenzioso amministrativo*, accolto e confermato anche dalla riforma del Rattazzi nel 1859, un sistema amministrativo articolato in Consigli di Governo, organi di primo grado o "giudici ordinari del contenzioso amministrativo", e Consiglio di Stato, organo principalmente di secondo grado, ma anche giudice speciale del contenzioso amministrativo per le controversie in materia di pensioni. Con l'unificazione nazionale proclamata il 17 marzo 1861 si poneva il problema, da un lato, di riordinare e uniformare la materia della giustizia amministrativa e, dall'altro, si affermava l'esigenza che le controversie fra l'amministrazione e il cittadino fossero assegnate al giudice ordinario.

Il dibattito²² giungeva al suo culmine con l'approvazione di una legge che aboliva i giudici ordinari del contenzioso amministrativo: la Legge 20 marzo

¹⁹ A.Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2008, 8 ss. Nella Rivoluzione Francese si afferma il principio della "responsabilità dell'amministrazione nei confronti dell'assemblea legislativa": il Ministro, che si collocava al vertice dell'apparato amministrativo, poteva essere chiamato a rendere conto dell'operato dell'amministrazione e in particolare delle illegalità da esse commesse e ne rispondeva politicamente di fronte ai rappresentanti dei cittadini.

²⁰ Decreto 22 dicembre 1789, art.7: "le amministrazioni di dipartimento e di distretto non potranno subire interferenze nell'esercizio delle loro funzioni amministrative da alcun atto del potere giudiziario".

²¹ Decreto 16 agosto 1790, art. 13: "le funzioni giurisdizionali sono distinte e rimangono sempre separate dalle funzioni amministrative. I giudici non potranno, sotto pena di esorbitanza del loro potere, interferire in qualunque modo sulle operazioni dei corpi amministrativi, né citare avanti a sé gli amministratori a motivo dell'esercizio delle loro funzioni".

²² Occorre di seguito riprendere alcune delle posizioni più autorevoli dell'epoca:

-Cordova: "è insita nell'amministrazione una giurisdizione di diritto pubblico";

-Rattazzi: "la distinzione fra interesse e diritto, per cui le materie di diritto pubblico, dove si faccia questione di diritto civile o politico erano devolute all'autorità giudiziaria, e quelle dove non si trattava che di interesse (o meglio di altri affari non compresi nei diritti civili o politici) erano lasciate in balia dell'amministrazione pure, era più sottile che vera, difficilissima a farsi in pratica";

-Buoncompagni e Mancini: "è necessario deferire tutte le controversie di diritto, senza distinzione fra pubblico o privato, ai tribunali ordinari: dov'è il diritto deve esserci il giudice; niuno a un tempo può essere parte e giudice in una controversia e l'amministrazione non è

1865, n. 2248, Allegato E (c.d. *Legge di abolizione del contenzioso amministrativo*).

In particolare sono due gli aspetti che meritano un approfondimento in relazione alla successiva evoluzione del sistema: in primo luogo, nell'Allegato D, "*Legge sul Consiglio di Stato*", trovava una disciplina puntuale anche il ricorso al Re, rimedio giudiziale esperibile solo una volta esaurita la fase dei ricorsi gerarchici, nel quale il Consiglio di Stato interveniva esprimendo un parere obbligatorio preliminare alla decisione assunta con decreto reale; in secondo luogo, evidenzia il Tucci: «il legislatore del 1865 adottava una soluzione compromissoria volta a evitare sia la prevalenza del potere amministrativo sul potere giudiziario, sia la prevalenza di quest'ultimo sul primo, ritenuta incompatibile con il principio della separazione dei poteri²³».

I risultati della riforma del 1865 tuttavia apparivano ben presto insoddisfacenti: non si era realizzata un'effettiva tutela del cittadino nei confronti dell'amministrazione e l'abolizione del sistema amministrativo aveva comportato un indebolimento delle garanzie offerte al cittadino. Dell'esigenza di una profonda revisione si erano fatti portatori illustri uomini politici come Crispi e autorevoli giuristi dell'epoca come Mantellini e Spaventa, i quali affermavano la necessità di una tutela più ampia ed incisiva del cittadino nei confronti dell'amministrazione. A tale esigenza dava riscontro la Legge 31 marzo 1889, n. 5992 che istituiva la Quarta Sezione del Consiglio di Stato: ad essa dovevano presentare i loro ricorsi i cittadini che ritenevano di essere stati lesi nei loro "interessi" da atti dell'amministrazione. Il quadro della giurisdizione amministrativa della riforma del 1889 veniva ricondotto ad uno schema imperniato sulla distinzione fra posizione soggettive: la tutela dei *diritti soggettivi* era demandata al giudice ordinario, per la tutela degli *interessi di individui o di enti morali giuridici* (c.d. interessi legittimi) se si trattava di un provvedimento amministrativo non definitivo era previsto il ricorso gerarchico all'amministrazione sovra-ordinata, se invece l'interesse legittimo era stato leso da un provvedimento definitivo il cittadino alternativamente poteva esperire ricorso alla Quarta sezione o ricorso straordinario al Re. La legge del 1889 non affrontava la questione della "natura" amministrativa o giurisdizionale della Quarta sezione e, dopo un lungo dibattito, era prevalsa la tesi del carattere giurisdizionale della Quarta sezione, teoria accolta dalla Cassazione e in seguito dalla Legge 7 marzo 1907, n. 62. Ultima importante nota riguarda la Legge 30 dicembre 1923, n. 2840, cui faceva seguito il testo unico delle leggi sul consiglio di stato approvato con r.d. 26 giugno 1924, n.1054 che istituiva la "giurisdizione esclusiva": al giudice amministrativo, in particolari materie individuate dalla legge, veniva attribuita la possibilità di conoscere e di giudicare in via principale anche di diritti soggettivi. Dopo questi importanti interventi

giurisdizione, per tale ragione ogni controversia tra essa e i cittadini deve quindi avere un giudice distinto e indipendente da essa";

-Crispi: "*aumento del potere arbitrario che l'amministrazione veniva ad acquistare per effetto dell'abolizione dei tribunali amministrativi*";

-Mancini: "*il contenzioso amministrativo stigmatizzato come l'arma di guerra dei tempi eccezionali della Rivoluzione Francese viene rifiutato perché maschera compiacente al potere e strumento del dispotismo*".

²³Cit. M. Tucci, Op. Cit. 181 ss.

normativi, la disciplina della giurisdizione amministrativa e del processo amministrativo rimane sostanzialmente immutata per oltre settant'anni.

Tornando sui *sentieri della legalità amministrativa* si giunge alla crisi del modello dello stato monoclasse e borghese del tardo '800 e ai totalitarismi della prima metà del XX secolo, in particolare il fascismo in Italia.

P. Calamandrei evidenzia la manifesta insufficienza della sola legalità formale, della legalità cioè che si affida totalmente alla legge parlamentare affermando che: «*nello stampo della legalità si può colare oro o piombo*²⁴». Più in generale, avviene così con tutti i totalitarismi continentali del XX secolo, i quali formalmente agiscono all'interno dello stato (legislativo) di diritto, perlomeno nelle fasi iniziali. Ed infatti il mutamento di paradigma fra "stato legislativo di diritto" e "stato costituzionale di diritto" si è concretizzato proprio nell'ulteriore espansione e fortificazione del principio di legalità: dalla legalità (solo) formale, dunque, alla legalità (anche) sostanziale, che vincola il potere legislativo non solo nella forma ma anche al rispetto di determinati contenuti pre-stabiliti nelle norme ad essi sovra-ordinati.

La legalità, nell'ordinamento italiano, a metà del XX secolo, trova espressione e fondamento nella Costituzione Repubblicana²⁵: a partire dall'art. 23, che prescrive la riserva di legge (relativa) nei confronti degli atti impositivi di obblighi o divieti ai singoli; ma anche l'art. 76, nella impossibilità delle c.d. deleghe in bianco della funzione legislativa; nella Sezione II del Titolo sul Governo, l'art. 97, contenente sia l'esplicito principio di legalità organizzativa, sia la "funzionalizzazione" della missione dell'amministrazione al perseguimento degli obiettivi stabiliti dalla costituzione e dalla legge; l'art. 101 che, prevedendo la soggezione del giudice soltanto alla legge, varrebbe a stabilire l'invalidità di quegli atti amministrativi dalla legge non autorizzati o previsti; l'art. 113 che, imponendo la sempre possibile "giustiziabilità" dei diritti e degli interessi legittimi dei cittadini di fronte agli atti della pubblica amministrazione, ne stabilirebbe dunque la necessaria corrispondenza alla legge.

Analizzare singolarmente le norme appena ricordate richiederebbe, per mole e difficoltà, un lavoro a parte, ai fini dell'elaborato conviene limitarsi a cercare di trarre delle indicazioni di massima, di isolare alcuni percorsi della legalità nella Costituzione italiana, di individuare cioè "*piccoli atolli oceanici in un mare di crisi della legalità*". Il primo "sentiero" attiene alla legalità nell'organizzazione²⁶; il secondo attiene alla legalità nei fini²⁷; il terzo al versante della legalità nella funzione e nella giustiziabilità²⁸; ed infine, la legalità nella gerarchia delle fonti²⁹.

²⁴ P. Calamandrei, *Prefazione a C. Beccaria*, "Dei delitti e delle pene", a cura dello stesso P. Calamandrei, Le Monnier, Firenze, 1945, 92 ss.

²⁵ Tuttavia questa affermazione non è condivisa in modo pacifico dalla maggioranza della dottrina, in particolare Sabino Cassese nega copertura costituzionale al principio di legalità, escludendo quindi che esso possa agire da 'metaregola' nei confronti del legislatore: «*la Costituzione contiene solo nozioni vicine al principio di legalità, ma nè l'art. 23 e nè l'art. 113 costituiscono base sufficiente del principio, con ciò residuando, in capo all'amministrazione, ambiti amministrativi liberi, attribuiti alla prerogativa dell'esecutivo*». Per questa tesi S. Cassese, *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XX secolo*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2002.

²⁶ Vedi artt. 95 c.1 e 21, 97, 118 c. 1 e 2 e 114 c.1 e 2 Cost.

²⁷ I cui principi e limiti si ritrovano agli artt. 97 e 118 Cost.

²⁸ Di cui agli artt. 24, 28, 101, 103, 111 e 113 Cost.

²⁹ A cui vanno riferiti gli artt. 13, 23, 41, 42 e 118 Cost.

La ricostruzione storica, per sommi capi, delle origini del diritto amministrativo dall'antichità fino allo Stato liberale del tardo '800, per proseguire infine allo Stato costituzionale di diritto, è finalizzata a dimostrare come molteplici, complessi e instabili siano "i sentieri della legalità amministrativa" perché soggetti alle differenti discipline legislative, alle creazioni giurisprudenziali e alle decostruzioni ed elaborazioni dottrinali che si susseguono e si evolvono "cavalcando" i cicli della storia.

L'intento di questo primo ed introduttivo paragrafo, la cui analisi (volutamente) termina con l'avvento dello Stato costituzionale di diritto, è stato quello di descrivere ed evidenziare come dalle "interruzioni" sia possibile ricostruire un lungo "sentiero" della legalità amministrativa che dall'antichità giunge ai giorni nostri; e più specificatamente mettere in evidenza come ogni "interruzione" non abbia segnato la fine o la scomparsa della legalità, ma le abbia attribuito nuovi significati e nuovo valore.

Non si possono comprendere i problemi del presente senza conoscerne le ragioni storiche che li hanno determinati e questo assunto vale a maggior ragione per il principio di legalità: per comprendere il suo ruolo, le sue funzioni e per poter proporre nuove forme di legalità e nuovi paradigmi di amministrazione è stato necessario partire dalle sue origini e dal lungo "sentiero" della sua evoluzione.

1.2 I principali fattori della crisi della legalità amministrativa

«E' affermazione spesso risaputa e data per pacifica che la civiltà occidentale sia caratterizzata dal principio di legalità non solo in materia penale ma anche, è forse il caso di dire necessariamente anche, in materia amministrativa. Così come è affermazione diffusa che, se questo principio è sistematicamente violato, può crollare l'intera impalcatura delle istituzioni sociali. Concetti apparentemente semplici che però debbono fare i conti con la realtà e con la frequente dimenticanza che la legalità amministrativa e la divisione dei poteri sono necessariamente coesenziali³⁰».

La ricostruzione storica e il tentativo di tracciare una lunga linea di continuità della legalità amministrativa dall'antichità fino allo Stato costituzionale di diritto non è stata un'operazione di storiografia giuridica fine a se stessa, ma ha rappresentato il mezzo attraverso cui comprendere le ragioni della crisi attuale del nostro sistema di diritto amministrativo. Per questa ragione di fondo l'analisi storica è risultata poco analitica e frammentata, e si è interrotta bruscamente a metà del secolo scorso quando, nello Stato costituzionale di diritto, il principio di legalità entra definitivamente in una profonda crisi che si protrae fino ai giorni nostri. *«Nell' ordinamento costituzionale italiano i rapporti fra il potere legislativo e quello esecutivo non sono, com'è noto, dei migliori; ma di chi è la colpa di questa anomala situazione istituzionale?»³¹*

Nel seguente paragrafo, muovendo da queste premesse, si cercherà di individuare le ragioni storiche e di enucleare i principali fattori della crisi attuale della legalità nel nostro sistema di diritto amministrativo, i quali interessano principalmente tre profili: quello legislativo, quello istituzionale e infine quello giurisprudenziale.

Il primo fattore di crisi della legalità ha natura storica ed è rappresentato dal passaggio dallo Stato liberale e monoclasse ottocentesco allo Stato sociale e pluriclasse novecentesco. Il radicale salto di paradigma comporta importanti conseguenze nella società, nell'economia e anche nella politica: il suffragio universale determina un incremento nella partecipazione pubblica dei cittadini, e la politica non è più solo il riflesso della classe dominante, la borghesia, ma diventa espressione di una pluralità di ceti e classi sociali portatori di nuovi interessi. Lo Stato diventa "interventista", si fa carico degli interessi di una società complessa, inizia il periodo della gestione pubblica dell'economia, vengono creati Ministeri, aziende ed i primi enti pubblici economici (INA): si assiste al passaggio dalla Pubblica Amministrazione dello Stato liberale al modello amministrativo decentrato dello Stato pluriclasse, nel quale le pubbliche amministrazioni sono il "centro vitale" dello stato sociale.

Muta dunque lo Stato e non può, allo stesso tempo, non mutare il suo diritto, e in particolare il ruolo, la forma e la funzione della legge parlamentare, indiscussa protagonista prima degli stati rivoluzionari e poi dello Stato liberale di diritto. Il Parlamento non è più in grado di disciplinare e regolare tutto il

³⁰ F. Merusi, *Sentieri interrotti della legalità*, il Mulino, Bologna, 2007, 9 ss.

³¹ F. Merusi, *Op. Cit.* 19 ss.