



DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO PUBBLICO

XXXIII CICLO

L'indirizzo amministrativo dello Stato

Dott. Lorenzo Maria Cioccolini

A.A. 2020/2021

Tutor: Prof. Eugenio Picozza

Coordinatore: Prof. Luigi Daniele

Lo studio del Diritto non è cosa semplice.

Ancora più complicato, però, è trovare le parole giuste per trasmettere ai propri affetti il sentimento di gratitudine per l'amore incondizionato che ti è stato donato nel tempo, senza il quale nessuna attività sarebbe possibile.

Grazie Silvia, mamma e papà.

A Giulio.

Indice

Sommario

Introduzione.....	5
Dall'indirizzo amministrativo all'indirizzo della Pubblica Amministrazione nella prima Repubblica.....	7
1. L'indirizzo politico e amministrativo nell'Italia unita.....	7
1.1. (segue) L'assenza di una definizione giuridica di indirizzo.....	8
1.2. (segue) La delimitazione dei poteri politici e amministrativi del Ministro.	10
1.3 (segue) L'indirizzo come direzione politica dello Stato e degli affari generali della p.a..	13
2. Verso una elaborazione della nozione autonoma di indirizzo politico.	17
2.1 (segue) L'insindacabilità dell'atto politico.....	17
2.2 (segue) L'indirizzo politico nelle tesi esistenziale e naturalistica.	19
2.3 (segue) La funzione di governo.....	21
2.4 (segue) L'attività politica.....	26
2.5 (segue) La pluriqualficazione degli atti di indirizzo politico e amministrativo.	29
3. I tre punti di svolta determinati dalla Costituzione repubblicana.....	32
3.1 (segue) La frammentazione del potere di indirizzo (politico e amministrativo) nell'ordinamento policentrico.	32
3.1.1 (segue) Le Regioni.	33
3.1.2 (segue) I Comuni.....	34
3.1.3 (segue) Gli enti pubblici economici e non (enti di gestione ed imprese pubbliche).....	35
3.1.4 (segue) Gli organi giurisdizionali.	37
3.1.5 (segue) Il ruolo della Corte Costituzionale.....	44
3.2. (segue) La tensione tra gli artt. 95 e 97 Cost. porta alle tesi separatista e unionista.....	47
3.3. (segue) La crisi delle tradizionali fonti normative primarie e secondarie.....	51
4. La funzione di indirizzo della Pubblica Amministrazione.	53
4.1. (segue) Il regime giuridico dell'indirizzo.....	54
4.2. (segue) I casi di ISVAP, CONSOB e Banca d'Italia.....	56
4.3. (segue) Il <i>vulnus</i> dell'indirizzo: il <i>gap</i> democratico e tutela giurisdizionale.	60
La politicità dell'indirizzo amministrativo.	62

1. La necessità di revisione dell'attività di indirizzo amministrativo, a seguito delle riforme della Pubblica Amministrazione negli anni '90 del XX secolo.....	62
2. Il modello del c.d. <i>New Public Management</i> (NPM) come criterio di ripensamento della gestione della cosa pubblica.	66
2.1. La versatilità del NPM nell'esperienza inglese, statunitense, francese e tedesca.	67
2.2. La convergenza delle democrazie occidentali verso un modello misto di rapporto tra politica e burocrazia.	72
3. L'attività di indirizzo nel nuovo rapporto tra politica e amministrazione disegnato dalle riforme italiane ispirate al <i>New Public Management</i>	75
3.1. L'impossibilità concettuale, prima ancora che giuridica, della separazione netta tra politica e amministrazione: la ricerca del punto di equilibrio.....	75
3.2. Dal modello gerarchico a quello direzionale.	77
3.3. Il modello della c.d. interconnessione basato sul principio della autonomia. ..	78
3.3.1. La riforma dell'Amministrazione statale: la partecipazione dei dirigenti (apicali e generali) alla formazione dell'indirizzo politico-amministrativo dettato dal Ministro.	79
3.3.2. (segue) Ancora sugli uffici di <i>staff</i> : il ruolo decisionale del Capo di Gabinetto secondo la teoria economica della relazione di Agenzia.....	88
3.3.3. Nella sfera di competenza dirigenziale rientrano specificamente alcune attribuzioni di indirizzo.	94
4. L'attività di indirizzo dell'Amministrazione statale.	99
4.1. L'indirizzo (politico)amministrativo come strumento di necessaria predeterminazione delle decisioni amministrative.	99
4.2. L'attività di indirizzo ministeriale: indirizzo politico/amministrativo o alta amministrazione.	103
4.3. La natura dell'attività gestionale dei dirigenti generali e non.	109
4.3.1. La politicità dell'indirizzo amministrativo dirigenziale.	110
4.3.2. L'attività di indirizzo degli amministrati.	115
4.3.3. Gli strumenti di legittimazione politica degli organi burocratici. In particolare, l'atto di nomina del dirigente (conferimento dell'incarico dirigenziale).	117
4.3.4. (segue) La fiducia <i>sui generis</i> verso il Segretario comunale ne legittima il ruolo "propositivo" nella formazione dell'indirizzo politico-amministrativo.	124
5. Globalizzazione e tecnica: crisi della sovranità e della decisione politica.	132
5.1. La normazione tecnica dei privati.	134
5.2. La legittimazione democratica dal basso.....	137
Conclusioni.....	143
Bibliografia	150

Introduzione

Lo studio e la trattazione dell'indirizzo amministrativo dello Stato pretende uno sforzo preliminare di tipo definitorio. Il concetto di *indirizzo amministrativo*, infatti, nella Storia italiana del Diritto pubblico tende a intrecciarsi, sovrapporsi e confondersi con altri concetti quali, essenzialmente, la funzione di governo, l'indirizzo politico e l'alta amministrazione.

La delimitazione (o meglio, il tentativo di una delimitazione) di ciascuna di queste nozioni è avvenuta nel corso del tempo da parte della Dottrina a mano a mano che le modifiche normative ed istituzionali dell'Ordinamento hanno richiesto all'interprete di interrogarsi (o re-interrogarsi) su determinati aspetti del potere pubblico. In linea di massima, possono individuarsi quattro distinte fasi storiche che hanno portato a delle svolte: la prima è riferibile alla esperienza italiana post-unitaria¹ determinata dal R.D. n. 3289/1876 (c.d. Decreto De Pretis); la seconda è stata determinata dalla Legge n. 5992/1889, istitutiva della Quarta Sezione del Consiglio di Stato, precludendo a quest'ultima la cognizione degli atti aventi natura politica, fatto da cui è derivata la ricostruzione in astratto della nozione di indirizzo politico (o funzione di governo), durante il regime fascista instaurato con la Legge n. 2263/1925; la terza è riferibile al periodo della Costituzione repubblicana (*post* 1948); infine, la quarta è riferibile al periodo di grandi riforme dell'esecutivo e dell'amministrazione pubblica intervenute a partire dalla Legge n. 400/1988, la Legge n. 142/1990 e la Legge n. 241/1990.

In ciascuno di questi periodi si sono manifestate delle importanti novità che, incidendo sul preesistente assetto, hanno fatto scaturire la necessità di ridefinire, approfondire e sviluppare nuovi concetti o comunque di ripensare quelli vecchi. In definitiva, studiare l'indirizzo amministrativo richiede di focalizzare il periodo storico di riferimento, fotografando la nozione a quel momento applicabile in considerazione

¹ Sebbene si possano individuare riferimenti di interesse anche nell'ordinamento pre-unitario, quali l'art. 11 del R.D. 21 dicembre 1850, n. 1122, il c.d. Decreto D'Azeglio, il quale ha inserito nell'elenco di questioni di competenza del Consiglio dei Ministri, tra le altre, anche le questioni di alta amministrazione. L'importanza storico-ordinamentale del Decreto D'Azeglio è stata individuata da G. Cugurra, *L'attività di alta amministrazione*, Padova, Cedam, 1973, pag. 115; F. Cuocolo, *Voce Alta amministrazione*, in Enc. Giur. Treccani, Roma, 1991, pag. 2, nel fatto che si è trattata della prima formale attribuzione di competenze al Consiglio dei Ministri di funzioni storicamente appartenenti al Re, inaugurandosi una tendenza che caratterizzerà la seconda metà del XIX secolo come si avrà modo di illustrare.

dell'impianto istituzionale vigente. Ovviamente, determinati profili distintivi non sono mutati nel tempo e ciò ha consentito alla Dottrina di affinare via via le caratteristiche distintive, tanto da potersi anticipare già da ora che il criterio di massima e maggiormente utile per la definizione dell'indirizzo amministrativo (in assoluto e in riferimento alle altre nozioni citate) è la c.d. “*assenza di libertà nel fine*”, la quale costituisce invece caratteristica tipica dell'indirizzo politico (espresso dalla funzione di governo od attività politica); al tempo stesso, però, tale elemento, sebbene necessario, non è sufficiente poiché è condiviso con altra figura, cioè quella di alta amministrazione.

Il presente lavoro si incarica perciò di indagare come la figura dell'indirizzo amministrativo esercitata da parte degli organi dello Stato si sia sviluppata nel tempo e che cambiamenti ha subito in conseguenza dell'evoluzione dell'Ordinamento nelle tappe storico-giuridiche sopra evidenziate, al fine di cercare di comprendere ad oggi come l'esercizio della funzione pubblica sia conformato da parte degli organi di governo affinché sia garantito il perseguimento dell'interesse pubblico, nel rispetto del principio di legalità, in questo senso inteso come la garanzia della indispensabile linea di continuità che deve sussistere tra la volontà popolare espressa da parte del potere politico e il provvedimento amministrativo finale che viene adottato da parte dell'organo burocratico. Con ogni evidenza, il tema involge il delicato rapporto tra organi politici e burocratici ed il noto principio di separazione espresso dal nostro Ordinamento, elementi che dovranno essere adeguatamente tenuti in considerazione per cercare di delineare le caratteristiche del sistema, come attualmente strutturato.

Capitolo Primo

Dall'indirizzo amministrativo all'indirizzo della Pubblica Amministrazione nella prima Repubblica.

Sommario: 1. L'indirizzo politico e amministrativo nell'Italia unita. – 1.1. (segue) L'assenza di una definizione giuridica di indirizzo. – 1.2. (segue) La delimitazione dei poteri politici e amministrativi del Ministro. – 1.3. (segue) L'indirizzo come direzione politica dello Stato e degli affari generali della p.a.. – 2. Verso una elaborazione della nozione autonoma di indirizzo politico. – 2.1. (segue) L'insindacabilità dell'atto politico. – 2.2. (segue) L'indirizzo politico nelle tesi esistenzialista e naturalistica. – 2.3. (segue) La funzione di governo. – 2.4. (segue) L'attività politica. – 2.5. (segue) La pluriqualficazione degli atti di indirizzo politico e amministrativo. – 3. I tre punti di svolta determinati dalla Costituzione repubblicana. – 3.1. (segue) La frammentazione del potere di indirizzo (politico e amministrativo) nell'ordinamento policentrico. – 3.1.1. (segue) Le Regioni. – 3.1.2. (segue) I Comuni. – 3.1.3. (segue) Gli enti pubblici economici e non (enti di gestione ed imprese pubbliche) – 3.1.4. (segue) Gli organi giurisdizionali. – 3.1.5. (segue) Il ruolo della Corte Costituzionale – 3.2. (segue) La tensione tra gli artt. 95 e 97 Cost. porta alle tesi separatista e unionista. – 3.3. (segue) La crisi delle tradizionali fonti normative primarie e secondarie. – 4. La funzione di indirizzo della Pubblica Amministrazione. – 4.1. (segue) Il regime giuridico dell'indirizzo. – 4.2. (segue) I casi di ISVAP, CONSOB e Banca d'Italia. – 4.3. (segue) Il *vulnus* dell'indirizzo: il *gap* democratico e tutela giurisdizionale.

1. L'indirizzo politico e amministrativo nell'Italia unita.

Il primo periodo storico oggetto di trattazione è riferito all'esperienza post-unitaria del nostro Ordinamento, precisamente delimitata nell'arco temporale che va dall'anno 1876 all'anno 1889.

Questa prima fase presa in considerazione è caratterizzata dai seguenti elementi che saranno di seguito analizzati: l'assenza di una definizione autonoma di indirizzo politico, la quale viene fatta coincidere con l'alta amministrazione; l'assenza della elaborazione della c.d. funzione di governo (che verrà creata solamente in costanza del regime fascista); infine, la configurazione dell'attività di indirizzo amministrativo come una attività di direzione svolta dai singoli Ministri sui propri dicasteri, volta a garantire che gli organi burocratici realizzino i fini politicamente predeterminati dal Consiglio dei Ministri, attraverso l'esercizio di amministrazione puntuale; tale ultima attività, secondo la Dottrina dell'epoca, deve essere senz'altro sottratta dalla competenza del Ministro, in

quanto organo politico che metterebbe a repentaglio l'esercizio imparziale della funzione amministrativa.

1.1. (segue) L'assenza di una definizione giuridica di indirizzo.

In tale periodo storico², i riferimenti normativi alle categorie appena indicate risultavano essere del tutto scarni e sporadici, potendosi solo fare riferimento alle norme essenziali regolatrici del governo del Regno d'Italia, avendo riguardo soprattutto al c.d. Decreto De Pretis (R.D. 25 agosto 1876, n. 3289). Tale testo normativo aveva attribuito al Consiglio dei Ministri la competenza a deliberare sulle questioni di alta amministrazione (ai sensi dell'art. 1, comma 1, n. 1 del c.d. Decreto Depretis, competenza già attribuita dall'art. 11 del R.D. 21 dicembre 1850, n. 1122, il c.d. Decreto D'Azeglio³), senza che ne fosse data alcuna definizione, mentre al Presidente del Consiglio dei Ministri era stata attribuita la responsabilità del mantenimento dell'uniformità nell'indirizzo politico e amministrativo di tutti i Ministeri (ai sensi dell'art. 5 del c.d. Decreto Depretis), competenza che sarà confermata anche successivamente dall'art. 6 del R.D. n. 466/1901, c.d. Decreto Zanardelli.

Nove anni prima rispetto all'entrata in vigore del Decreto Depretis, vi era già stata l'attribuzione al Presidente del Consiglio dei Ministri della competenza di mantenere l'uniformità dell'indirizzo politico ed amministrativo di tutti i Ministeri, ad opera dell'art. 5 del R.D. 27 marzo 1867, n. 3629, c.d. Decreto Ricasoli⁴, il quale, sebbene abrogato a distanza di un solo mese dalla sua promulgazione (l'abrogazione avvenne il 25 aprile 1867), risulta essere di primo interesse per i suoi contenuti, in quanto in larga parte anticipatori del Decreto Depretis (e, poi, del Decreto Zanardelli), ed è stato portatore,

² Circa un approfondito studio di questo periodo, si rimanda a P. Calandra, *Storia dell'amministrazione pubblica in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1978; G. Rebuffa, *Lo Statuto albertino*, Bologna, Il Mulino, 2003; R. Porrini, *I Ministeri*, in V.E. Orlando, *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, Società Editrice Libreria, vol. I, 1900; I. Tucci, *Aspetti storici del problema della Presidenza del Consiglio*, in E. Spagna Musso (a cura di), *Costituzione e struttura del Governo. Il problema della Presidenza del Consiglio*, Padova, Cedam, 1979; F. Staderini, *L'ordinamento della Presidenza del Consiglio*, in E. Spagna Musso (a cura di), cit..

³ Cfr. precedente nota 1.

⁴ La storia relativa alla predisposizione, approvazione ed abrogazione repentina di tale Decreto è ben illustrata da E. Rotelli, *La Presidenza del Consiglio dei ministri. Il problema del coordinamento dell'amministrazione centrale in Italia (1848-1948)*, Milano, Giuffrè, 1972.

seppure momentaneo, di importanti spunti per la definizione dell'indirizzo amministrativo, sia sotto il profilo dell'organizzazione, che dell'attività⁵.

La mancata positivizzazione delle categorie in commento aveva portato la Dottrina ad osservare che all'epoca la nozione di indirizzo fosse più che altro *“un'espressione esistenziale che designa una realtà non giuridica ma politica, che sotto il profilo della dottrina generale dello Stato, non costituisce ancora quella chiave di interpretazione moderna e di riduzione all'unità del sistema di divisione dei poteri”*⁶; è il carattere meramente esistenziale della nozione che deve essere ben attenzionato da parte dell'interprete, poiché ciò comporta che in assenza di una specifica definizione giuridica (normativa) non è possibile delimitarne precisamente i confini in astratto e, allora, si dovrà procedere ad una valutazione caso per caso, momento per momento⁷. Ciò vuole dire che bisogna necessariamente tenere in considerazione tutte le possibili sfumature

⁵ Per una ricostruzione completa del Decreto Ricasoli, si rimanda a E. Picozza, *L'attività di indirizzo della pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1988, pagg. 18-24. In via sintetica si può qui osservare che con tale Decreto si è provveduto a positivizzare la funzione di indirizzo del Governo, fortemente influenzata e determinato dal Presidente del Consiglio dei Ministri, esplicitandosi nella presentazione del programma con il discorso della Corona e nelle deliberazioni del Consiglio dei Ministri; altresì, è stata riconosciuta l'autonomia di indirizzo politico e amministrativo dei singoli Ministri, sebbene limitata dal coordinamento esercitato su entrambi i profili di indirizzo dal Presidente del Consiglio. Infatti, i singoli Ministri avrebbero dovuto portare tutti i progetti di Regolamento per l'esecuzione delle leggi ed i Regolamenti Generali d'amministrazione in Consiglio dei Ministri, nel quale il Presidente del Consiglio avrebbe esercitato attribuzioni di indirizzo e coordinamento assai significative, in primo luogo da un punto di vista organizzativo, ai sensi dell'art. 3 (*“Il Presidente del Consiglio dei Ministri ne convoca le adunanze, ne dirige le discussioni e conserva il registro delle deliberazioni ...”*) e dell'art. 4 (*“Al Presidente del Consiglio sono rivolte le domande dei Ministri, perché gli affari che debbono proporre siano posti all'ordine del giorno ... è in diritto di richiedere che sia portato in Consiglio qualunque affare ... sul quale creda opportuno di provocare una deliberazione del Consiglio dei Ministri”*) del Decreto Ricasoli; in realtà, il potere di controllo organizzativo del Presidente del Consiglio si estende molto al di là del Consiglio dei Ministri, poiché allo stesso avrebbe dovuto essere comunicato ogni nuova nomina a qualsiasi impiego pubblico (art. 6, comma ultimo del Decreto Ricasoli). Il successivo art. 5 del Decreto medesimo conferma il ruolo primario del Presidente del Consiglio nell'applicazione degli indirizzi espressi nel discorso della Corona (comma 1), allo stesso Presidente sarebbe stato attribuito il potere di verifica che le deliberazioni del Consiglio dei Ministri fossero attuate correttamente e di controllo che tutti gli atti del Governo fossero effettivamente espressione di uniformità di indirizzo (comma 2); sotto quest'ultimo profilo, un potere estremamente rilevante sarebbe stato quello di cui all'art. 6 comma 1 del Decreto, ovvero la previa verifica di ogni Decreto ministeriale, con potere di sospensione dello stesso, con richiesta di chiarimenti e deferimento della questione in sede collegiale, al Consiglio dei Ministri.

⁶ E. Picozza, ult. op. cit., pag. 35. In precedenza, A.M. Sandulli, *Governo e amministrazione*, Riv. Trim. Dir. Pubbl., 1966, pag. 749, aveva utilizzato tale espressione (esistenziale) riferita precisamente alla nozione di alta amministrazione.

⁷ A.M. Sandulli, ult. op. cit., ha osservato, ad esempio, con riferimento alla nozione di alta amministrazione che fosse necessario per definirla fare riferimento alla seguente modalità: *“tutti quegli orientamenti e quegli atti che in un certo momento storico siano considerati, dalla legge o dalle autorità preposte alla direzione dell'amministrazione amministrativa, fondamentali e decisivi per il buon andamento della pubblica amministrazione, sì da impegnare su di essi la stessa sorte del Governo. In tal modo concepita, l'alta amministrazione esprime, in sostanza, il momento unitario dell'amministrazione statale”*.

semantiche del termine “indirizzo” e verificarne di volta in volta la corrispondenza alla fattispecie; si può, infatti, intendere l’indirizzo come decisione o scelta (avente ad oggetto, sia i fini che i mezzi in materia politica, amministrativa od economica); indirizzo inteso come decisione continuata, reiterata, coerente ed in qualche modo vincolante (nei fatti, per esempio, per l’autorevolezza del soggetto che l’ha determinata); indirizzo inteso come sinonimo di direzione; indirizzo inteso come coordinamento, nell’accezione di strumento per assicurare unità di azione da parte dei vari soggetti pubblici che devono concorrere al raggiungimento di un obiettivo; infine, indirizzo inteso genericamente come sinonimo di influenza, cioè condizionamento degli altrui comportamenti⁸.

1.2. (segue) La delimitazione dei poteri politici e amministrativi del Ministro.

Per individuare la corretta nozione semantica applicabile all’ordinamento dell’epoca, bisogna prendere in esame la Dottrina che si era focalizzata nello studio della figura titolare di entrambi i poteri in questione (politico e amministrativo), ovvero i singoli Ministri e si era sforzata di individuarne i confini, così sviluppando una prima distinzione utile, sebbene in stato embrionale, tra attività “politica” del singolo Ministro, rispetto all’attività “amministrativa”; era stato affermato che i Ministri per la loro particolare posizione di punto di unione tra il Governo (il Consiglio dei Ministri) e la macchina amministrativa (i singoli dicasteri) avrebbero dovuto indirizzare questa seconda al rispetto della linea politica attinta in seno al Consiglio dei Ministri.

Da questa definizione, si può ricavare anche la distinzione tra alta amministrazione (cioè, secondo questa impostazione, l’indirizzo politico dettato dal Ministro alla burocrazia) e amministrazione puntuale, diretta dagli stessi Ministri, ma che viene gestita nei singoli affari dagli organi burocratici⁹. In altri termini, l’alta amministrazione sarebbe l’attività di indirizzo politico che deve influenzare l’esercizio del pubblico potere

⁸ E. Picozza, ult. op. cit., pagg. 35-42. L’Autore ritiene che i significati più interessanti su cui focalizzare l’attenzione siano i primi due tra quelli indicati, ovvero quelli relativi all’indirizzo come decisione e come decisione continuata in qualche modo vincolante; gli stessi sono poi oggetto di un approfondimento estremamente importante, sul quale si tornerà successivamente.

⁹ In questo senso, De Gioannis, *Corso di diritto pubblico amministrativo*, Firenze, 1879, Vol. II, pagg. 476 e ss., il quale ha definito i Ministri come “il primo anello della gerarchia amministrativa, e servono di punto di unione tra la politica di cui essi attingono il pensiero generale al Consiglio dei Ministri, ed il servizio amministrativo, la cui direzione è loro affidata”, distinguendo “l’alta direzione dell’amministrazione dalla particolare gestione dei singoli affari amministrativi”.

predeterminandone il fine (come individuato in seno al Governo¹⁰), distinguendosi perciò sia dalla direzione dell'amministrazione (sempre di competenza dei singoli Ministri), che dalla cura di singoli affari (di competenza degli organi burocratici).

Particolare importanza era stata già individuata nella necessità che il Ministro non dovesse mai entrare nella gestione dell'amministrazione puntuale, poiché altrimenti “*si corre gravissimo rischio che l'amministrazione venga confusa con la politica, e sia dominata dallo spirito di partito*”, il che equivale ad affermare la necessaria separazione tra il ruolo politico del Ministro e quello amministrativo, laddove questo deve indirizzare e dirigere, ma mai esercitare poteri puntuali¹¹.

In questa prima fase storica, pertanto, l'indirizzo politico coincide con l'alta amministrazione, ovvero si intende come competenza attribuita a ciascuno dei Ministri, uniformati nella loro attività da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri, al fine di indirizzare l'attività burocratica del proprio dicastero secondo l'interesse nazionale predeterminato da parte del Consiglio dei Ministri; l'attività amministrativa puntuale verrà quindi svolta a valle di tale predeterminazione di indirizzo ed era stato già ben osservato come la separazione tra i due momenti (indirizzo politico / alta amministrazione

¹⁰ G. Manna, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1876, vol. I, pag. 240, precisa che l'indirizzo esercitato da ciascun Ministro è utile al mantenimento dell'unità dell'interesse nazionale nell'esercizio del potere amministrativo da parte dei vari Ministeri.

¹¹ Ancora De Gioannis, *Corso di diritto pubblico amministrativo*, cit., pagg. 476 e ss.; in questo senso anche F. Persico, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1890, Vol. I, pagg. 148-149, per il quale i Ministri “*governano ma non amministrano propriamente, se non in quanto hanno la suprema direzione e la continua vigilanza di tutta l'amministrazione sottoposta*”. Sul tema dell'organizzazione ministeriale, sulla Legge Cavour n. 1483/1853 e, più in generale sul tema della separazione politica-amministrazione, sui quali si tornerà successivamente, si vedano, in ordine cronologico, M. Minghetti, *I partiti politici e l'ingerenza loro nella giustizia e nell'amministrazione*, Bologna, Zanichelli, 1881; S. Jacini, *Pensieri sulla politica italiana*, Firenze, Civelli, 1889; M. Nigro, *Riforma dell'amministrazione riorganizzazione dei Ministeri*, in *Foro Amm.*, 1974, pagg. 603 e ss.; M.S. Giannini, *Parlamento e amministrazione*, in S. Cassese (a cura di), *L'amministrazione pubblica in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1974, pag. 233 e ss.; V. Bachelet, *Responsabilità del Ministro e competenza esterna degli uffici direttivi dei Ministeri*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975, pag. 574 ss.; L. Arcidiacono, *Profili di riforma dell'amministrazione statale*, Milano, Giuffrè, 1980, pagg. 25 e ss.; G. Azzariti, *Brevi note su tecnici, amministrazione e politica*, in *Giur. cost.*, 9-10/1990, pagg. 2713 e ss.; C. Pinelli, *Politica e amministrazione: una distinzione per l'ordine convenzionale*, ibidem, pagg. 2720 e ss.; C. D'Orta, *La sopraordinazione dei Ministri secondo il d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29. Poteri di avocazione, annullamento e decisione dei ricorsi gerarchici sugli atti dei dirigenti*, in *Foro Amm.*, 1994, pagg. 1329 e ss.; S. Sepe, *Amministrazione e storia. Problemi dell'evoluzione degli apparati statali dall'Unità ai nostri giorni*, Rimini, Maggioli, 1995, pagg. 335; G. Melis, *Storia dell'amministrazione italiana (1861-1993)*, Bologna, Il Mulino, 1996, pagg. 22 e ss.; V. Cerulli Irelli, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2005, Vol. I, pagg. 77 e ss.; A. Patroni Griffi, *La dimensione costituzionale del rapporto tra politica e amministrazione nel dettato della Costituzione e nelle più recenti pronunce del Giudice delle leggi*, in www.federalismi.it, 11 febbraio 2009, n. 3

ed amministrazione puntuale) fosse una caratteristica fondamentale ed imprescindibile per evitare che la funzione amministrativa fosse “piegata” dalle logiche di partito¹².

Dall'impianto descritto, si evince che nella seconda metà del secolo XIX, ovvero nella prima fase dello Stato italiano unitario, il Legislatore avesse la preoccupazione principale di esercitare una funzione di Governo che fosse predefinita e poi attuata in modo, non a caso, unitario¹³; ma, altresì, emerge anche una corrispondente preoccupazione della Dottrina circa il doppio ruolo del Ministro, il quale era investito di funzioni prettamente politiche (indirizzo politico / alta amministrazione), ma anche di funzioni amministrative, in relazione alle quali gli interpreti si erano sforzati immediatamente di delimitarne la portata sulla scorta del timore che l'interesse politico potesse deviare l'azione amministrativa puntuale¹⁴. Questa preoccupazione era derivata propriamente dalla riforma dell'organizzazione dell'amministrazione statale centrale voluta dal Conte di Cavour con la Legge n. 1483/1853, che porta notoriamente il suo nome. La Legge Cavour aveva, infatti, per la prima volta attribuito direttamente alla figura del Ministro anche la direzione dei singoli affari amministrativi, laddove invece in precedenza ai Ministri (cioè, a quel tempo, ai Segretari di Stato) era attribuita la direzione politica, mentre la direzione amministrativa era attribuita agli Intendenti Generali, preposti alle c.d. Aziende Generali (dipendenti dai Ministeri), ma tale organizzazione era avversa da parte del Conte di Cavour, poiché ciò spogliava il Ministro dalla responsabilità politica sugli atti amministrativi¹⁵.

¹² Oltre agli autori già citati in precedenza, si veda anche G. Manna, *Principi di diritto amministrativo*, cit., pagg. 236 e ss., il quale avverte che i Ministri, come uomini di partito, eserciterebbero l'azione amministrativa puntuale in modo parziale.

¹³ M.P. Genesin, *L'attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa. Riflessioni critiche su un sistema di governo multilivello*, Napoli, Jovene, 2009, pag. 19.

¹⁴ M. Minghetti, *I partiti politici e l'ingerenza loro nella giustizia e nell'amministrazione*, Bologna, Zanichelli, 1881, pag. 145, commenta così: “Perché l'amministrazione sia retta e ottenga il fine suo che è l'utilità generale, è necessario che sia imparziale. Ora poniamo che lo spirito di parte s'insinui in essa, che i suoi atti siano regolati dallo intento di giovare al partito, di assicurarne il trionfo, di mantenere la potestà pubblica nelle sue mani, di spegnere e di menomare le forze del partito opposto, di esercitare vendette contro gli avversari, chi non vede la lunga serie di guai e la corruzione che da questo stato di cose derivano?”.

¹⁵ Cfr. G. Melis, *Storia dell'amministrazione italiana (1861-1993)*, Bologna, 1996, pagg. 22-23. Il tema della peculiare natura del Ministro nell'impianto stabilito dalla c.d. Legge Cavour è stato oggetto di ampi, quanto noti, approfondimenti e riflessioni in considerazione della peculiare attuazione del modello ministeriale napoleonico rispetto invece a quello inglese informato sui più snelli *departments*; pertanto, si ritiene opportuno rimandare all'ampia bibliografia in argomento, quale S. Jacini, *Pensieri sulla politica italiana*, Firenze, 1889, pag. 34; V. Bachelet, *Evoluzione del ruolo e delle strutture della pubblica amministrazione*, in *Scritti Giuridici*, Milano, Giuffrè, 1981, pag. 452; V. Bachelet, *Responsabilità del ministro e competenza esterna degli uffici direttivi dei ministeri*, in *La riorganizzazione dei ministeri nel quadro della riforma dell'amministrazione*, Atti del convegno organizzato a Catania (23-30 giugno 1974)

Quindi, sebbene fosse ben chiaro già all'epoca il pericolo che vi potesse essere nel porre il Governo (o meglio il singolo Ministro), titolare del potere politico, formalmente al vertice della macchina amministrativa, si era prescelto un modello di amministrazione centrale che potesse garantire al meglio l'esercizio coeso e unitario a livello nazionale della funzione amministrativa; in altri termini, nel bilanciamento tra i due contrapposti interessi, in questa fase neonatale dello Stato italiano unitario, era stata presa la decisione politica di garantire l'unità nazionale attraverso il rapporto gerarchico¹⁶.

1.3 (segue) L'indirizzo come direzione politica dello Stato e degli affari generali della p.a..

Sulla base di quanto sinora osservato, sembra potersi affermare che, tra le alternative semantiche di "indirizzo" sopra riportate, nella fase storica in commento, l'indirizzo fosse inteso come sinonimo di direzione, ovvero "*l'indirizzo politico veniva usato per indicare la direzione politica dello Stato attraverso il Governo; l'indirizzo amministrativo come sinonimo di direzione politica degli affari generali della pubblica amministrazione*", il che è probabilmente da ricondurre al fatto che non si era ancora distinto il rapporto di direzione da quello gerarchico¹⁷; proprio in questo modo si esprimeva la migliore Dottrina dell'epoca: "*I ministri, guardati dal lato amministrativo, debbono avere la suprema direzione dell'amministrazione, alla quale conviene che essi diano un impulso ed un carattere conforme alla loro politica*"¹⁸. Mentre, il contiguo

dal Centro italiano di studi amministrativi, Padova, Cedam, 1975, pagg. 28 e ss.; G. Marongiu, *Direzione dei ministeri e unità di indirizzo politico e amministrativo del governo*, in *La riorganizzazione dei ministeri nel quadro della riforma dell'amministrazione*, cit., pag. 57; M. D'Alberti, *L'alta burocrazia*, Bologna, Il Mulino, 1994; C. D'Orta – C. Meoli, *La riforma della dirigenza pubblica*, Padova, Cedam, 1994; C. D'Orta, *La sopraordinazione dei Ministri secondo il d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29. Poteri di avocazione, annullamento e decisione dei ricorsi gerarchici sugli atti dei dirigenti*, Foro amm., 1994, pag. 1329; M. Nigro, *Riforma dell'amministrazione e riorganizzazione dei Ministeri*, in *Foro Amm.*, 1974, pag. 603; P. Giangaspero, *Le strutture di vertice della pubblica amministrazione. Vincoli costituzionali e prospettive di riforma*, Milano, Giuffrè, 1988, pagg. 69 e ss.; Gardini G., *L'imparzialità amministrativa e nuovo ruolo della dirigenza pubblica*, Dir. Amm., 1, 2001, pagg. 39 e ss.; L. Carlassare, *Amministrazione e potere politico*, Padova, Cedam, 1974, pagg. 73 e ss..

¹⁶ In questo senso A. De Valles, *Teoria giuridica dell'organizzazione dello Stato*, Padova, Cedam, 1931, Vol. I, pag. 279; G. Conti, *Organizzazione gerarchica e Stato democratico*, Padova, Cedam, 1989, pag. 324,

¹⁷ E. Picozza, ult. op. cit., pag. 39; sul punto, anche S. D'Albergo, *Voce Direttiva*, in Enc. Del Dir., Vol. XII, pagg. 603 e ss.; G. Marongiu, *La direzione nella teoria giuridica della organizzazione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1965.

¹⁸ G. Manna, *Principi di diritto amministrativo*, cit., pagg. 236 e ss..

concetto di alta amministrazione veniva inteso nell'ultimo dei significati indicati, ovvero come decisione che influenza il comportamento di altri soggetti e, infatti, le questioni di alta amministrazione *“per comune interpretazione, riguardano quegli affari, la cui decisione stabilisca principi o massime generali, o spieghi l'influenza su tutto il complesso del sistema amministrativo”*¹⁹.

Queste definizioni consentono di comprendere ulteriormente che, all'epoca, indirizzo politico e alta amministrazione non erano ancora concetti distinti poiché si riteneva che entrambi fossero esplicazione di una funzione politica di determinazione dei fini essenziali dello Stato che, dopo essere stati individuati uniformemente in sede di Consiglio dei Ministri, dovessero necessariamente essere applicati altrettanto uniformemente da parte dei singoli dicasteri, poiché se *“discordanti, invece cagionerebbero l'anarchia dello Stato”*²⁰.

In questa logica, quindi, è stata interpretata la normativa citata all'inizio della trattazione – secondo la quale il Presidente del Consiglio dei Ministri, ai sensi dell'art. 5 del Decreto De Pretis, deve mantenere l'uniformità (divenuta poi “unità” con l'art. 6 del Decreto Zanardelli) nell'indirizzo politico e amministrativo – il Consiglio dei Ministri come organo collegiale è chiamato a predeterminare i fini ultimi dello Stato attraverso una funzione di indirizzo che è politico (in quanto si determinano i fini essenziali) e amministrativo (in quanto si determinano gli strumenti che garantiscono l'attuazione di tali fini da parte degli organi burocratici), della cui uniformità/unità è responsabile il Presidente del Consiglio dei Ministri; i singoli Ministri debbono curare che ciò venisse effettivamente effettuato da parte dei propri dicasteri (chiamati a svolgere attività amministrativa puntuale) attraverso l'esercizio di indirizzo amministrativo, inteso come direzione (nell'accezione sopra chiarita), infatti gli stessi *“governano, ma non amministrano propriamente, se non in quanto hanno la suprema direzione e la continua vigilanza di tutta l'amministrazione sottoposta”*²¹.

La distinzione tra le due nozioni verrà solamente come conseguenza dell'introduzione dell'art. 3, comma 2, della Legge 31 marzo 1889, n. 5992, che escluderà dalla competenza della neo-istituita Quarta Sezione del Consiglio di Stato la cognizione di ricorsi in merito ad *“atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere*

¹⁹ G. De Gioannis, *Corso di diritto pubblico amministrativo*, cit., Vol. II, pag. 507.

²⁰ R. Porrini, *I Ministeri*, pag. 576.

²¹ F. Persico, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1890, Vol. I, pagg. 148-149.

politico”: a quel punto, allora, diventerà importante, contrariamente al periodo passato²², distinguere nel modo più preciso possibile il potere politico da quello amministrativo e, di conseguenza, l’alta amministrazione dall’indirizzo politico, poiché gli atti esplicativi di questo secondo sarebbero stati esclusi dal sindacato del Consiglio di Stato. Infatti, come si affronterà in modo più compiuto successivamente, sarà proprio per lo sforzo dottrinario effettuato a seguito dell’entrata in vigore della Legge n. 5992/1889 (e della non impugnabilità degli atti aventi natura politica) che sarà abbandonata la nozione di alta amministrazione come amministrazione generale dello Stato di sintesi delle funzioni di indirizzo politico e amministrativo; si inizia a focalizzare, cioè, che l’alta amministrazione, già secondo il Decreto Depretis, costituirebbe attività amministrativa avente ad oggetto questioni di speciale rilevanza politica²³. Sebbene, si affermerà ancora che “alta amministrazione” sarebbe una concezione prettamente politica e non giuridica, verrà per la prima volta riconosciuto che *“vi sono delle questioni che per sé avrebbero una importanza molto secondaria e che viceversa, date le condizioni politiche del momento, lo stato dello spirito pubblico o che so io possono diventare delle questioni di importanza politica”*²⁴; non è tanto la tipologia di atto a qualificare l’attività svolta (di alta amministrazione o di amministrazione puntuale), quanto la dimensione della

²² Prima del 1889 non si riscontra nella Dottrina dell’epoca una distinzione tra alta amministrazione e funzione politica, intendendosi la stessa come una delle attribuzioni del potere governativo; cfr. G. De Gioannis, *Corso di diritto pubblico amministrativo*, Firenze, 1879, Vol. II, pag. 507, afferma, nell’interpretazione dell’art. 1, comma 1, n. 1 del Decreto Depretis, che *“per comune interpretazione, riguardano quegli affari, la cui decisione stabilisca principi o massime generali, o spieghi influenza su tutto il complesso del sistema amministrativo”*. Secondo A.M. Sandulli, *Governo e amministrazione*, in *Studi in memoria di C. Esposito*, Padova, Cedam, 1972, vol. I, pagg. 110-111, ritiene che alta amministrazione secondo il Decreto Depretis sarebbe stato da intendersi come funzione di indirizzo della politica generale resa da parte del Governo. Allo stesso modo, secondo R. Porrini, *I Ministeri*, in V.E. Orlando, *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, Società Editrice Libreria, 1900, vol. I, pagg. 576 e ss., le questioni di alta amministrazione sono quelle che non possono essere ricondotte alla competenza di un singolo Ministero, ma costituiscono il fine essenziale dello Stato e, pertanto devono essere di competenza dell’intero Consiglio dei Ministri, ovvero *“affari i quali riguardano un interesse più importante dei soliti e che secondo il suo modo di vedere reclamano una deliberazione di tutti i Ministri”*; anche in questo caso non abbiano nessuna distinzione tra attività politica e amministrativa, ma l’alta amministrazione è attività meramente “importante”.

²³ M.P. Genesin, *L’attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa. Riflessioni critiche su un sistema di governo multilivello*, Napoli, Jovene, 2009, pagg. 27-28.

²⁴ La citazione è di A. Salandra, *Corso di diritto amministrativo*, Roma-Napoli, 1915, pag. 489, laddove l’Autore ha formulato l’esempio del trasferimento di un professore di un istituto scolastico pubblico, fatto che ordinariamente costituirebbe un affare meramente amministrativo, ma possono ricorrere delle condizioni (le motivazioni del trasferimento potrebbero essere dettate dall’esigenza di evitare che tale professore, noto agitatore di idee, svolga attività politica nello svolgimento della propria funzione di insegnamento) per le quali divenga una questione di alta amministrazione.

questione: se la stessa è politicamente rilevante si tratta di esercizio di alta amministrazione, il quale spetta alla deliberazione del Consiglio dei Ministri²⁵.

²⁵ Cfr. G. Cugurra, *L'attività di alta amministrazione*, cit. pagg. 139 e ss.

2. Verso una elaborazione della nozione autonoma di indirizzo politico.

Come è stato autorevolmente insegnato, in capo al potere esecutivo è possibile individuare due distinti “corni” di funzione: l’attività di governo e quella amministrativa²⁶. Tale compresenza ha fatto sì, soprattutto in una prima fase come osservato al precedente paragrafo, che le stesse funzioni potessero essere ancora confuse dal punto di vista dogmatico, tanto è vero che alla fine del secolo XIX le nozioni di “indirizzo politico” (in linea teorica, da ricondursi all’attività di governo) e “alta amministrazione” (in linea teorica, da ricondursi all’attività amministrativa) erano sovrapposte.

2.1 (segue) L’insindacabilità dell’atto politico.

Come anticipato, la distinzione tra le stesse è poi intervenuta, per effetto dell’entrata in vigore dell’art. 3, comma 2, della Legge 31 marzo 1889, n. 5992, che ha escluso dalla competenza della neo-istituita competenza della Quarta Sezione del Consiglio di Stato la cognizione di ricorsi in merito di “*atti o provvedimenti emanati dal Governo nell’esercizio del potere politico*”; sul punto è stato infatti osservato che la distinzione è nata “*non tanto da esigenze di ordine teorico quanto dai bisogni della pratica giudiziaria e in particolare dalla necessità di rintracciare un criterio di massima per la discriminazione di alcuni fra gli atti del potere esecutivo, la cui indole sembrava contrastare con la possibilità di un sindacato da parte dei tribunali amministrativi, sindacato al quale essi, per la loro natura formale, avrebbero dovuto essere assoggettati*”²⁷.

²⁶ Cfr. O. Ranelletti, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1902, Vol. I, pag. 324 e S. Romano, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1928, pagg. 107-291; si veda anche G. Di Gaspare, *Considerazioni sugli atti di governo e sull’atto politico: l’esperienza italiana e francese nello stato liberale*, Milano, Giuffrè, 1984.

²⁷ Cfr. C. Mortati, *L’ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Milano, Giuffrè, ristampa inalterata del 2000, pag. 7. Lo stesso Autore in tale opera, cfr. nota 14 a pag. 16, ha osservato molto criticamente che si si fosse rinunciato a tentare di individuare una definizione di funzione di governo, non si sarebbe mai ricavato un criterio unico e valido per tutti i casi e, quindi, si sarebbe dovuto rinunciare a risolvere la problematica, come anche osservato da A. Salandra, *La giustizia amministrativa nei governi liberi : con speciale riguardo al vigente diritto italiano / per l’avvocato Antonio Salandra*, Torino, Unione Tipografica editrice, 1904, pag. 808, nota, o ancora peggio, accettare l’attribuzione al Consiglio di Stato del “*compito di porre, in veste di legislatore, il contenuto del suo giudizio, mediante il conferimento caso per caso dell’attributo di politico ai singoli atti contro cui sia rivolto il ricorso*”, così come avanzato da A. De Valles, *Sulla teoria degli atti politici*, Annali della Riv. Università di Macerata, Vol. 5, 1929, pagg. 8 e ss..

In sostanza, era diventato a quel punto fondamentale stabilire di volta in volta se i singoli atti di governo avessero natura politica o amministrativa, per capire se gli stessi fossero giustiziabili o meno. La normativa in commento costituisce una classica espressione della necessità, nata a partire dalla Restaurazione, di sottoporre l'intera attività dello Stato al diritto oggettivo, salvo il contro-limite della non sindacabilità di quegli atti che costituiscono esercizio di poteri sovrani, seppure adottati all'interno della funzione esecutiva o amministrativa²⁸: la problematica nasce sin dalle sue origini nella difficoltà di individuare i caratteri distintivi di tali atti che formalmente appaiono (o apparirebbero) identici agli altri atti esecutivi o amministrativi, ma sostanzialmente costituiscono espressione di sovranità, non assoggettabile al controllo giurisdizionale di legittimità.

Come spesso accade, si era tentato di effettuare una ricostruzione dogmatica a partire dall'analisi della casistica giurisprudenziale, ma tale attività non aveva portato a risultati soddisfacenti, posto che inevitabilmente, in assenza di un dato normativo preciso, si erano raggiunti risultati troppo altalenanti affinché si potesse avere un quadro abbastanza preciso e stabile da essere effettivamente utile all'interprete o, comunque, che potesse assumere una dignità scientifica²⁹. Per tale motivo, si era ritenuto utile procedere ad una ricostruzione dogmatica generale e slegata dal carattere particolare della qualificazione di singoli atti come "politici" (qualificazione ritenuta troppo instabile, cioè legata ai singoli momenti normativi), quanto piuttosto definire la natura della funzione o attività di governo (come si dirà meglio più avanti), i cui atti saranno di volta in volta

²⁸ M. Dogliani, *Indirizzo Politico, riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, Napoli, Jovene, 1985, pag. 62; E. Cheli, *Atto politico e funzione di indirizzo*, Milano, Giuffrè, 1961, pagg. 3 e ss.; C. Dell'Acqua, *Atto politico ed esercizio di poteri sovrani*, Padova, Cedam, 1983, pagg. 1 e ss.. Ancora E. Cheli, *La sovranità, la funzione di governo, l'indirizzo politico*, in G. Amato-A. Barbera, *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, Vol. II, 1984, pag. 15 ha osservato che *"la definizione dei confini di questa categoria si scontrava con forti difficoltà sia pratiche che concettuali, difficoltà pienamente testimoniate dalla scienza giuridica del tempo, sempre oscillante nella ricerca di un criterio di identificazione, che, a seconda dei casi, veniva individuato ora nel fine perseguito dal governo (teoria del movente), ora nella natura costituzionale dell'atto (teoria della causa oggettiva), ora nel grado di libertà istituzionalmente connaturata all'esercizio del potere (teoria della discrezionalità politica). Le difficoltà, in concreto, si legavano al fatto che, attraverso il riconoscimento di una categoria di atti politici insindacabili, si finiva per perpetuare all'interno delle strutture garantiste dello "Stato di diritto" un principio di autorità o di "riserva dell'esecutivo" ereditato dallo Stato assoluto e in quanto tale non riconducibile ai perni fondamentali del costituzionalismo liberale, rappresentati sia dal principio di separazione (tripartizione) dei poteri che da quello di supremazia della legge"*.

²⁹ Cfr. C. Mortati, *ult. op. cit.*, pagg. 7-8.

certamente qualificabili come politici³⁰. Ricostruzione che è poi intervenuta essenzialmente grazie alle opere di Crisafulli e Mortati che hanno avuto modo di affrontare il tema a seguito ed in costanza dell'instaurazione del regime fascista ad opera della Legge n. 2263/1925³¹; infatti, è stato osservato che la crisi del sistema statale, che è intervenuta in quel periodo storico e che ha portato all'instaurazione dei regimi autoritari in Italia e Germania, è stata, da un lato, motore dell'elaborazione dottrinale e, dall'altro lato, potrebbe essere stata determinata dall'assenza di una precisa indagine in merito³².

Il tema affrontato è stato quindi quello di individuare non tanto quali atti potessero definirsi politici, quanto piuttosto la qualificazione dell'indirizzo politico, il cui esercizio produce atti politici.

2.2 (segue) L'indirizzo politico nelle tesi esistenziale e naturalistica.

Sono stati molteplici gli sforzi ricostruttivi effettuati dalla Dottrina in merito³³; in primo luogo, viene la distinzione tra la tesi c.d. esistenziale e la tesi c.d. naturalistica, laddove secondo la prima l'indirizzo politico costituisce un elemento che è possibile ricavare soltanto *ex post* attraverso la ricostruzione della linea di continuità che corre tra una pluralità di atti, tra loro concatenati, adottati da organi costituzionali; al contrario, secondo la tesi naturalistica, l'indirizzo politico è una prescrizione contenuta in un atto

³⁰ Cfr. C. Mortati, ult. op. cit., pag. 8, il quale osserva che “la determinazione obiettiva della funzione di governo, astrattamente considerata, all'infuori delle particolarità dei singoli ordinamenti positivi, si può porre ed ha una sua validità indipendentemente dalla estensione da dare – secondo le varie legislazioni – al principio dell'inammissibilità del sindacato giudiziario su determinati atti del potere esecutivo”.

³¹ Oltre a C. Mortati, ult. op. cit., anche V. Crisafulli, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in Studi urbinati, anno XIII, serie A, nn. 1-2-3-4, 1939. Per una completa ricostruzione degli avvenimenti che hanno portato la Dottrina a soffermarsi sull'argomento, si veda C. Tripodina, *L'indirizzo politico nella dottrina costituzionale al tempo del fascismo*, Riv. Ass. Ita. Cost., 2018, n. 1.

³² M. Dogliani, *Indirizzo Politico, riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, cit. pagg. 43-44; E. Cheli, ult. op. cit., pagg. 18 e 51.

³³ Oltre ai già citati, si veda l'importante contributo di A. Mannino, *Indirizzo politico e fiducia nei rapporti tra Governo e Parlamento*, Milano, Giuffrè, 1973, pagg. 47 e ss, nonché C. Lavagna, *Contributo alla determinazione dei rapporti giuridici fra Capo del Governo e Ministri*, Roma, Edizioni Universitarie, V. Gueli, *Il regime politico*, Roma, 1939; M. Dogliani, voce *Indirizzo politico*, in Dig. Disc. Pubbl. Torino, 1993, Vol. VIII, pagg. 244 e ss.; E. Cheli, *La sovranità, la funzione di governo, l'indirizzo politico*, cit.; T. Martines, voce *Indirizzo politico*, in Enc. dir., Milano, 1971, Vol. XXI, pag. 134 e ss.; M. Ainis, A. Ruggeri, G. Silvestri, L. Ventura (a cura di), *Indirizzo politico e Costituzione. A quarant'anni dal contributo di Temistocle Martines*, Milano, Giuffrè, 1998; G.B. Garrone, voce *Atto politico (disciplina amministrativa)*, in Dig. Disc. Pubbl., Torino, 1987, Vol. I, pagg. 544 e ss.; M. Cerase, voce *Indirizzo politico*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006, vol. IV, pagg. 3092 e ss..

giuridico, che ha la capacità di vincolare (seppure con diversa intensità) l'attività di organi costituzionali.

Circa la prima definizione, quella esistenziale, in disparte le considerazioni relative a quelle teorie che relegano l'indirizzo politico alla irrilevanza giuridica³⁴ o quasi³⁵, assume maggiore interesse la tesi secondo cui l'indirizzo politico, da ricostruirsi sempre a posteriori sulla base di un *continuum* di atti, è dotato di una coerenza che assume una rilevanza giuridica di per sé, ovvero che diviene bene giuridico protetto da istituti che debbono garantirne l'integrità; tale coerenza deve essere intesa come aderenza dell'indirizzo ad un parametro esterno, che è costituito dal fine politico. Quindi, da un lato, vi sono gli atti adottati da organi costituzionali diretti a garantire la coerenza o stabilità dell'indirizzo politico (si tratta quindi degli istituti giuridici posti a tutela di questa), dall'altro lato, vi è l'indirizzo politico vero e proprio che costituisce il coerente risultato ottenuto in via finale³⁶. Come si può vedere, l'indirizzo politico non assume una veste giuridica propria, ma è il prodotto di atti o istituti giuridici il cui scopo non è la creazione o la definizione o l'attuazione dell'indirizzo politico, ma la garanzia della sua coerenza sulla base del parametro esterno costituito dal fine politico.

³⁴ Si afferma che l'indirizzo politico è giuridicamente irrilevante, nel senso che costituisce l'indirizzo politico è l'effetto di una sequenza di atti tra loro diversi formalmente, ma unitari nell'interesse o nel fine; però, questa coerenza è un mero dato di fatto, che può essere ricostruito a posteriori, ma non vi sono elementi giuridici che entrano né nella formazione del fenomeno, né in altri momenti dello stesso. Specifica meglio M. DOGLIANI, *Indirizzo Politico, riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, cit., pag. 48, che "irrilevanza giuridica significa semplicemente che non può trovare posto in una teoria del diritto il processo di formazione dell'interesse concreto che precede la produzione dell'atto secondo le norme che la regolano", il quale richiama Michoud, *Les actes de gouvernement*, in *Annales de L'enseignement supérieur de Grenoble*, 1899, Vol. I, n. 2.

³⁵ Rimanendo sempre nell'ambito della definizione esistenzialista dell'indirizzo politico, per cui questo è il risultato storico di una pluralità di atti adottati, si è riconosciuto allo stesso una valenza giuridica, seppure ridotta, quale criterio interpretativo: se è possibile ricostruire un filo rosso tra il *continuum* di atti adottati questo sarà dotato di una coerenza circa determinate scelte compiute (scelte che comportano sempre l'esclusione di alternative), che può costituire uno strumento operativo per l'interprete. Il criterio interpretativo così delineato può assurgere a fonte del diritto, ovvero fare riconoscere che l'indirizzo politico abbia una efficacia normativa seppure indiretta. In questo senso C. Lavagna, *Contributo alla determinazione dei rapporti giuridici fra Capo del Governo e Ministri*, cit., pag. 68, nota 45, ipotizza l'efficacia normativa "in un senso semplicemente indiretto (come per i principi dell'analogia e generali del diritto): nel senso, cioè che gli organi vincolati dai singoli atti determinanti l'indirizzo potrebbero considerarsi vincolati altresì dai criteri generali da tali atti deducibili e, quindi (il che è lo stesso), dall'indirizzo politico".

³⁶ Cfr. G. AMATO, *L'indirizzo degli enti di gestione*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1969, pagg. 529 e ss.; M. DOGLIANI, *Indirizzo Politico, riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, cit., pagg. 50 e ss., il quale cita le teorie di razionalizzazione del potere di G. BURDEAU, *Le régime parlementaire dans les Constitutions Européennes d'après guerre*, Paris, 1932, tr. it., *Il regime parlamentare nelle costituzioni europee del dopo guerra*, Milano, Edizioni di Comunità, 1950 e B. MIRKINE-GUËTZEVITCH, *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, Paris, 1936.

Per la definizione naturalistica, invece, gli atti politici sarebbero una categoria generale di atti, tutti idonei a costituire la fonte dell'indirizzo politico; questa tesi ci porta degli ulteriori elementi che sembrano essere più utili alla trattazione, poiché secondo questa visione gli atti politici sono adottati da parte di organi costituzionali, secondo i procedimenti e le forme previsti su base normativa (e quindi con veste giuridica), che dettano delle prescrizioni. Secondo alcuni³⁷, l'indirizzo politico è il contenuto dell'atto politico, che costituisce quella prescrizione che lo caratterizza come tale; secondo altri³⁸, invece, l'indirizzo politico contiene essenzialmente una direttiva, cioè, costituisce una manifestazione di volontà politica diretta ad indirizzare (nell'accezione semantica di determinare le azioni o le decisioni del destinatario) gli organi costituzionali nei cui confronti è diretta, i quali essendo autonomi non potranno in realtà essere destinatari di prescrizioni specifiche e strettamente vincolanti, ma solamente di "frammenti di norme"³⁹. Queste due distinte ricostruzioni partono quindi dal presupposto comune secondo il quale l'atto politico è tale in quanto contenente l'indirizzo politico che è una manifestazione di volontà politica, ma si differenziano circa il carattere vincolante (o meno) dell'indirizzo.

Ciò, ci riporta al problema di partenza: se l'atto è politico quando ha un contenuto prescrittivo politico, quando ricorre tale ultima caratteristica? Su questo punto si incentra l'indagine, poiché *"la definizione del carattere 'politico' di fenomeni giuridici è il punto di emersione di contraddizioni (esistenti o ritenute, qui non importa) interne all'ordinamento statale: di suoi aspetti, cioè, non riconducibili pienamente, e con chiarezza, alla sua ricostruzione rigorosa come stato di diritto, come stato governato dalle leggi"*⁴⁰.

2.3 (segue) La funzione di governo.

Per tentare di dare una risposta all'interrogativo, bisogna fare un passo ulteriore, ovvero superare l'impostazione dell'indirizzo politico legata all'atto e affrontare le tesi,

³⁷ Cfr. V. Crisafulli, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, S.t.e.u., 1939, pag. 16.

³⁸ M. DOGLIANI, *Indirizzo Politico, riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, cit., pagg. 66 e ss..

³⁹ La citazione è di A. Pizzorusso, *Fonti del diritto*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro Italiano, 1977, pagg. 503 e ss.

⁴⁰ M. DOGLIANI, *Indirizzo Politico, riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, cit., pag. 57.

prima anticipate, che lo hanno inquadrato sotto il profilo della funzione (o meglio, della funzione di governo) o sotto il profilo dell'attività politica. Nel primo caso, si tratterà della ricostruzione di Mortati, la quale ha subito una importante evoluzione nel tempo, in quanto formulata per la prima volta nel regime pre-costituzionale⁴¹ ed è stata, poi, sviluppata e più volte rimaneggiata nel periodo post-costituzionale⁴². Secondo Mortati, la funzione di governo⁴³ è la predeterminazione del programma dello Stato, inteso come unità politica di un popolo, la quale è attività politica poiché ha contenuto indeterminabile a priori e costituisce il frutto della sintesi delle esigenze collettive, fuse e armonizzate tra loro, con conseguente superamento dei singoli interessi, eventualmente contrastanti e/o contraddittori. Ancora più precisamente, la funzione di governo è predeterminatrice dei fini dello Stato, per la cui attuazione sono chiamati ad agire gli organi amministrativi, che sono dotati di discrezionalità per il perseguimento di tali scopi predeterminati, la quale non è *“mai assoluta, essendo sempre possibile valutare la corrispondenza di ogni singolo atto sia con quella specie particolare di pubblico interesse, presupposto dalla destinazione dell'ente che agisce, sia con l'intento immediato proprio della singola specie di atto messo in opera”*⁴⁴. E' proprio quest'ultimo aspetto che impedisce di accedere all'idea di potere ricondurre un determinato atto alla sfera “politica” od “amministrativa” a seconda del fatto che lo stesso sia reso sindacabile o meno dal Legislatore con una determinata norma, in un certo momento storico: l'atto politico è ontologicamente incompatibile con l'atto amministrativo, laddove il primo è libero nel fine, anzi lo predetermina, mentre il secondo persegue il fine già predeterminato dall'atto

⁴¹ Cfr. C. Mortati, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, cit..

⁴² Cfr. C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1976.

⁴³ All'epoca aderirono a questa impostazione della introduzione di una quarta funzione dello Stato, anche S. Lessona, *La potestà di governo nello Stato fascista*, Il dir. del lav., 1929, vol. III e G. Roehrsen, *L'atto di potere politico e la sua sindacabilità in sede giudiziaria*, in Riv. dir. pubbl., 1936, Vol. I; S. Panunzio, *Teoria generale dello Stato fascista*, Padova, Cedam, 1939, il quale a pag. 117 ha anche rivendicato la paternità della teoria della quarta funzione dello Stato *“Il Mortati fa sua la tesi da me sostenuta della corporatività”*, ma come ha correttamente ricordato C. Tripodina, *L'indirizzo politico nella dottrina costituzionale al tempo del fascismo*, cit. pag. 20, l'Autore aveva sì ipotizzato l'esistenza di una quarta funzione simile (per il carattere di unificazione e di sintesi della stessa) a quella studiata da Mortati, ma era riferita al corporativismo e non alla politica. Sempre sul tema della quarta funzione, si vedano in quegli anni anche G. Perticone, *Elementi di una dottrina generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1939, p. 204 e G.D. Ferri, *La funzione di governo e il Gran Consiglio del fascismo*, Roma, 1939, p. 119.

⁴⁴ Cfr. C. Mortati, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, cit., pag. 17.

politico; in altri termini, all'atto politico appartiene *“the expression of the will of the state”*, mentre all'atto amministrativo appartiene *“the execution of that will”*⁴⁵.

La funzione di governo non si esaurisce in questo primo aspetto, poiché nello Stato moderno, lo Stato-apparato è articolato in una pluralità di organi (alcuni sovrani), che rendono necessario non solo predeterminare il fine dello Stato, ma anche garantire che questo sia perseguito dagli organi che sono chiamati a darvi attuazione, sempre con salvezza degli indispensabili spazi di libertà da attribuirsi a tali organi; quindi, la funzione è realizzata con due attività distinte: prima, la predeterminazione dei fini e, poi, l'esercizio dei poteri che sono rivolti a conformare a tali direttive il funzionamento degli organi che li devono perseguire; gli atti della funzione governativa hanno, quindi, come intima natura *“non ... di mettere in moto un meccanismo di armonizzazione formale fra i poteri ma di imprimere all'attività di questi un particolare orientamento politico; non di provocare su di un dissenso insorto fra i poteri stessi la decisione di altri organi, ma di attuare essi una tale decisione; non di raggiungere un accordo qualsiasi, ma precisamente quel determinato accordo che sia necessitato dal sistema dei fini”*⁴⁶.

Lo scopo dell'esercizio della funzione di governo è quindi quello di garantire il perseguimento dell'unità dello Stato, intesa in un doppio significato:

- 1) unità di fini ultimi dello Stato-comunità (sintesi degli interessi individuali);
- 2) unità di funzionamento degli organi dello Stato-apparato; è chiaro che si tratti di funzione di unità servente la prima, ovvero attività volta a *“ricostituire ciò che la divisione delle competenze e degli organi necessariamente divide e di ricostituirlo intorno a un centro unico: il sistema dei fini da essa posti”*⁴⁷.

Ognuno degli atti con i quali viene esercitata la funzione di governo sembra che *“debba trovare la sua fonte nella legge costituzionale, debba essere – come il Kelsen dice della legge ordinaria – atto esecutivo della costituzione, sottratto alla necessità dell'abilitazione del potere legislativo ordinario. Infatti, tali atti si pongono, per la loro*

⁴⁵ La statuizione, molto valida per la sua chiarezza e sinteticità, è di F.J. Goodnow, *Politics and Administration. A Study in Government*, New York, The MacMillan Company, 1900. Il concetto si può ormai definire tradizionale, in quanto si riscontra in E. Guicciardi, *L'atto politico*, in Arch. Dir. pubbl., 1937, pagg. 265 e ss.; S. Romano, *Corso di diritto amministrativo. Principi generali*, Padova, Cedam, 1937, B. Liuzzi, *Sulla nozione di atti di governo*, in Foro amm., 1927, Vol. IV; O. Ranelletti, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1937, pag. 57; L. Meucci, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1909.

⁴⁶ Cfr. C. Mortati, ult. op. cit., pag. 12.

⁴⁷ Cfr. C. Mortati, ult. op. cit., pag. 15.

*indole come condizione del generale funzionamento dello stato e quindi la disciplina di essi forma necessariamente il primo e proprio contenuto della costituzione*⁴⁸.

L'importanza dell'opera di Mortati, soprattutto a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione, è stata quella di giustificare e ricomprendere l'esistenza del potere politico all'interno dell'ordinamento giuridico: questo non preesiste all'ordinamento giuridico, che lo riconosce e ne prende atto come mero dato di fatto-storico, ma ne costituisce un prodotto, il cui funzionamento è disciplinato secondo attribuzione di competenze e formalizzazione delle procedure attraverso cui il potere è esercitato. L'attività politica è quindi una funzione dello Stato (al pari del potere legislativo, esecutivo e giudiziario), che costituisce una esplicazione diretta della costituzione sostanziale⁴⁹, esercitata da un organo *“capace di esprimere e far valere, nel più alto grado, gli interessi generali e permanenti, dovendo esso ‘incarnare e rendere concreto il principio spirituale dell’esistenza politica di un popolo’, rappresentare il popolo non nel suo essere naturale, ma nella sua essenza politica, ossia nella sintesi delle esigenze particolari”*⁵⁰. Tale funzione però non è attuativa di norme, ma è creativa del fine ultimo dell'azione dello Stato-apparato, predeterminandolo: l'attività dell'organo supremo *“riguarda non l’essere dello Stato, ma il suo dover essere, opera in relazione non ad un ordine già dato, statico, alla esplicazione del quale essa debba provvedere (come avviene per l’attività amministrativa) ma invece ad un ordine in formazione, dinamico, di cui è suo compito promuovere l’attuazione”*⁵¹. Tale passaggio conferma ulteriormente l'elemento distintivo dell'indirizzo politico rispetto all'attività amministrativa: quest'ultima presuppone sempre l'esistenza di un fine da attuarsi, raggiungere od eseguire, mentre al contrario l'indirizzo politico costituisce tale elemento presupposto.

Sotto diverso aspetto, secondo Mortati, almeno in una fase iniziale, la funzione di governo non costituisce fonte del diritto, perché altrimenti si sarebbe posta la problematica, sopra accennata, della possibile invasione dell'autonomia degli organi

⁴⁸ Cfr. C. Mortati, ult. op. cit., pag. 15.

⁴⁹ D'altra parte, a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione, è stata evidenziata da P. Barile, *I poteri del Presidente della Repubblica*, in Riv. trim. dir. pubb., 1958, pagg. 308 e ss., l'importanza dell'impatto che la stessa ha avuto sull'esercizio dell'indirizzo politico, costituendo la stessa, da un lato, il limite o vincolo per l'esercizio del potere politico (in attuazione tendenziale della Costituzione) e, dall'altro lato, lo scopo dell'esercizio del potere politico *“tendente ad attuare i fini costituzionali permanenti”*; in buona sostanza, quindi la Costituzione costituisce al tempo stesso vincolo e scopo dell'esercizio del potere politico, ponendosi come necessario punto di riferimento centrale dello stesso.

⁵⁰ Cfr. C. Mortati, ult. op. cit., pag. 19.

⁵¹ Cfr. C. Mortati, ult. op. cit., pag. 16.

costituzionali nei cui confronti l'indirizzo è esercitato⁵²; l'indirizzo, quindi, avrebbe dovuto avere solamente lo scopo di creare un fine indirettamente vincolante per gli organi costituzionali: *“La preminenza dell'organo di governo può svolgersi senza ledere l'autonomia della volontà degli altri organi, per fatto che essa non agisce direttamente imponendo alle manifestazioni di questi un determinato contenuto, né si sostituisce nella sfera di competenza loro assegnata, ma opera invece sia come condizione iniziale dell'attività degli altri organi, attraverso il controllo dell'uso dell'iniziativa di cui essi siano in possesso, sia come condizione finale, a cui è subordinata la produttività di effetti giuridici verso l'esterno degli atti da loro emessi. Anche quando, in caso di dissenso con gli altri organi costituzionali, l'organo supremo è chiamato ad esplicitare una potestà di ultima decisione, esso la fa valere non attraverso l'esercizio di una coazione, ma in via indiretta, promuovendo il mutamento delle persone fisiche che compongono l'organo dissenziente dalle direttive, in modo che l'atteggiamento di questo si uniformi ... alle linee generali fissate dal primo”*⁵³.

Tale idea è stata però superata ed abbandonata successivamente, quando l'Autore, elaborando ulteriormente l'idea originaria dell'indirizzo politico come atto direttamente esecutivo della Costituzione, ha ritenuto che la funzione governativa fosse strumento di realizzazione della Costituzione formale e, quindi, non limitandosi più alla mera esecuzione della carta costituzionale, ma espandendosi allo sviluppo anche dei principi o delle parti programmatiche della stessa, era a quel punto necessario che la funzione acquisisse forza e dignità di fonte del diritto⁵⁴. Anche per questi motivi, data l'ampiezza e la dimensione dei risultati cui deve mirare, la funzione di governo può essere esercitata attraverso un'ampia varietà di atti, anzi ancora meglio, questa *“si concreta non in atti tipici e seguendo forme tipiche, ma mettendo in essere atti e procedimenti di diversa natura secondo la qualità degli interventi ad essa richiesti corrispondenti nella loro*

⁵² Il tema del difficile rapporto tra il carattere vincolante dell'indirizzo politico e l'autonomia degli organi costituzionali destinatari dello stesso è presente, in realtà, anche nella ricostruzione di Crisafulli, posto che costituisce una conseguenza indefettibile del concetto di “indirizzo” espresso dalla funzione o attività politica. Sul punto, si veda P. Ciarlo, *Mitologie dell'indirizzo politico e identità partitica*, Napoli, 1988, pag.38, che commenta che *“Crisafulli percepisce che nel moderno Stato democratico la determinazione, ma soprattutto l'attuazione dell'indirizzo politico, non può che essere il frutto della collaborazione di organi costituzionali diversi dotati di una propria autonomia: la coniugazione di questo presupposto con l'intento di attribuire all'indirizzo politico stesso un'efficacia vincolante appare difficile”*.

⁵³ Cfr. C. Mortati, ult. op. cit., pag. 22.

⁵⁴ M. DOGLIANI, *Indirizzo Politico, riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, cit., pag. 201.

varietà alle finalità della funzione stessa”⁵⁵. La cosa più interessante è che l’indirizzo politico può essere espresso con atti che tipicamente apparterrebbero anche ad altre funzioni (legislativa ed esecutiva), cioè costituiscono manifestazioni di indirizzo politico *“tanto quelle che si limitano a tracciare le linee programmatiche ed a dare l’impulso primario, quanto le altre che di esse costituiscono la prima e più diretta attuazione, esplicandosi o attraverso la via della legge, oppure con atti di governo nei quali rientrano anche quelli di ... alta amministrazione*”⁵⁶. La conclusione è di straordinaria importanza, in quanto viene affermato che l’indirizzo politico che apparterrebbe ad una funzione autonoma dello Stato (quella governativa) potrebbe essere espressa anche con atti appartenenti ad altre funzioni, volendo sottolineare l’Autore l’irrelevanza della veste formale dell’atto, a favore della preminenza del contenuto dello stesso: ciò in piena linea con le premesse formulate, secondo le quali l’atto è politico quando contiene un indirizzo politico che è manifestazione di volontà politica con capacità prescrittiva, secondo questa tesi, anche normativa oltre che meramente politica.

Nonostante l’apparente linearità della tesi, proprio in tale passaggio risiede probabilmente la maggiore contraddittorietà teorica della ricostruzione di Mortati: il principio della separazione dei poteri sembra essere insanabilmente incompatibile con la (autonoma) funzione di governo, che costituisce principio di unità; la funzione presuppone una divisione del potere in ambiti di stretta competenza, mentre la funzione di governo in commento dovrebbe costituire lo strumento di orientamento e di unificazione di tutte le funzioni dello Stato (ovviamente, con particolare riferimento al potere legislativo ed esecutivo).

2.4 (segue) L’attività politica.

Su questo aspetto, la teoria di Crisafulli riesce ad essere maggiormente convincente, in quanto evitando l’impostazione della “funzione di governo”⁵⁷, considera l’indirizzo politico come mera attività: attività che è giuridicamente disciplinata, ma che non produce

⁵⁵ Cfr. C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., pag. 642.

⁵⁶ Cfr. C. Mortati, ult. op. cit., pag. 643.

⁵⁷ Il motivo della contrapposta visione teoretica è da individuarsi, con ogni probabilità, all’adesione da parte di Mortati al c.d. decisionismo *schmittiano* (cfr. P. Ciarlo, ult. op. cit., pag. 11), laddove invece Crisafulli era maggiormente aderente ai principi del costituzionalismo liberale, sebbene elaborò le proprie idee nel pieno vigore del regime fascista (cfr. P. Ciarlo, ult. op. cit., pag. 36).

diritto, ma propriamente l'indirizzo politico (cioè, precetti politici giuridicamente efficaci) di cui gli organi costituzionali hanno bisogno per potere lavorare in armonia di intenti e di fini, secondo unità, poiché *“la varietà e la complessità delle esigenze e di valori espressi dalla comunità statale richiedono, per il loro soddisfacimento, un'azione di governo stabile e coordinata”*⁵⁸. Si è riconosciuta, cioè, *“l'esistenza di un'altra attività superiore, che di quella costituisce, come da alcuni si dice, la testa o il motore, che dà l'impulso e la direzione suprema a tutta la vita e l'azione statale, avendo ad oggetto, non singoli e specifici interessi pubblici, ma l'interesse stesso dello stato nella sua unità”*⁵⁹. Ma non solo, la politicità dell'atto è data soprattutto da *“una posizione, almeno formale e procedurale, di preminenza e di priorità, non soltanto rispetto alla rimanente attività amministrativa in stretto senso, ma anche nei confronti delle altre funzioni statali, ed anzitutto della stessa legislazione”*⁶⁰.

Da questo deriva che, come per la teoria del Mortati, anche in questo caso gli atti politici costituiscono una categoria molto eterogenea, che può essere divisa tra atti-fonte dell'indirizzo politico (atipici⁶¹) ed atti di realizzazione od attuazione dell'indirizzo politico (che presuppongono che questo sia stato già stabilito con un atto-fonte)⁶²; questi ultimi potranno essere costituiti anche da atti formalmente appartenenti alla funzione esecutiva e legislativa e in questo caso *“il valore proprio dell'indirizzo politico viene trasceso da quello dell'atto che lo contiene e si ha pertanto una fissazione in norme giuridiche legali o regolamentari a seconda dei casi, dell'indirizzo stesso con tutte le conseguenze che logicamente ne derivano quanto alla efficacia di esso, che non è più disciplinata allora da quei principi generali dei quali sopra si è fatto discorso, ma dagli altri principi propri rispettivamente delle leggi costituzionali o delle leggi ordinarie o dei*

⁵⁸ Cfr. T. Martines, *Voce indirizzo politico*, in *Enciclopedia del diritto*, XXI, Milano, Giuffrè, 1971, pag. 135.

⁵⁹ Cfr. V. Crisafulli, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, cit., pag. 16.

⁶⁰ Cfr. V. Crisafulli, ult. op. cit., pag. 19.

⁶¹ L'atto-fonte per eccellenza dell'indirizzo politico viene individuato nel programma dei partiti politici che viene presentato alla consultazione elettorale, cfr. V. Crisafulli, ult. op. cit., pag. 19, laddove il Governo costituisce il *“garante dell'attuazione del programma approvato dagli elettori”*, cfr. Perini M., voce *Indirizzo politico (postilla di aggiornamento)*, in *Enciclopedia giuridica*, XVI, Roma, Istituto dell'Enciclopedia italiana, 2007, p. 2; si vedano anche G. Pitruzzella, *Artt. 92-93*, in G. Branca-A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1981, pagg. 87 e ss.; P. Calandra, *Il Governo della Repubblica*, Bologna, Il Mulino, 1986; A. Natalini, *Commento al IV Rapporto sull'attuazione del programma di governo 10 giugno 2001 – 10 giugno 2003*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2003, pagg. 1228 e ss..

⁶² Cfr. V. Crisafulli, ult. op. cit., pagg. 108-109.

*regolamenti e così via*⁶³. Sotto questo aspetto, le conclusioni di Crisafulli sono molto simili a quelle di Mortati⁶⁴, secondo un principio di irrilevanza della forma dell'atto, a favore del contenuto sostanziale dello stesso, laddove l'indirizzo politico è stabilito con un atto-fonte ed attuato con tutti i poteri dello Stato, ivi compresi gli atti appartenenti all'esecutivo (come i regolamenti) e al legislativo (come le leggi ordinarie o costituzionali)⁶⁵. La conclusione tratta da Crisafulli, però, sembra essere maggiormente coerente con le premesse poste, in quanto viene meno l'incompatibilità della autonomia della funzione di governo rispetto alle altre funzioni, laddove l'indirizzo politico si compenetra, in modo inscindibile ed indistinguibile, nell'attività dello Stato. E' interessante notare come poi, nella storia repubblicana, a partire dal 1992, fenomeno poi esploso negli anni più vicini a noi⁶⁶, l'utilizzo del Decreto Legge è divenuto strumento di esercizio, per così dire ordinario, dell'indirizzo politico⁶⁷, laddove questo costituisce l'atto per eccellenza di ibridazione della funzione esecutiva e di quella legislativa⁶⁸.

⁶³ Cfr. V. Crisafulli, ult. op. cit., pag. 109.

⁶⁴ Correttamente, C. Tripodina, *L'indirizzo politico nella dottrina costituzionale al tempo del fascismo*, pagg. 22 e 23, cit., ha commentato che la distanza tra i due Autori, più che sulle premesse, può essere rintracciata nelle loro conclusioni e, in particolare, circa il riconoscimento o meno di una autonoma quarta funzione dello Stato: "A ben vedere, le posizioni di Mortati e Crisafulli sono meno distanti di quel che parrebbe: entrambe presuppongono l'unità dello Stato come il prodotto e la conseguenza di un'attività politica; entrambe muovono dalla comune premessa della irriducibilità dell'attività politica a una delle tre tradizionali funzioni dello Stato, sottolineandone la multiformità e la trasversalità; entrambe riconoscono l'attività politica come espressione del principio di unità, più che del principio di divisione dei poteri; entrambe attribuiscono, nell'ambito dell'attività politica, una specifica e autonoma rilevanza all'attività di indirizzo politico; ancora entrambe ritengono l'attività di indirizzo politico come autocreativa di fini e priva di vincoli predeterminati. L'elemento realmente distintivo è che Mortati, per tutte queste ragioni, qualifica l'attività di indirizzo politico come quarta funzione dello Stato, mentre Crisafulli, per le stesse ragioni, rifiuta proprio questa qualificazione, parlando di attività «oltre e prima» le funzioni tradizionali".

⁶⁵ Successivamente, anche G. Miele, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1953, pag. 24, concorderà con questa impostazione affermando che "non è possibile parlare di un'attività di governo distinta dall'attività legislativa o amministrativa, o giurisdizionale, né essa rientra in una di queste, ma si può distinguere soltanto tra un'attività di governo e un'attività 'governata' e l'attività di governo può presentarsi a sua volta, sotto la specie dell'attività legislativa o amministrativa (non di quella giurisdizionale che ha carattere oggettivo e imparziale)".

⁶⁶ Cfr. A. Celotto, *L'"abuso" del decreto-legge*, in *Profili teorici, evoluzione teorica e analisi morfologica*, Vol. I, Padova, Cedam, 1997, p. 102.

⁶⁷ Cfr. C. Chimenti, *Un parlamentarismo agli sgoccioli. Lineamenti della forma di governo italiana nell'esperienza di dieci legislature*, Torino, Giappichelli, 1992.

⁶⁸ G. Delle Donne, *Decretazione d'urgenza, indirizzo politico programma di governo nella XVI Legislatura*, Osservatoriosullefonti.it, fasc. 2/2011, pag. 5, osserva che il Decreto Legge è diventato lo strumento principale di esercizio dell'indirizzo politico, mentre come atto parlamentare resisterebbe solamente la Legge finanziaria, la cui rilevanza peraltro sarebbe limitata dalle "c.d. *"finanziarie estive"* – realizzate, non a caso, con decreti-legge giustificati invocando la crisi economica (n. 112/2008, n. 78/2009, n. 78/2010) – hanno significativamente eroso i contenuti della legge di stabilità"; situazione che si sta ripetendo anche al giorno d'oggi, con la decretazione, questa volta sì, d'urgenza in considerazione dello stato di emergenza nazionale da COVID-19 (D.L. n. 18/2020, c.d. Cura Italia). D'altra parte, il Governo nel nostro ordinamento ha da tempo assunto il ruolo di centralità rispetto al Parlamento, come

2.5 (segue) La pluriqualificazione degli atti di indirizzo politico e amministrativo.

Il tema dell'ardua ricerca di una definizione soddisfacente e definitiva, per quanto possibile, dell'indirizzo politico e dell'atto politico è tutt'altro che esaurito nelle brevi note oggi riportate, dato che l'indagine in merito è estremamente ampia e tutt'altro che vicina alla sua conclusione⁶⁹, ma ci fornisce ulteriori elementi per sviluppare l'oggetto del presente scritto⁷⁰. Se le peculiari attribuzioni dei Ministri “*cavouriani*” avevano immediatamente acceso l'attenzione della Dottrina dell'epoca sul problematico rapporto tra politica e amministrazione, quanto sinora osservato non può che confermare le preoccupazioni a quel tempo espresse: il rapporto tra l'indirizzo politico (inteso senz'altro come predeterminazione dei fini) e l'attività amministrativa (intesa senz'altro come attuazione di tali fini) è tutt'altro che risolvibile in una così (solo apparentemente chiara) enunciazione; infatti, “*il rapporto tra fini e mezzi non corrisponde a uno schema discendente di tipo aristotelico, di specificazione progressiva e lineare dal generale al particolare, ma piuttosto a un modello circolare. I fini condizionano i mezzi e ne sono a loro volta condizionati, in un processo di apprendimento e di learning by doing che incide*

condivisibilmente rilevato da F. Cuocolo, *Lezioni di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2002, pagg. 203 e ss. e da G. Bognetti, *La divisione dei poteri*, Milano, Giuffrè, 2001, pag. 90.

⁶⁹ Peraltro, il tema dell'indirizzo politico è ben capace di portare molto lontano, come si ricava dalle conclusioni formulate da C. Tripodina, *L'indirizzo politico nella dottrina costituzionale al tempo del fascismo*, pagg. 44 e ss., cit., in merito all'influenza dei cambiamenti della società civile sulle forme di Governo di uno Stato, circa la pericolosa equazione tra populismo e dittatura, sulla possibile non estraneità della funzione giurisdizionale dall'indirizzo politico e, infine, sull'importanza tutt'ora attuale della nozione di indirizzo politico anche nell'attuale momento di crisi dello Stato e di ritorno dei sovranismi.

⁷⁰ Preme sottolineare che, mentre l'entrata in vigore della Costituzione ha prodotto effetti significativi sull'elaborazione dottrina ricostruita, nei termini di cui si è detto sinteticamente nel testo, diversamente la progressiva integrazione dell'ordinamento nazionale in quello eurounitario non ha prodotto gli stessi effetti, laddove tale processo non ha portato nuovi spunti circa la natura dell'indirizzo politico, quanto più limitatamente allo studio della interferenza delle istituzioni europee sul circuito “domestico” (costituito da corpo elettorale-Parlamento-Governo) e circa la frammentazione dell'indirizzo politico oggi esercitato; sul punto si veda l'interessante contributo di G. Mobilio, “*L'esclusione del Senato dal rapporto fiduciario: una riflessione a partire dalla nozione di indirizzo politico*”, in A. Cardone (a cura di), *Le proposte di riforma della Costituzione*, in Atti del seminario fiorentino del 13 febbraio 2014, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014, pagg. 323 e ss.; nonché, G. Rivosecchi, *L'indirizzo politico finanziario tra costituzione italiana e vincoli europei*, Padova, Cedam, 2007 e E. Olivito, *Le inesauste ragioni e gli stridenti paradossi della governabilità*, *Costituzionalismo.it*, fasc. 3, 2015..

sull'elaborazione della proposta politica”⁷¹ e ancora, in termini diversi, “*there is more politics in the formation of policy, more administration in the execution of it*”⁷².

I criteri sinora posti non riescono, per i propri limiti naturali, a fornire degli strumenti pienamente soddisfacenti per discernere tra l'esercizio del potere politico e quello amministrativo, laddove la funzione (o l'attività) appartenente alla prima sfera può e deve essere esercitata anche con atti che hanno una veste formale appartenente all'esecutivo e al legislativo; comprensibilmente Crisafulli precisa che “*le funzioni si presentano come altrettanti settori di attività dello Stato a contorni, almeno concettualmente, ben definiti e per così dire aventi una propria ragion d'essere autonoma in sé stessi. L'indirizzo politico non ha senso invece se non in rapporto alle altre, o meglio alle vere funzioni, giacché appartiene alla sua stessa intrinseca natura, quale si è cercato di definirla nelle pagine precedenti, di non potersi esplicitare se non in strettissimo contatto con queste ultime alle quali e in particolare alla legislativa e alla esecutiva, esso presta il mutevole contenuto sostanziale segnandone gli scopi e illuminandone il valore e il significato politici*”⁷³. È per questo che Crisafulli rifiutava la tesi della “funzione” a favore della mera attività, proprio per la necessità dell'assenza di una delimitazione dell'indirizzo politico ad uno specifico ambito, laddove l'indirizzo politico deve potere essere attuato con una pluralità indefinita di strumenti diversi tra loro⁷⁴. Ma se tutto quanto premesso è vero (e di ciò non si dubita) è allora confermata l'inevitabile difficoltà nel distinguere nettamente l'attività politica da quella amministrativa, cioè si vuole dire che questa difficoltà è insita nella natura stessa dell'attività politica, che sfugge ontologicamente ad una tipizzazione formale degli atti in cui questa si realizza⁷⁵.

⁷¹ Cfr. G. Scaccia, *Indirizzo politico e amministrazione*, Lo Stato, Anno V, numero 9, pag. 100, il quale richiama i Maestri M. Nigro, *L'azione dei pubblici poteri. Lineamenti generali*, in G. Amato - A. Barbera (a cura di), *Manuale di Diritto Pubblico*, Bologna, il Mulino, 1994; nonché, F. Benvenuti, *Disegno della amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, Cedam, 1996.

⁷² C.J. Friedrich, *Responsible Government Service under the American Constitution*, in AA.VV., *Problems of the American Public Service*, New York-London, McGraw-Hill, 1935. Secondo E. Picozza, ult. op. cit., pag. 79, la dottrina dell'epoca aveva ommesso di cogliere il “*ruolo politico dell'amministrazione, in quanto portatrice anch'essa di valori sostanzialmente, anche se non formalmente, politici*”.

⁷³ Cfr. V. Crisafulli, ult. op. cit., pag. 117.

⁷⁴ In modo ancora più netto, P. Ciarlo, *L'indirizzo politico*, in M. Fioravanti-S. Guerrieri (a cura di), *La Costituzione italiana*, Roma, Carocci, 1999, pag. 92, ha affermato che si dovrebbe “*abbandonare la convinzione dell'unico centro governante che imprime una sicura direzione al movimento di una società, riconoscendo invece che il governare è la risultante di una serie di interrelazioni e retroazioni tra soggetti e sistemi diversi*”.

⁷⁵ In senso contrario, autorevolmente, C. Lavagna, *Contributo alla determinazione dei rapporti giuridici fra Capo del Governo e Ministri*, cit., pagg. 48 e ss., che contrariamente ai primi due Autori, ha rifiutato l'idea di potere rinvenire atti politici all'interno della funzione giurisdizionale e legislativa, potendo

In questo “equivoco” di fondo si annida il complesso rapporto tra le due nozioni in commento, il quale si acuisce inevitabilmente laddove queste vengano peraltro esercitate da parte di organi che siano tipicamente titolari di entrambi i poteri, quale è il Ministro nella costruzione cavouriana ricordata. E’ proprio per l’insufficienza dei risultati prodotti dall’analisi della qualificazione formale della funzione o attività che, in un momento storico successivo, cioè alla fine del secolo scorso, il tema verrà affrontato sotto il diverso aspetto del rapporto organizzativo tra organi politici e organi burocratici (con lo studio e l’applicazione dei meccanismi quali il c.d. spoils system)⁷⁶.

essere individuati solamente nella funzione esecutiva, ma non di tipo amministrativo. In altri termini, secondo Lavagna, l’attività politica non poteva che occupare lo spazio residuale della funzione esecutiva, ovvero l’attività di governo, secondo quella bipartizione richiamata all’inizio di paragrafo, distinguendosi nettamente anche dall’attività amministrativa, poiché, cfr. pagg. 58 e ss., gli “*atti amministrativi emanati dal governo nell’esercizio del potere politico ..., pur essendo contrassegnati ... come politici, non cessano di essere atti amministrativi, ... non costituiscono una forma di determinazione o di perfezionamento di fini non prestabiliti, ma solo una speciale maniera di realizzazione di fini posti dalla legge; per modo che non danno luogo ad una forma di attività politica distinta dall’amministrativa, ma rappresentano di questa una variante e - più esattamente - una variante dell’attività amministrativa discrezionale del governo*”.

⁷⁶ Cfr. G. Scaccia, *Indirizzo politico e amministrazione*, cit., pag. 101. Sul tema si tornerà ovviamente successivamente.

3. I tre punti di svolta determinati dalla Costituzione repubblicana.

3.1 (segue) La frammentazione del potere di indirizzo (politico e amministrativo) nell'ordinamento policentrico.

Si è visto al precedente paragrafo, come l'elaborazione di una nozione di indirizzo politico sia stata effettuata negli anni '30 del secolo scorso *“come risposta all'esigenza pressante di trovare un nuovo capo di unità all'azione dello Stato, cioè come mezzo per superare lo stato liberale di diritto e le incongruenze di una rigida delimitazione tra i tre poteri”*⁷⁷. Con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana nel 1948, la crisi dello Stato liberale (alla ricerca dell'unità politica dello Stato in capo ad un'unica figura) ha trovato sfogo nella costruzione di un ordinamento policentrico, nel quale si sono moltiplicati i centri di imputazione della autonomia politica a favore, oltre che dello Stato, anche delle Regioni e, seppure in misura minore, degli enti locali⁷⁸. Nell'Italia repubblicana si è passati da uno stato monoclasse ad uno stato pluriclasse, da una società semplice ad una società complessa e questo ha determinato *“il frazionamento della funzione di indirizzo e la sua attribuzione ad una molteplicità di figure soggettive”*⁷⁹.

Se è vero che l'art. 95 Cost. ha conservato sostanzialmente inalterata la competenza del Presidente del Consiglio dei Ministri al mantenimento dell'unità di indirizzo politico ed amministrativo del Governo (già prevista dall'art. 6 del R.D. n. 466/1901, c.d. Decreto Zanardelli), è anche vero che è cambiata radicalmente l'architettura delle istituzioni costituzionali in relazione alle quali il Governo dello Stato si rapporta. L'introduzione della Costituzione ha portato, innanzitutto, ad un cambiamento del punto di vista, o meglio, del contesto nel quale erano stati sviluppati i tentativi di ricostruzione effettuati negli anni passati: il decentramento organico ed istituzionale adoperato dall'art. 5 Cost. ha fatto sì che si moltiplicassero i soggetti potenzialmente legittimati ad esercitare l'attività politica ed amministrativa⁸⁰, con conseguente nuova lettura della portata della competenza già riconosciuta al Presidente del Consiglio dei Ministri che è stato chiamato ad esercitare l'indirizzo come momento di coesione non solo dell'unità degli organi statali (come era stato sino a quel momento), ma come strumento di unità nazionale. In questo

⁷⁷ Cfr. E. Picozza, ult. op. cit., pag. 56.

⁷⁸ In questo senso, E. Picozza, ult. op. cit., pag. 73; M.P. Genesin, ult. op. cit., pag. 74.

⁷⁹ Cfr. E. Picozza, ult. op. cit., pag. 73.

⁸⁰ Cfr. Picozza, ult. op. cit., pag. 210.

senso, la Corte Costituzionale ha riconosciuto che l'unità dell'indirizzo amministrativo previsto dall'art. 95 Cost. costituisce uno degli strumenti con i quali si garantisce “il carattere unitario della pubblica Amministrazione nonostante la molteplicità dell'articolazione di questo in una pluralità di organismi dotati di varia autonomia”⁸¹.

3.1.1 (segue) Le Regioni.

Per quanto riguarda le Regioni⁸², la Dottrina sviluppatasi nella seconda metà del secolo scorso - sebbene avesse riconosciuto l'esistenza di importanti limiti all'autonomia di tali enti territoriali⁸³, derivante anche dalla loro sottoposizione al potere dello Stato di indirizzo e coordinamento, anche a livello amministrativo - riteneva che queste fossero titolari di un potere di indirizzo politico autonomo che potesse, anche se solo in alcuni ambiti, contrastare quello statale; nel quadro normativo-istituzionale dell'epoca, il potere di indirizzo politico era stato attribuito al Consiglio regionale in via prioritaria, ai sensi dell'art. 121 Cost. e degli artt. 22 e ss. della Legge n. 62/1953 (quantomeno con riferimento alle Regioni a statuto ordinario), mentre la Giunta regionale poteva solamente integrare e sollecitare il Consiglio sotto tale aspetto, essendo titolare di un potere di indirizzo amministrativo. Il potere di indirizzo politico ed amministrativo si esplicava, nell'ambito delle funzioni proprie, attraverso atti normativi ed amministrativi, dove l'atto principe era costituito dalla legge di bilancio; altresì, però, tale attività di indirizzo era diretta, in un caso, nei confronti delle Province e dei Comuni ai sensi dell'art. 7, comma

⁸¹ Cfr. sentenza della Corte Costituzionale 5 maggio 1959, n. 23.

⁸² I contributi della Dottrina dell'epoca sono molteplici, si segnalano quelli ritenuti di maggiore rilievo S. Bartolini, *I rapporti tra i supremi organi regionali*, Padova, Cedam, 1961; P. Barile, *Le regioni: politica o amministrazione?*, Edizioni di Comunità, 1973, T. Martines, *Studi sull'autonomia politica delle Regioni in Italia*, Riv. trim. dir. pubbl., 1956, pagg. 100 e ss.; F. Bassanini, *Sui poteri del Parlamento e sulle competenze delle Regioni in materia di programmazione economica*, Milano, Giuffrè, 1969, pagg. 11 e ss.; S. Bartole, *Funzione di indirizzo politico e competenza amministrativa delle giunte nelle Regioni ad autonomia speciale*, Riv. trim. dir. pubbl., 1969; F. Teresi, *Il governo regionale: aspetti funzionali*, Milano, Giuffrè, 1974; C. Vignocchi, *Attività amministrativa e di Governo delle Regioni. Appunti e riflessioni*, Riv. trim. Dir. pubbl., 1975, pagg. 576 e ss..

⁸³ In proposito, M.S. Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1981, pag. 181, aveva evidenziato che “le regioni sono, per l'aspetto organizzativo, enti politici, frenati da parecchi tratti propri di enti amministrativi ... soprattutto l'imposizione di norme uniformi di bilancio e di contabilità, la caratteristica derivata e non autonoma dei loro statuti, la sottoposizione a controllo di legittimità preventivo delle leggi e il controllo anch'esso preventivo di legittimità ed in alcuni casi di merito, sotto la forma del riesame, dei loro provvedimenti amministrativi, ivi compresi quelli amministrativi generali a contenuto normativo o meno sono elementi che non depongono a favore di una autonomia piena di indirizzo politico e amministrativo”.

2, del D.P.R. n. 616/1977, mentre in altri casi nei confronti degli enti pubblici c.d. pararegionali (dipendenti o strumentali) e delle aziende regionalizzate⁸⁴. Il punto delicato nella valutazione dell'indirizzo politico esercitato dalle Regioni risiedeva nel fatto che queste erano prive di una potestà legislativa avulsa da quella statale (come sarà invece successivamente alle riforme costituzionali del 1999-2001), dovendo limitarsi a legiferare in via attuativa o in via di dettaglio all'interno della cornice di principi dettati dallo Stato, nella competenza concorrente; d'altra parte, però, era stato osservato che *“quel margine di autonomia che le Regioni perdono per la circostanza di essere vincolate nella loro azione dalle finalità fissate nell'indirizzo politico dello Stato, lo riacquistano in virtù del fatto che esse stesse partecipano alla determinazione di siffatte finalità”*⁸⁵. Si tratta dell'esercizio di prerogative costituzionalmente garantite alle Regioni, attraverso le quali queste incidono sulla formazione dell'indirizzo politico statale, come ad esempio attraverso il potere di proposta di legge alle Camere previsto dall'art. 71 comma 1 e dall'art. 121, comma 2, Cost. o, ancora, attraverso l'esercizio dell'iniziativa di referendum abrogativi (ai sensi dell'art. 75, comma 1 Cost.) o costituzionali (ai sensi dell'art. 138, comma 2, Cost.)⁸⁶.

3.1.2 (segue) I Comuni.

La situazione dei Comuni era diversa rispetto a quella degli enti regionali, perché formalmente erano privi di una propria attribuzione di potestà di normazione primaria. Ciò gli impediva di potere essere ritenuti, giuridicamente, titolari di un potere di indirizzo politico⁸⁷. D'altra parte, era stato osservato come fosse in realtà innegabile la titolarità di una potestà generale di indirizzo politico-amministrativo (come, ad esempio, attraverso l'approvazione del bilancio annuale e pluriennale) e di indirizzo amministrativo (come ad esempio, la pianificazione e la gestione del territorio, la politica dei servizi sociali e

⁸⁴ Cfr. F. Teresi, ult. op. cit., pagg. 191 e ss..

⁸⁵ Cfr. G. Cugurra, *L'attività di alta amministrazione*, cit., pag. 296.

⁸⁶ Cfr. M.P. Genesin, ult. op. cit., pag. 298, in particolare nota n. 16 nella quale vengono riportati molti altri esempi di questa possibilità delle Regioni di ingerirsi o, comunque, di contribuire alla formazione dell'indirizzo politico statale.

⁸⁷ Si vedano G. Vignocchi-G. Ghetti, *Comuni e province nell'ordinamento italiano*, Torino, UTET, 1980; G. Palma, *Indirizzo politico statale e autonomia comunale*, Napoli, Jovene, 1974; L. Giovenco, *L'ordinamento comunale*, Milano, Giuffrè, IX ed., 1983; F. Staderini, *Principi di diritto degli enti locali*, Padova, Cedam, 1978.

culturali, la polizia amministrativa, le funzioni sanitarie, l'approvazione dei bilanci delle aziende municipalizzate, etc.). Si evidenzia l'utilizzo dell'espressione "indirizzo politico-amministrativo" (e non di indirizzo politico), la quale è tipicamente utilizzata per definire la funzione riconosciuta agli enti locali per sottolinearsi l'assenza di attività di livello costituzionale da parte degli stessi, poiché agiscono solamente nell'ambito della discrezionalità amministrativa⁸⁸; infatti, *"gli atti sostanzialmente di governo emessi da Comuni e Province (espressione più appropriata di quella 'atti politici') restano formalmente degli atti amministrativi e sono sottoposti al regime dei controlli anche giurisdizionali degli atti amministrativi"*⁸⁹.

3.1.3 (segue) Gli enti pubblici economici e non (enti di gestione ed imprese pubbliche).

Il peso del fenomeno del decentramento istituzionale è stato ulteriormente amplificato dalla possibilità di rinvenire l'esercizio dell'indirizzo non soltanto in capo ai soggetti-organi tradizionalmente intesi per lo Stato (il Parlamento ed il Governo) e ai nuovi enti territoriali già sopra citati (Regioni ed enti locali), ma anche (forse si potrebbe dire, soprattutto) in capo agli enti pubblici e agli enti pubblici economici e, addirittura, da parte del potere giurisdizionale.

In relazione agli enti pubblici si era evidenziato che questi fossero dotati di una necessaria (e non solo meramente eventuale o possibile) funzione di indirizzo derivante dallo spazio di libertà lasciato dal legislatore sia in termini di organizzazione, che in termini di attività, anche con rilevanza esterna all'ente⁹⁰. Sulla rilevanza politica dell'indirizzo espresso da parte degli enti pubblici, però, non vi era una visione concorde. Da un lato, vi era chi riteneva che si trattasse di attività di indirizzo amministrativo intesa nel senso della direzione amministrativa, come nel caso della gestione del personale, dei beni pubblici, dei servizi pubblici, delle risorse naturali, etc.; tale attività avrebbe una rilevanza politica solamente nei momenti costitutivi, modificativi od estintivi, nel senso che l'indirizzo politico verrebbe impresso da parte del Legislatore in questi tre momenti, mentre sarebbe privo di carattere politico l'esercizio "ordinario" dell'attività, il quale per

⁸⁸ Cfr. E. Cheli, La sovranità, la funzione di governo, l'indirizzo politico, cit. pag. 22.

⁸⁹ Cfr. E. Picozza, *Introduzione al diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 2006, pag. 139.

⁹⁰ Cfr. M.S. Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., pag. 607.

questo motivo sarebbe demandato all'ente pubblico⁹¹. Dall'altro lato, vi era chi invece affermava che l'indirizzo amministrativo esercitato dagli enti pubblici assumesse necessariamente una diretta rilevanza politica; questo concetto, che si può serenamente condividere, era stato anticipato già nelle pagine precedenti, si tratta cioè della presa di coscienza del fatto che il rapporto tra l'indirizzo politico e l'attività amministrativa non è descrivibile come una linea verticale (dal politico all'amministrativo), ma come un cerchio, dove politica e amministrazione costantemente si influenzano l'uno con l'altro, laddove gli atti di indirizzo amministrativo *“si inseriscono in modo positivo o negativo, collaborativo o conflittuale, commissivo od omissivo, nel processo di attuazione dell'indirizzo politico del Ministro o dell'ente territoriale vigilante”*⁹².

Proprio questo fenomeno del reciproco condizionamento tra indirizzo politico e indirizzo amministrativo era particolarmente presente negli enti pubblici economici, e, ancora più precisamente, nei c.d. enti pubblici di gestione dipendenti dal Ministero per le partecipazioni statali⁹³; soprattutto in questo ambito, si diceva, si era riscontrato lo scostamento tra la costruzione normativa (che avrebbe voluto la determinazione dell'indirizzo attraverso deliberazione del Parlamento o del Consiglio dei Ministri o del CIPE, Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica, che avrebbe dovuto essere declinato in direttive da parte del Ministro per le partecipazioni statali, le quali, infine, avrebbero dovuto essere concretamente attuate da parte degli enti di gestione) e il dato empirico della prassi, laddove, invece, *“le direttive si formano secondo un processo circolare ascendente e discendente, per cui l'attività di indirizzo era ed è in parte tuttora condizionata dagli stessi enti di gestione”*⁹⁴.

Altri due esempi erano stati formulati per illustrare non solo l'esistenza di un potere di indirizzo in capo agli enti pubblici, ma soprattutto la forza espressa da tale indirizzo capace di instaurare quel rapporto circolare di cui prima si è detto. Si tratta in primo luogo di ENEL, allora impresa pubblica con la veste di ente pubblico economico, che sebbene vedesse le più importanti decisioni di indirizzo politico (quali l'individuazione dei siti per

⁹¹ Cfr. M.S. Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., pag. 111.

⁹² Cfr. E. Picozza, ult. op. cit., pag. 137.

⁹³ Cfr. F. Merusi, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Milano, Giuffrè, 1964, che alle pagg. 222 e ss. descrive il rapporto tra Ministro delle partecipazioni statali ed enti pubblici di gestione da questo dipendenti.

⁹⁴ Cfr. E. Picozza, ult. op. cit., pag. 138, il quale ricorda, citando M.S. Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., pag. 607, che *“la vicenda si è stabilizzata su un indirizzo di politica economica anziché mediante un indirizzo di direzione pubblica dell'economia”*.

la localizzazione della produzione di energia) adottate in seno al Parlamento, in realtà, si era riscontrato che queste decisioni venivano adottate sulla base dell'apporto tecnico fornito dalla stessa ENEL⁹⁵; di fatto, pertanto, si poteva affermare, almeno in parte, che ENEL fosse destinataria di un indirizzo politico che a sua volta era stato determinato (*rectius*, influenzato) dall'indirizzo tecnico-imprenditoriale esercitato dalla stessa in un momento antecedente sia cronologicamente, che logicamente. In secondo luogo, si tratta di Banca d'Italia, su cui si tornerà anche successivamente, la quale all'epoca avrebbe dovuto essere assoggettata al potere di indirizzo del Ministro per il tesoro e del Comitato interministeriale per il credito e per il risparmio, ma di fatto vi erano stati periodi nei quali l'indipendenza politica di cui godeva il Governatore dell'ente le consentiva di esercitare la propria attività di indirizzo politico-economico, in modo avulso dall'indirizzo politico che avrebbe dovuto guidarlo⁹⁶.

3.1.4 (segue) Gli organi giurisdizionali.

Discorso a parte deve essere sviluppato per l'indirizzo esercitato da parte degli organi giurisdizionali. Si era anticipato nei punti precedenti come l'attività di indirizzo possa assumere l'accezione semantica di "decisione continuata, reiterata, coerente e in qualche modo vincolante almeno sul piano dei fatti": è una definizione che l'operatore del diritto può ritenere applicabile nei confronti delle decisioni adottate da parte del Giudice, il quale, nel definire una controversia, prende in esame (eventualmente su stimolo delle parti) i precedenti giurisprudenziali espressi in casi analoghi⁹⁷.

In particolare, il Giudice è portato a motivare la propria decisione sulla base di precedenti conformi oppure a giustificare una propria scelta che si riveli essere difforme dagli stessi. Ebbene, l'attività di indirizzo espressa da parte del Giudice attraverso le proprie pronunce trova spazio tra la normativa creata dal legislatore e la valutazione della fattispecie: in questo ambito di discrezionalità può essere creata una regola generale che determina un indirizzo sia a livello organizzativo, che a livello funzionale.

⁹⁵ Cfr. E. Picozza, ult. op. cit., pag. 139.

⁹⁶ Cfr. E. Picozza, ult. op. cit., pag. 140.

⁹⁷ Cfr. P. Chiassoni, *Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto*, P. Comanducci-R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto*, Torino, 2004, pagg. 75 e ss. distingue tra "precedente-*ratio decidendi*" che è la parte relativa al principio di diritto individuato dalla decisione, il "precedente-dispositivo" che è la parte decisoria della pronuncia e, infine, la "sentenza-precedente" che è la pronuncia adottata in passato da altro Giudice che viene utilizzata come parametro per la decisione di un caso analogo o simile.

L'indirizzo funzionale è quello prima indicato, ovvero l'indirizzo espresso da parte del Giudice nell'esercizio della propria attività tipica giurisdizionale, il quale trova la propria dimensione principale laddove viene espresso da parte degli organi apicali del plesso giurisdizionale di appartenenza, come previsto dallo stesso legislatore (la c.d. funzione nomofilattica delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione o dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato o delle Sezioni Riunite della Corte dei Conti⁹⁸). Dal punto di vista organizzativo, invece, l'indirizzo può essere esercitato, attraverso atti tipicamente giurisdizionali (quali ordinanze e decreti), ma anche attraverso atti amministrativi veri e propri (quali circolari, istruzioni, avvisi, linee guide, etc.), la formazione annuale dei collegi, la formazione della decisione, l'ordine di trattazione dei giudizi sulla base dell'urgenza rilevata negli stessi, etc.; si pensi a questo proposito, alle Linee guida adottate dal Presidente del Consiglio di Stato Patroni Griffi “*sull'applicazione dell'art. 4 del D.L. n. 28/2020 e sulla discussione da remoto*” che sono intervenute con urgenza al fine di dare una indicazione esplicativa delle novità normative introdotte dal Legislatore emergenziale per lo svolgimento delle udienze da remoto a causa dell'epidemia da Covid 19, cercando di indirizzare contemporaneamente sia i collegi giudicanti, che gli avvocati ad adottare impostazioni interpretative comuni, al fine pratico di evitare problematiche nell'applicazione immediata di un sistema rivoluzionario di tenere l'udienza (ovvero, per via telematica).

Tornando all'indirizzo funzionale, il Giudice nell'esercizio del potere giurisdizionale, attraverso l'adozione dei tipici atti (sentenza, ordinanza e decreto), influenzerebbe non solo i destinatari diretti (cioè, le parti del processo), ma anche altre

⁹⁸ Sul tema la produzione scientifica è amplissima, si vedano tra i tanti contributi i seguenti P. Calamandrei, *La Cassazione civile*, in M. Cappelletti (a cura di), *Opere giuridiche*, Napoli, Morano, 1976, Vol. VI e VII; O. Fanelli, *La funzione nomofilattica della Corte di cassazione*, Foro it., 1988, Vol. I, pagg. 3302 e ss.; A. Proto Pisani, *Su alcuni problemi organizzativi della Corte di cassazione: contrasti di giurisprudenza e tecniche di redazione della motivazione*, Foro it., 1988, Vol. V; C. Consolo, *La funzione nomofilattica della Corte di cassazione, tra nuove (auspicabili) prospettive e (gravi) rischi di deriva dallo ius litigatoris*, Rass. For. 2014, pagg. 621 e ss.; A. Pajno, *Appello nel processo amministrativo e funzioni di nomofilachia*, Riv. trim. dir. proc. Civ., 1990, pagg. 541 e ss.; id., *Nomofilachia e giustizia amministrativa*, Rass. For., 2014, pagg. 641 e ss.; A. Marandola, *La nomofilachia 'orizzontale': prime riflessioni*, Studium Iuris, 2019, n. 1, pagg. 15 e ss.; F. Fracchia-P. Pantalone, *Nomofilachia, uniforme applicazione del diritto e funzioni della Corte dei Conti*, Nuove autonomie, 2019, n. 1, pagg. 95 e ss.; G. Costantino, *Appunti sulla nomofilachia e sulle 'nomofilachie di settore'*, Riv. dir. proc., 2018, n. 6, pagg. 1443 e ss.; id., G. Costantino, *La riforma dell'appello tra nomofilachia e 'hybris' (Nota a Cass., ord. 17 aprile 2014, nn.8943, 8942, 8941, 894, e 27 marzo 2014, n.7273)*, Foro it., 2014, pagg. 1451 e ss.; G. Insolera, *Nomofilachia delle Sezioni unite, non obbligatoria, ma dialogica: il fascino discreto delle parole e quello indiscreto del potere*, Arch. Pen., 2018, vol. 1/S, pagg. 733 e ss.; G. Canzio, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, Dir. Pubbl., 2017, pagg. 21 e ss..

due categorie di soggetti, cioè gli altri Giudici (nomofilachia, come già detto) e tutti gli altri consociati. L'attività di interpretazione della norma, cioè, influenzerà i comportamenti e le scelte future compiute da parte di questi soggetti, i quali faranno affidamento sull'orientamento espresso in passato al fine di prendere le proprie future decisioni. Tale constatazione consente di confermare la definizione di indirizzo applicabile al caso di specie, ma bisogna ora stabilire se si tratta di una nozione meramente esistenziale oppure giuridica e se si possa qualificare in termini di indirizzo politico e/o amministrativo.

Sotto il primo aspetto, è stato sostenuto che l'indirizzo giurisdizionale possieda *“una autonoma forza di produzione di apprezzabili effetti giuridici, anche se questi non possono assimilarsi ai concetti di forza normativa o di imperatività provvedimentoale”*⁹⁹. L'ipotesi sembra potersi condividere: viene ormai pacificamente affermato da parte della giurisprudenza che, in relazione alla responsabilità civile della Pubblica Amministrazione per il danno ingiusto causato dal provvedimento amministrativo illegittimo, ricorre il c.d. errore scusabile, che esclude l'elemento soggettivo della colpa, laddove vi sia un contrasto tra gli orientamenti giurisprudenziali per l'applicazione della norma. In sostanza, quindi, le pronunce giudiziali devono guidare le scelte compiute da parte del dirigente pubblico, poiché se dovesse essere ignorato l'indirizzo così espresso ricorrerebbe la colpa della Pubblica Amministrazione (e dello stesso dirigente pubblico), con la conseguente *“sanzione”* della responsabilità civile¹⁰⁰. In questo caso sembrerebbe che l'indirizzo costituisca una regola giuridica addirittura *“perfetta”*, ovvero alla cui violazione corrisponde l'irrogazione di una sanzione¹⁰¹. Si tratta di un mero esempio che consente di constatare che l'indirizzo espresso da parte del Giudice sia idoneo ad integrare

⁹⁹ Cfr. E. Picozza, ult. op. cit., pag. 119.

¹⁰⁰ Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 12 aprile 2018, n. 2197; id., 13 luglio 2017, n. 3439; id., 6 aprile 2017, n. 1607; id. Sez. VI, 17 febbraio 2017, n. 730; id., Sez. IV, 16 gennaio 2017, n. 190; id., 1 agosto 2016, n. 3464; id., Sez. VI, 28 gennaio 2016, n. 285; id., Sez. V, 18 gennaio 2016, n. 125.

¹⁰¹ E' interessante il caso risolto da Cons. Stato, Sez. IV, 2 marzo 2020, n. 1482, laddove il Giudice Amministrativo ha riconosciuto la colpa della Pubblica Amministrazione che aveva agito adottando una decisione in contrasto con un principio di diritto espresso da parte della Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato pochi mesi prima (*“Nel caso di specie, tuttavia, non vi era più alcun contrasto giurisprudenziale al momento dell'adozione degli atti oggetto del giudizio essendo intervenuto un definitivo chiarimento ad opera dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 1 del 29 gennaio 2016, cioè in una data antecedente all'emanazione delle note di diniego (3 marzo 2016 e 20 giugno 2016). Di conseguenza, la responsabilità dell'Amministrazione può essere affermata avendo la stessa disatteso, in maniera evidente, i criteri di correttezza e di proporzionalità”*).

degli effetti giuridici¹⁰², anche se nella maggior parte dei casi questi hanno solamente una attitudine ad influenzare il comportamento dei terzi, sono cioè “*determinazioni non normative ma giuridicamente rilevanti (perché creano nel destinatario un dovere di tenere comunque conto della determinazione medesima)*”¹⁰³.

Peraltro, si registrano teorie anche più “spinte”, che arrivano ad affermare che i principi di diritto espressi delle Corti superiori costituirebbero una vera e propria norma giuridica¹⁰⁴, laddove la “*nozione di precedente ... si sovrappone pressoché perfettamente con quella di norma giuridica – con questa locuzione generalmente intendendosi ‘il significato di un enunciato in funzione prescrittiva, ricavato a seguito di interpretazione di enunciati contenuti nelle fonti’*”¹⁰⁵; sarebbe proprio il carattere di generalità e di astrattezza del principio di diritto espresso da parte del precedente giurisdizionale a determinare la sua capacità di produrre effetti conformativi esterni (nei confronti degli altri Giudici e dei consociati), con la conseguenza che questo “*finisce per regolare la convivenza*”¹⁰⁶.

Quanto appena osservato, ci porta ad affrontare più precisamente il tema dell’efficacia giuridicamente vincolante dell’indirizzo espresso dal potere giurisdizionale, con riferimento al tipo (o grado) di forza giuridica del precedente¹⁰⁷. E’ noto che rispetto alla tradizionale funzione nomofilattica, rimessa alla autorevolezza e persuasività delle decisioni adottate da parte delle Corti superiori come già sopra

¹⁰² In senso contrario, si veda A. Pizzorusso, *Fonti del diritto. Art. 1-9*, in Comm. C.C., Scialoja-Branca (a cura di), *Disposizioni sulla legge in generale*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 2011, pagg. 705 e ss., il quale parla di una efficacia meramente persuasiva delle sentenze nei confronti della Pubblica Amministrazione. Tale posizione però è fondata anche sull’assenza di una sanzione in caso di violazione del precedente giudiziario: nel testo si è provato a dimostrare che così non è, almeno in alcune situazioni, proprio perché la violazione del precedente “qualificato” quale può essere il principio di diritto espresso dalla Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, espone la Pubblica Amministrazione (e i suoi funzionari) alla responsabilità civile per i danni prodotti dai provvedimenti illegittimi.

¹⁰³ Cfr. E. Picozza, u.t op. cit., pag. 123. Lo stesso Autore, E. Picozza, *Intelligenza artificiale e diritto – politica, diritto amministrativo and artificial intelligence*, Giur. It., 2019, pagg. 1657 e ss., passerà successivamente alla tesi normativa della pronuncia giurisdizionale, dato che “*la normatività della sentenza basata sul richiamo dei precedenti giudiziari, è codificata dal punto di vista sostanziale dall’art. 74 del codice del processo amministrativo (sentenza in forma semplificata): in cui il valore del precedente conforme assurge a requisito essenziale ed autosufficiente della motivazione della sentenza medesima*”.

¹⁰⁴ Si veda A. De Siano, *Precedente giudiziario e decisioni della P.A.*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, pagg. 146 e ss..

¹⁰⁵ Cfr. A. De Siano, *Precedente giudiziario – Il principio di diritto espresso dall’Adunanza plenaria quale norma giuridica*, Giur. It., 2018, n. 7, pagg. 1688.

¹⁰⁶ Cfr. A. De Siano, *Precedente giudiziario – Il principio di diritto espresso dall’Adunanza plenaria quale norma giuridica*, cit. pag. 1689.

¹⁰⁷ Il tema è molto dibattuto da sempre, si veda il contributo risalente di G. Gorla, *Introduzione alla Raccolta di saggi sull’interpretazione e sul valore del precedente giudiziale in Italia*, in Quaderni de ‘Il Foro italiano’, Foro it., 1966, vol. V, pagg. 8 e ss..

richiamato, più di recente il nostro ordinamento è andato alla ricerca di nuovi strumenti che potessero aumentare la prevedibilità del risultato processuale¹⁰⁸, per ottenere, in via finale, maggiore certezza del diritto¹⁰⁹. Vi è stata così l'introduzione di modifiche processuali volte ad aumentare (almeno in apparenza) il grado di vincolatività del precedente giurisdizionale, come ad esempio è avvenuto nel processo amministrativo con la novella dettata dall'art. 99, comma 3, c.p.a.¹¹⁰, che ha previsto che la sezione semplice del Consiglio di Stato che non condivide il principio di diritto espresso dall'Adunanza Plenaria abbia l'obbligo di rimettere nuovamente a quest'ultima la questione, con ordinanza motivata. Non è oggetto della trattazione indagare l'esatta portata di tale norma e di come questa si inserisca nel dibattito tra la sua natura nomofilattica o di precedente vincolante¹¹¹ o di approfondire il rapporto tra gli ordinamenti di *civil law* e di *common law*.

¹⁰⁸ In questo senso osserva, A. De Siano, *Precedente giudiziario – Il principio di diritto espresso dall'Adunanza plenaria quale norma giuridica*, cit., pagg. 1688, “La esigua incidenza del precedente nel caos ordinamentale non sembra imputabile al legislatore, che nella recente stagione di riforme sul potere nomofilattico ha sensibilmente avvicinato l'ordinamento italiano a quelli di common law”.

¹⁰⁹ Cfr. per tutti N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Torino, Giappichelli, 2016. Contestualmente, sulla riduzione dell'efficacia nomofilattica delle Corti superiori interne in considerazione degli effetti prodotti dalle sentenze di Corte di Giustizia dell'Unione Europea a seguito dei rinvii pregiudiziali, si vedano i contributi di F. Patroni Griffi, *La funzione nomofilattica: profili interni e sovranazionali*, Federalismi.it, n. 19/2017; G.P. Cirillo, *La frammentazione della funzione nomofilattica tra le corti Supreme nazionali e le corti comunitarie*, Riv. it. dir. pubbl. com., 2014, pagg. 23 e ss..

¹¹⁰ Per quanto riguarda il processo civile viene in rilievo l'art. 374 c.p.c. relativo alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, introdotto dall'art. 8 del D.Lgs. n. 40/2006, il quale funziona in combinato disposto con l'art. 384 c.p.c. e l'art. 142 disp. att. c.p.c.. Sul tema si vedano, B. Sassani, *Il nuovo giudizio di Cassazione*, Riv. dir. proc., 2006, pagg. 217 e ss.; R. Rordorf, *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano*, in Foro it., 2006, V, pagg. 279 e ss..

¹¹¹ Vi sono Autori che hanno negato l'avvenuta introduzione di un vincolo anche a seguito di tale riforma, con conseguente riconducibilità a mera funzione di nomofilachia da parte dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, tra cui spiccano G. Corso, *L'Adunanza plenaria e la funzione nomofilattica*, Rass. For., 2014, pagg. 633 e ss.; C. Lamberti, *Stare decisis, nomofilachia e supremazia nel diritto amministrativo*, in Giur. It., 2013, IV, pagg. 976 e ss. il quale illustra brevemente come la funzione nomofilattica del Consiglio di Stato non esistesse prima dell'introduzione dei Tribunali Amministrativi Regionali, in quanto svolgeva la funzione di Giudice di unica istanza nel quale l'Adunanza Plenaria svolgeva una attività di risoluzione di conflitti tra le sezioni più che di nomofilachia vera e propria laddove la conformazione ad un orientamento diviene effettivo per la possibilità di contestare la decisione di fronte al Giudice che lo esprime; in sostanza secondo l'Autore: “*L'Adunanza plenaria operava come Sezione super partes, cui far decidere, nel caso di contrasto, l'intera controversia da parte delle Sezioni ovvero rinviare qualunque ricorso allorché il Presidente del Consiglio di Stato ritenesse la questione da risolvere di massima e di particolare importanza(16) dopo l'aggiunta all'art. 45 del reg. proc.*”; F. Patroni Griffi, *Valore del precedente e nomofilachia*, intervento nel Convegno del Consiglio Nazionale Forense *Il valore del precedente nel sistema ordinamentale*, Roma 13 ottobre 2017, poi pubblicato su www.giustizia-amministrativa.it. In senso positivo, invece, si vedano E. Follieri, *L'introduzione del principio dello stare decisis nell'ordinamento italiano, con particolare riferimento alle sentenze dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, Dir. proc. Amm., 2012, pagg. 1237 ss.; R. Caponigro, *La giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nel sistema delle fonti*, Federalismi.it, n. 2/2017; G. Pesce, *L'adunanza*

E' qui di interesse osservare piuttosto gli effetti che la forza del vincolo produce per l'argomento in questione; ebbene, tanto più il precedente giurisdizionale è dotato di un grado maggiore di vincolatività e tanto più l'atto adottato da parte del Giudice avrà portata normativa ed un rilievo politico. Infatti, un precedente strettamente vincolante finirà per sostituire la norma dettata dal legislatore e, quindi, si potrà riscontrare che il Giudice eserciti un indirizzo politico, nel senso che attraverso l'attività di interpretazione della norma espressa con atto legislativo, lo stesso Giudice potrà finire con il rideterminare (anche in minima parte, non è questo che rileva) lo scopo perseguito dalla norma, il quale sarà diverso da quello originariamente voluto dal legislatore.

Si potrebbe obiettare che sempre l'attività interpretativa prevede la produzione di un effetto simile¹¹² ed infatti il tema è da sempre oggetto di massima attenzione da parte della Dottrina (circa la c.d. politicità del Magistrato o la politica del diritto attraverso l'interpretazione della legge, esternata con la sentenza e la sua motivazione¹¹³), poiché l'atto di interpretazione del diritto "è un atto politico"¹¹⁴. Però, nel caso in esame la situazione è radicalmente differente e il punto si pone in modo ancora più marcato. Nell'ipotesi ordinaria la norma è suscettibile di sempre nuove interpretazioni da parte dei

Plenaria del Consiglio di Stato e il vincolo del precedente, Napoli, 2012, il quale svolge un confronto anche con il sistema di *common law* in particolare a pag. 153.

Il quadro è di molto mutato con la sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 23 febbraio 2018, n. 2, la quale ha di molto ridimensionato la portata vincolante delle proprie pronunce, in quanto ha osservato come l'art. 99, comma 4, c.p.a. preveda che possa limitarsi a pronunciare un principio di diritto astratto che dovrà poi essere applicato dal Giudice *a quo* senza che ciò produca giudicato tra le parti, così come dovrà fare in futuro qualsiasi altro Giudice in ogni altra fattispecie, potendosi tutt'al più parlare di "*nomofilachia rinforzata ... una speciale nomofilachia da concentrazione del potere decisorio*" (cfr. E. Sticchi Damiani, *Efficacia nel tempo delle pronunce nomofilattiche dell'Adunanza plenaria*, Dir. proc. Amm., 2012, pagg. 1155-1156).

Quindi, il principio di diritto espresso dall'Adunanza Plenaria è astratto, non può avere effetti di giudicato nemmeno endoprocessuale, dovendo poi il principio essere interpretato per l'applicazione concreta alla peculiarità del caso di specie. Per una completa disamina sulle novità determinate dalla pronuncia citata si vedano, F. Caporale, *Funzione nomofilattica e vincolo del precedente nella giustizia amministrativa*, Giorn. Dir. Amm., 2018, n. 5, pagg. 629 e ss. e A. De Siano, *Precedente giudiziario – Il principio di diritto espresso dall'Adunanza plenaria quale norma giuridica*, cit., pagg. 1687 e ss..

¹¹² Non a caso M. Nigro, *Il Consiglio di Stato Giudice d'appello*, Foro it., 1982, Vol. V, pag. 10, osservava che il Giudice "*fa la legge o qualcosa che somiglia alla legge*".

¹¹³ I contributi sul tema sono molti, ci si limita a riportare quelli ritenuti più significativi E. Betti, *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1971; R. Quadri, *Dell'applicazione della legge in generale: art. 10-15*, Bologna, Zanichelli, 1974; Tarello, *L'interpretazione della legge*, L. Mengoni (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, Giuffrè, 1980; A. Giuliani, *Le disposizioni sulla legge in generale: gli articoli da 1 a 15*, P. Rescigno (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Torino, Utet, 1982; A. Raselli, *Studi sul potere discrezionale del giudice civile*, Milano, Giuffrè, 1975; E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, Giappichelli, 1999; G. Galloni, *La interpretazione della legge: con particolare riguardo ai rapporti fra interpretazione autentica e giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1955.

¹¹⁴ H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1962, pag. 136.

Giudici che nel tempo si troveranno a darvi applicazione nei vari giudizi (rimanendo quindi la norma il parametro di decisione delle controversie, potendo il Giudice discostarsi dai precedenti, per quanto questi siano autorevoli e/o persuasivi). Invece, nell'ipotesi del precedente vincolante la norma è sostituita da questo e, quindi, i Giudici saranno chiamati ad applicare (e ad interpretare) il precedente vincolante e non più la norma dettata dal legislatore¹¹⁵. In questo senso, in modo estremamente significativo, è stato osservato che le sentenze acquisirebbero la qualificazione di “*atti-fonte che si pongono accanto alle cosiddette fonti politiche, anche se presentano caratteri diversi*”¹¹⁶. Due sono stati i casi emblematici che hanno portato il Legislatore (si evidenzia, di emergenza) a correggere con Decreti Legge le pronunce adottate da parte dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ¹¹⁷, re-interpretando in via autentica, la medesima normativa interpretata da parte del supremo consesso amministrativo; in buona sostanza,

¹¹⁵ E' interessante il pensiero di F.P. Luiso, *Il vincolo delle Sezioni semplici al precedente delle Sezioni unite*, Giur. It., 2003, IV, pagg. 817 e ss., che affronta il delicato problema del rapporto di un precedente vincolante con l'art. 101 Cost., laddove questo sostituirebbe la legge come parametro cui il Giudice sarebbe assoggettato. Ricorda l'Autore che in passato si era posta la questione di legittimità costituzionale addirittura dell'art. 65 dell'ordinamento giudiziario, attributivo della funzione nomofilattica alla Corte di Cassazione, e successivamente dell'art. 544 c.p.p. (analogo all'art. 384 c.p.c.); entrambe le questioni furono rigettate da parte della Corte Costituzionale (sentenze Corte cost., 20 dicembre 1968, n. 134; Corte cost., 2 aprile 1970, n. 50; Id., 18 novembre 1970, n. 166), ma il punto evidenziato dall'Autore è che anche l'introduzione di un vincolo “rigido” (ovvero, senza possibilità di discostamento da parte della sezione semplice attraverso un nuovo rinvio alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione) sarebbe legittimo (cioè compatibile con l'art. 101 Cost.) perché “*le regole che disciplinano la funzione esercitata dal magistrato non possono essere contrastate attraverso il richiamo ad una «libertà di pensiero» cui il magistrato certamente ha diritto — come ogni altro soggetto — ma non quando esercita il suo potere pubblico*”. Il motivo per cui si prevede la possibilità di una nuova rimessione della medesima questione non è tanto quindi quella di preservare l'art. 101 Cost., quanto quella di evitare la “*mummificazione delle soluzioni date alle quaestiones iuris. L'evoluzione della giurisprudenza è necessaria, perché è lo stesso ordinamento ad evolversi; perché è la stessa società a cambiare. Solo che l'evoluzione dev'essere guidata e meditata: non può aver luogo con salti in avanti o fughe all'indietro, oppure, sincronicamente, a macchia di leopardo*”.

¹¹⁶ Cfr. E. Follieri – A. Barone, Introduzione, in E. Follieri-A. Barone (a cura di), *I principi vincolanti dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo (2010-2015)*, Padova, Cedam, 2015, pagg. IX e X.

Correttamente rileva E. Picozza, *L'attività di indirizzo della pubblica amministrazione*, cit., pag. 121, che “*da più parti si è contestata la validità, almeno dal punto di vista del valore di giustizia di tale operazione, sostenendosi che la medesima rischia di rendere instabile il dettato legislativo, sostituendo all'indirizzo politico determinato dalla legge, quello determinato dal giudice*”.

V. Marinelli, voce “*Precedente giudiziario*”, in Enc. Dir., Agg., Milano, 2002, 871 e segg., 871-872, offre cautela nell'utilizzo del concetto di fonte con riferimento alle pronunce giurisdizionali nei sistemi di *civil law*, essendo la loro struttura probabilmente incompatibile con quella della fonte.

¹¹⁷ Si è trattato delle pronunce dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato circa l'impugnazione della SCIA/DIA (sentenza 29 luglio 2011, n. 15) e sulla apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica nell'aggiudicazione degli appalti con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (sentenza 31 luglio 2012, n. 31), che sono state superate (o scavalcate o neutralizzate), rispettivamente, dall'art. 6 del D.L. n. 138/2011 e dall'art. 12 del D.L. n. 52/2012, che hanno fornito l'interpretazione autentica delle norme interpretate da parte della stessa Adunanza Plenaria.

*“In ambedue i casi, il Legislatore ha sovrapposto la sua volontà a quella del giudice, impedendo il diffondersi degli effetti delle decisioni ritenute politicamente inopportune”*¹¹⁸.

Sulla base di quanto sinora osservato si può concludere, in linea di massima, che anche il Giudice, a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, è dotato di un potere di indirizzo il quale ha una portata giuridicamente rilevante (e non meramente esistenziale) e che può avere un contenuto politico (più o meno intenso)¹¹⁹, laddove si prenda in considerazione l'attività giudiziaria in senso stretto che produce effetti nei confronti dell'esterno (decisioni adottate con sentenze, ordinanze e decreti), e un contenuto di tipo amministrativo, laddove si prenda in considerazione l'attività organizzativa degli uffici che produce effetti interni all'ufficio giudiziario.

3.1.5 (segue) Il ruolo della Corte Costituzionale.

L'argomento trattato sinora non può che essere completato attraverso un cenno (necessariamente breve data la vastità del tema) sulla qualificazione giuridica dell'attività giurisdizionale della Corte Costituzionale. E' noto che secondo la dottrina del c.d. neocostituzionalismo l'interpretazione costituzionale sia una attività intimamente politica, poiché il Giudice costituzionale è chiamato ad effettuare delle operazioni sostanzialmente politiche (quali l'individuazione dei valori insiti in un principio costituzionale e il bilanciamento tra valori contrastanti e/o il bilanciamento tra principi costituzionali contrastanti), le quali sono state avversate da parte di autorevolissimi pensatori con l'espressione iconica della c.d. tirannia dei valori¹²⁰. In altri termini, la Corte Costituzionale, per il tipo di competenze attribuitegli dalla Costituzione - ovvero lo

¹¹⁸ Cfr. C. Lamberti, ult. op. cit., pag. 978.

¹¹⁹ Circa la politicità della funzione giurisdizionale, la conclusione non può sorprendere in quanto tutt'altro che innovativa, avendo chiaramente espresso tali concetti già il Bassi, il quale ha chiarito (del tutto in linea con le ricostruzioni di Crisafulli e Mortati sopra richiamate) che *“si spiega così come un potere politico – ed in primo luogo il c.d. indirizzo politico generale – possa assumere natura diversa a seconda del modo della sua manifestazione esprimendosi in funzione normativa, amministrativa e giurisdizionale e, talora, anche come in un'attività non qualificabile come funzione”*, cfr. F. Bassi, *Contributo allo studio delle funzioni dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1969, pagg. 71-73.

¹²⁰ Cfr. E. Picozza, *Intelligenza artificiale e diritto – politica, diritto amministrativo and artificial intelligence*, cit., pagg. 1657 e ss., il quale richiama sul punto C. Schmitt, *La tirannia dei valori*, Milano, Adelphi, 2008 e L'ultimo Forsthoff, *Scritti (1961/1969) Scritti di Ernst Forsthoff su Costituzione e Amministrazione tradotti e commentati da Alessandro Mangia*, Padova, 1995.

svolgimento del controllo di legittimità dell'atto legislativo che costituisce atto politico per eccellenza¹²¹ - costituisce indefettibilmente un organo giurisdizionale e, al tempo stesso, politico¹²²; per tale motivo, si è cercato di arginare dal punto di vista dogmatico la portata politica della Corte riconoscendo che la stessa debba agire nel rigido contesto delineato dalla Costituzione, la quale definisce il complesso di fini che devono necessariamente essere perseguiti dalla stessa nell'esercizio della propria azione¹²³, con conseguente possibilità di affermarsi che ciò determinerebbe quell'assenza di libertà nel fine che eliminerebbe la politicità degli atti adottati dall'ente. In realtà si tratta di non soluzioni, posto che *“per restringere il ruolo «politico» della Corte, bisognerebbe infatti delimitare talmente gli spazi di intervento, da renderne marginale la presenza, in un contesto storico-istituzionale caratterizzato da una carente attuazione legislativa dei principi costituzionali”*¹²⁴.

E' indubitabile che la Consulta abbia (o dovrebbe avere) un ruolo di custodia dei valori e dei principi espressi da una costituzione di tipo rigido¹²⁵, per proteggere la minoranza dalla funzione legislativa esercitata dalla maggioranza formatasi in un determinato contesto storico¹²⁶. Si tratta quindi di uno strumento posto a bilanciamento ed equilibrio dei meccanismi democratici, per garantire la c.d. pace sociale¹²⁷; tale fine giustifica l'intrusione di un organo (costituzionale) di controllo dell'indirizzo politico esercitato dalla maggioranza¹²⁸, le cui scelte devono rimanere *“all'interno della cornice*

¹²¹ T. Martines, *Indirizzo politico*, in *Opere I, teoria generale*, Giuffrè, Milano, 2000.

¹²² Cfr. F. Pierandrei, *L'interpretazione delle norme costituzionali in Italia*, Giur. Cost., 1962, 571.

¹²³ Cfr. E. Cheli, *Atto politico, e funzione di indirizzo politico*, cit., pag. 110.

¹²⁴ Cfr. G. Silvestri, voce *Legge (controllo di costituzionalità)*, D.I., 1994.

¹²⁵ Tanto che le è stata attribuita la funzione di “costituente permanente” da A. Spadaro, *Dalla Costituzione come <<atto>> (puntuale nel tempo) alla Costituzione come <<processo>> (storico)*, Quad. Cost., 1998.

¹²⁶ Cfr. V. Crisafulli, *La Corte Costituzionale ha vent'anni*, in N. Occhiocupo (a cura di), *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale: bilancio di vent'anni di attività*, Bologna, Il Mulino, 1978, ricorda che *“poiché la vigente Costituzione è di tipo rigido, configurandosi come una legge superiore e prevalente rispetto alla legge ordinaria, la quale ne è pertanto condizionata e limitata, ecco che il Parlamento non è onnipotente, ma, appunto, limitato”*.

¹²⁷ Cfr. H. Kelsen, *La grantie jurisdictionelle de la constitution (La justice constituionnelle)*, Rev. Dr. Pub. Sc. Pol., 1928, pag. 253.

¹²⁸ E' nota l'avversione di autorevoli pensatori rispetto all'ingerenza che la costituenda Corte Costituzionale avrebbe esercitato sul potere politico espresso dalla maggioranza; si veda ad esempio il pensiero espresso da Palmiro Togliatti durante i lavori dell'Assemblea Costituente, nella seduta del 10 marzo 1947 (pubblicata su www.legislature.camera.it), *“Sulla costituzionalità delle leggi non può deliberare che l'Assemblea nazionale, il Parlamento, non potendo accettarsi altro controllo che quello del popolo. La progettata Corte potrà essere formata degli uomini i più illustri, i più ferrati in materia di diritto costituzionale, ma per non essere essi gli eletti del popolo, non hanno diritto di giudicare gli atti del Parlamento”*.

*di valori e principi delineati dalla Costituzione e da tutti condivisi*¹²⁹. È la focalizzazione sulla funzione di garanzia esercitata dalla Corte Costituzionale, con le forme organizzative e procedurali tipiche della funzione giurisdizionale, che consentirebbe di ritenerla legittimata all'adozione di atti che in via finale producono anch'essi un indirizzo politico¹³⁰, sebbene l'art. 28 della Legge n. 87/1953 dispone l'espressa esclusione di *“ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento”*.

Come noto, sul tema è particolarmente vivace il dibattito relativo alle pronunce c.d. manipolative della Corte Costituzionale (additive, riduttive, sostitutive, paralegislative¹³¹); limitando il discorso alle pronunce additive, con tali sentenze si sanziona l'illegittimità della norma nella parte in cui ha omissa una certa previsione: questa parte della pronuncia *“aggiunge”* o *“crea”* una norma (o una parte di norma) che in precedenza non c'era¹³². Per giustificare questa attività creativa, appunto, si sono sviluppate molteplici teorie tra cui spicca quella celeberrima delle c.d. rime obbligate¹³³, ma è stato altresì evidenziato che la Corte Costituzionale, al fine di rimediare all'inerzia del legislatore che ha sviluppato in modo squilibrato lo Stato sociale, avrebbe avuto il merito di esercitare *“una funzione sostanzialmente normativa e non si dà il dovuto riconoscimento al suo coraggio, se si tenta di fornire alle pronunce additive contorte giustificazioni, che finiscono per essere un omaggio formale ed ideologico alle categorie*

¹²⁹ A. Pisaneschi, *Diritto Costituzionale*, Torino, Giappichelli, II ed., 2017, pag. 567. Sul punto si veda anche L. Mezzetti, *Legittimazione democratica e tecniche interpretative della Corte Costituzionale italiana*, in *Pensamento costituzional*, n. 14, 2012.

¹³⁰ Cfr. G. Zagrebelsky, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Torino, Einaudi, 2005, nonché L. Elia, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, in P. Barile-E. Cheli-S. Grassi, *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1982.

¹³¹ Cfr. T. Martines, *Diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1990, pagg. 592 e ss.. Sul tema anche L. Elia, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, Cedam, 1985, pagg. 313 e ss.; G. D'Orazio, *Le sentenze costituzionali additive tra esaltazione e contestazione*, *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1992, pagg. 74 e ss.

¹³² Secondo G. Zagrebelsky, *Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale: atti*, in AA.VV., *Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Annuario 2002*, Padova, Cedam, 2004, pagg. 67 e ss.: *“bisogna capire che questo giustificato ritengo della Corte, questa sua vocazione a un controllo che si tiene ai margini delle scelte legislative, questa latente comprensione della sua funzione come essenzialmente negativa o distruttiva di leggi, e non positiva e creativa, si scontra con l'incidentalità del controllo di costituzionalità delle leggi: dall'esito del giudizio deve scaturire non solo la risposta al dubbio di costituzionalità circa la legge denunciata, ma anche la norma che il giudice deve applicare per definire nel giudizio le posizioni soggettive delle parti, in modo conforme alla Costituzione”*.

¹³³ Cfr. V. Crisafulli, *La Corte Costituzionale ha vent'anni*, cit., pag. 84.

tradizionali con le quali si era iniziato a studiare, molti decenni addietro, il controllo di costituzionalità delle leggi”¹³⁴.

Si intreccia al tema appena illustrato quello del giudizio di ragionevolezza esercitato dalla Consulta¹³⁵, laddove vi è la difficoltà di tracciare una distinzione marcata tra la violazione e l’insufficiente attuazione dell’art. 3 Cost.: nel primo caso si ha un giudizio di legittimità, mentre nel secondo caso la valutazione è politica. L’equivocità del contesto in cui viene reso il giudizio aggrava il problema, in quanto la Corte dovrebbe limitarsi a vigilare sulle violazioni e non sulle mancate attuazioni del principio di uguaglianza, mentre invece con le pronunce manipolative è molto facile scivolare nell’altro ambito¹³⁶.

Quanto sinora osservato, consente di concludere che la Corte Costituzionale svolge istituzionalmente (ma non sempre) un’attività di indirizzo che ha natura giuridico-normativa (non meramente esistenziale¹³⁷) e che può assumere una qualificazione politica¹³⁸, seppure ciò avvenga nello svolgimento di una funzione di controllo.

3.2. (segue) La tensione tra gli artt. 95 e 97 Cost. porta alle tesi separatista e unionista.

La costituzionalizzazione del principio di imparzialità nell’organizzazione dei pubblici uffici e, quindi, nell’azione amministrativa (art. 97 Cost.) e la conservazione della competenza attribuita al Presidente del Consiglio dei Ministri del mantenimento dell’unità di indirizzo politico ed amministrativo - inteso anche come garanzia del

¹³⁴ Cfr. G. Silvestri, voce *Legge (controllo di costituzionalità)*, in *Digesto delle discipline Pubblicistiche*, IX, Torino, 1994, pagg. 128 e ss..

¹³⁵ Sul giudizio di ragionevolezza i contributi sono molteplici, si rinvia per particolare significatività ai seguenti: L. Paladin., *Considerazioni sul principio costituzionale d’uguaglianza*, Milano, Giuffrè, 1962; G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1988; R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992.

¹³⁶ Cfr. G. Silvestri, ult. op. cit.. In modo molto netto, A. Celotto, *Eguaglianza e ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2557/11.pdf>, osserva che in certi casi “la corte intuisce che, la legge così com’è << non va bene >> e tuttavia non v’è alcun contrasto diretto od esplicito, né indiretto od implicito (attraverso lesione di norme interposte) con la Costituzione, la quale, viene comunque percepita come lesa”.

¹³⁷ E. Picozza, ult. op. cit., pag. 123, osserva che la Corte Costituzionale esercita un indirizzo di tipo meramente esistenziale quando ricorre allo “uso massiccio della dichiarazione di inammissibilità delle questioni di costituzionalità sollevate dal giudice a quo, al fine di snellire il pesante carico di arretrati”.

¹³⁸ Cfr. G. Silvestri, ult. op. cit.: “Del resto, che gli indirizzi della Corte siano destinati ad entrare nel dibattito politico è conseguenza naturale dell’accreciuta influenza che l’organo di giustizia costituzionale esercita sul sistema politico: sia quando si sostituisce al legislatore, sgravandolo di responsabilità sgradite, sia quando corregge processi di attuazione di valori costituzionali, sia quando adotta tecniche di condizionamento meno drastiche, come le «doppie pronunce», formate da un precedente monito ed una successiva sentenza di accoglimento”.

carattere unitario dell'azione della Pubblica Amministrazione (come affermato dalla già citata sentenza della Corte Costituzionale 5 maggio 1959, n. 23) – ha avviato il dibattito dottrinario sulla ricostruzione di una nozione di indirizzo amministrativo che fosse, in alternativa, distinto o ricompreso nella nozione di indirizzo politico¹³⁹.

Come si è visto, fino alla entrata in vigore della Costituzione si era indagato molto il concetto di indirizzo politico, mentre era rimasta meno sviluppata la riflessione sull'indirizzo amministrativo, il quale era stato ricondotto alla direzione politica degli affari generali della Pubblica Amministrazione¹⁴⁰. Emerge invece che l'attività di indirizzo è qualcosa di diverso dalla direzione (ma anche dalla gerarchia); il destinatario della direttiva è obbligato a darvi esecuzione, seppure con uno spazio di discrezionalità per l'adeguamento alla fattispecie (discrezionalità che non sussiste nel rapporto di gerarchia¹⁴¹), mentre il destinatario dell'indirizzo *“ne è quasi sempre responsabile, anche a causa della circolarità che i fenomeni dell'indirizzo assumono dal punto di vista procedimentale, sia in senso ascendente, che in senso discendente”*¹⁴².

Si è anticipato che già la Dottrina della seconda metà dell'Ottocento aveva ben individuato l'essenza del problema della doppia anima dell'indirizzo: da un lato, vi è l'esigenza di unità di azione della Pubblica Amministrazione che porterebbe a dare prevalenza alla portata politica su quella amministrativa; dall'altro lato, vi è l'esigenza dell'imparzialità ai fini del buon andamento, che porterebbe a riconoscere la necessaria separazione tra indirizzo politico e quello amministrativo. La Dottrina che si è soffermata sul tema nell'Italia repubblicana ha di fatto ripreso proprio tali elementi, sviluppando delle tesi dove si è data prevalenza o al momento di unità (c.d. tesi unioniste) o al momento di separazione tra politica e amministrazione (c.d. tesi separatiste).

Partendo da queste ultime, le tesi separatiste hanno come tratto in comune la qualificazione dell'indirizzo amministrativo come c.d. alta amministrazione, che

¹³⁹ M.S. Giannini, *Parlamento e amministrazione*, in *Amministrazione civile*, n. 47-51, pag. 145, si è espresso in questi termini: *“è innegabile che la costituzione repubblicana ha introdotto per la prima volta in modo consapevole, nella nostra storia giuridica, il problema della separazione dell'amministrazione dal governo e della tutela di essa contro l'azione del governo quale organo politico”*.

¹⁴⁰ Era stato già chiarito nei punti precedenti che all'epoca la direzione era intesa in realtà come rapporto organizzativo di tipo gerarchico. Infatti, la direzione arriverà in un momento cronologico successivo, con la crisi dello Stato monolite e l'avvento della pluralità di enti pubblici e di enti di gestione, come ricostruito da G. Marongiu, *La direzione nella teoria giuridica dell'organizzazione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1965.

¹⁴¹ Cfr. G. Marongiu, ult. op. cit..

¹⁴² Cfr. E. Picozza, ult. op. cit., pag. 157.

costituirebbe un punto ideale di raccordo tra l'indirizzo politico e l'amministrazione puntuale¹⁴³, o ancora meglio costituirebbe *“la saldatura tra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa ... tutti gli atti di indirizzo amministrativo risultano a differenza degli atti di indirizzo politico, vincolati oltre che a fini particolari posti nelle leggi ordinarie, a due finalità generali d'ordine costituzionale, che si identificano nel buon andamento e nella imparzialità dell'amministrazione (Art. 97 Cost.)”*¹⁴⁴. Il pensiero al riguardo è stato ulteriormente sviluppato, secondo ricostruzioni estremamente sofisticate che hanno evidenziato come il potere pubblico (distinto tra politico, discrezionale e vincolato) potrebbe esprimersi attraverso le varie funzioni dello Stato (legislativa, amministrativa e giurisdizionale) ben potendo accadere quindi che l'indirizzo politico si manifesti con forma amministrativa (il provvedimento) e viceversa (cioè, il potere discrezionale si esprima con forma normativa)¹⁴⁵. Essendovi, dunque, il problema di dovere identificare l'esatta natura del potere esercitato, a prescindere dalla veste formale della funzione, soccorre il criterio distintivo individuato da Cugurra, secondo il quale *“Il connotato strutturale distingue l'atto di indirizzo amministrativo da quello di indirizzo politico proveniente dalla medesima autorità, quello derivante dal contenuto lo distingue da ogni altro provvedimento discrezionale”*¹⁴⁶.

Diversamente, le teorie c.d. unioniste fanno leva sulla nozione di unità di governo, su cui già molte volte ci si è soffermati durante la trattazione. In particolare, già è stato evidenziato come Crisafulli avesse definito l'attività di indirizzo nella duplice veste della predeterminazione degli scopi che avrebbe dovuto raggiungere lo Stato (indirizzo politico in senso stretto) rispetto, invece, alla definizione degli strumenti più idonei per il perseguimento di tali scopi (indirizzo amministrativo, definito dall'Autore come indirizzo politico minore o alta amministrazione)¹⁴⁷; Mortati sulla stessa linea aveva affermato che lo scopo dell'esercizio della funzione di governo è quello di garantire il perseguimento

¹⁴³ In questo senso, cfr. M.S. Giannini, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1950, pag. 117, il quale però successivamente adoterà una soluzione interpretativa differente affermando che *“l'attività di indirizzo amministrativo generale è l'attività di applicazione e specificazione dell'indirizzo politico, mentre l'attività di alta amministrazione è quella attinente più propriamente all'amministrazione nei suoi problemi generali e anche in quelli di particolari di massima importanza”*, cfr. M.S. Giannini, Voce *Attività Amministrativa*, Enc. Dir., 1958, pag. 990.

¹⁴⁴ Cfr. E. Cheli, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, Giuffrè, 1961, pagg. 160-163. In senso analogo anche A.M. Sandulli, *Governo e amministrazione*, Riv. Trim. dir. pubbl., 1966, pag. 749

¹⁴⁵ Si tratta delle teorie già richiamate di F. Bassi, *Contributi allo studio delle funzioni dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1969, pagg. 71-73.

¹⁴⁶ Cfr. G. Cugurra, *L'attività di alta amministrazione*, Padova, Cedam, 1973, pag. 104.

¹⁴⁷ Cfr. Crisafulli, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, cit., pagg. 37-38.

dell'unità dello Stato, intesa nel doppio significato di unità di fini ultimi dello Stato-comunità (sintesi degli interessi individuali) e di unità di funzionamento degli organi dello Stato-apparato¹⁴⁸. Quest'ultima attività, in entrambe le visioni (Crisafulli e Mortati) è chiaramente una funzione di unità che è servente rispetto alla prima. Ebbene, l'attività di governo, ovvero l'attività che predetermina i fini e gli strumenti per il loro raggiungimento, ha natura squisitamente politica, ma non può essere individuata in via *“distinta dall'attività legislativa o amministrativa, o giurisdizionale, né essa rientra in una di queste, ma si può soltanto distinguere tra un'attività di governo e un'attività 'governata' e l'attività di governo può presentarsi a sua volta, sotto la specie dell'attività legislativa o amministrativa (non di quella giurisdizionale che ha carattere oggettivo e imparziale)”*¹⁴⁹. Altri Autori hanno invece negato il rapporto di legame tra indirizzo politico e amministrativo come di fine e mezzo, affermando che *“la discrezionalità propria dell'atto amministrativo, influisce sull'effetto giuridico dell'atto, mentre lo scopo sociale cui lo stesso tende risulta estraneo”* e concludendo che *“Una distinzione sostanziale, tra indirizzo politico e indirizzo amministrativo, non è dunque possibile, in quanto le nozioni di politica e di amministrazione trovano il loro presupposto nella distinzione dei poteri e delle facoltà in discrezionali e politiche”*¹⁵⁰. Secondo altri, poi, richiamando le tesi dottrinarie di fine 1800, già sopra esposte, l'attività di indirizzo amministrativo è l'indirizzo politico che *“si rivolga ad informare, ispirare e dirigere l'attività dei funzionari”*, affermando, non a caso, che l'art. 95 Cost. nel prevedere un indirizzo politico e amministrativo non avrebbe distinto tra due funzioni (politica e burocrazia), essendo il Governo sovraordinato rispetto alla macchina burocratica¹⁵¹. Come ancora meglio illustrato, tale rapporto di sovraordinazione non consente di distinguere tra le due attività di indirizzo, in quanto può essere individuata una differenziazione *“tra l'aggettivo politico e quello amministrativo: il primo si riferisce ad un'entità libera, il secondo ad un'entità parzialmente vincolata nel fine e quindi discrezionale. Ma l'uno e l'altro confluiscono in una medesima realtà, di cui fanno contemporaneamente parte integrante e che s'identifica con il programma del governo,*

¹⁴⁸ Cfr. C. Mortati, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, cit., pag. 15.

¹⁴⁹ Cfr. G. Miele, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1953, pag. 23, si evidenzia come l'Autore non concordi con le tesi sopra esposte circa la politicità della funzione giurisdizionale.

¹⁵⁰ Cfr. G. Cuomo, *Unità ed omogeneità*, Napoli, Jovene, 1957, pag. 188.

¹⁵¹ Cfr. L. Elia, *Problemi costituzionali dell'amministrazione centrale*, Milano, Giuffrè, 1965, pagg. 31-32.

*nel quale s'inseriscono fini tipicamente politici e fini più strettamente amministrativi, i quali ultimi però mantengono in ogni caso un margine anche esteso di politicità*¹⁵².

In sostanza, *“aderire alla tesi unionista o a quella separatista esprime semplicemente l'applicazione di un postulato ideologico, circa l'unione o la separazione della sfera politica da quella della pubblica amministrazione”*¹⁵³; fino al 1980, il dato normativo non consentiva di concludere a favore delle tesi separatiste, sebbene queste avessero il “fascino” di prevedere un modello logico, ovvero *“quello di un potere politico che decide i fini (più o meno liberamente) e quello di un potere amministrativo che attraverso l'esercizio della discrezionalità accerta e valuta comparativamente gli interessi per il conseguimento dei fini medesimi”*¹⁵⁴.

Come si vedrà nella prosecuzione, sarà proprio la stagione di riforme istituzionali inaugurata negli anni '90 del secolo scorso a cambiare il paradigma normativo e a consentire di tornare a riflettere sulla distinzione tra le due nozioni di indirizzo politico e di indirizzo amministrativo.

3.3. (segue) La crisi delle tradizionali fonti normative primarie e secondarie.

Un terzo ed ultimo punto di novità rispetto al passato è derivato dall'evoluzione naturale della società di massa, certamente influenzata dall'assetto istituzionale pluralistico all'interno della quale si è sviluppata nel secondo dopo guerra. Si tratta del ben noto fenomeno della crisi della “legge”, intesa in senso ampio come crisi delle fonti normative tradizionali di ordine primario e secondario, che consiste nella presa di coscienza della *“impossibilità di una predisposizione eteronoma di tutte le regole dell'azione amministrativa”*, che invece era possibile ancora nella società tardo ottocentesca organizzata nello Stato liberale, nel quale *“per la predisposizione delle regole generale del giuoco bastavano gli atti normativi primari e secondari”*¹⁵⁵; in altri termini, *“gli atti costituenti fonti del diritto in senso tipico e rigido, sono assolutamente insufficienti ad assicurare la governabilità complessiva del sistema ed il governo dei*

¹⁵² Cfr. A. Mannino, *Indirizzo politico e fiducia nei rapporti tra Governo e Parlamento*, Milano, Giuffrè, 1973, pagg. 61-62.

¹⁵³ Cfr. E. Picozza, ult. op. cit., pag. 104.

¹⁵⁴ Cfr. E. Picozza, ult. op. cit., pag. 109.

¹⁵⁵ Cfr. E. Picozza, ult. op. cit., pag. 220.

singoli centri di imputazione di interessi pubblici”¹⁵⁶. Questo fenomeno ha portato un sempre più ampio margine di spazio di “attività libera” in capo alle Amministrazioni, che è stato colmato di fatto dall’esercizio del potere di indirizzo che sempre più si è sviluppato e ha assunto maggiore importanza.

¹⁵⁶ Cfr. E. Picozza, ult. op. cit., pag. 72.

4. La funzione di indirizzo della Pubblica Amministrazione.

Questi fattori, unitamente intesi e tenuti in debita considerazione da parte della migliore Dottrina, hanno portato allo sviluppo della innovativa tesi del c.d. di indirizzo della Pubblica Amministrazione; il contenuto di tale indirizzo “è amplissimo e copre tutti gli spazi dell’attività dei pubblici poteri in cui si rende possibile ed opportuna la delimitazione di criteri generali per la successiva azione: questa è la caratteristica strutturale, l’essenza della natura giuridica della determinazione di indirizzo, a qualunque livello si situi e di qualunque veste si serva”¹⁵⁷. Il potere di indirizzo è attribuito a ciascuna Pubblica Amministrazione e viene esplicitato con atti che di volta in volta potranno avere un contenuto amministrativo, con riflessi politici, o contenuto politico, con riflessi amministrativi; non è tanto ciò ad assumere rilevanza, quanto piuttosto è l’esistenza di un potere della Pubblica Amministrazione con il quale viene posta la “determinazione di una regola generale d’azione dell’attività libera”¹⁵⁸, che è in grado di riempire lo spazio vuoto lasciato dalla crisi della supremazia della legge, soddisfacendo “l’esigenza di un’attività e di una organizzazione formalizzatrice di criteri ed obiettivi intermedi tra la norma ed il provvedimento”, soprattutto nei sempre più delicati settori del governo dell’economia¹⁵⁹. Si tratta, cioè, di una “attribuzione tipica di indirizzo (di volta in volta politico, governativo, amministrativo, economico ...) e ... un’attività di carattere generale e necessaria in ogni pubblica amministrazione, ponendosi subito dopo l’attività normativa primaria ... e prima dal punto di vista logico e cronologico, dell’attività di coordinamento, di direzione e di programmazione”¹⁶⁰.

L’attività di indirizzo così intesa può essere pluriqualeficata, nel senso che si esplica con atti appartenenti a diverse tipologie di categorie (atti legislativi e amministrativi) o si inseriscono all’interno di diverse fasi della procedura (iniziativa, conoscenza/istruttoria, decisoria e controllo), come, a titolo esemplificativo, era stato rinvenuto in capo alla Regione nell’esercizio della funzione di indirizzo urbanistico: “Se la Regione, infatti, da un lato è titolare del potere di indirizzo politico di settore, insito nell’approvazione di leggi organiche sull’assetto ed utilizzazione del territorio; ad un secondo livello essa

¹⁵⁷ Cfr. E. Picozza, ult. op. cit., pag. 212, vedi anche pagg. 110-111.

¹⁵⁸ Cfr. E. Picozza, ult. op. cit., pag. 213.

¹⁵⁹ Cfr. E. Picozza, ult. op. cit., pagg. 158-159.

¹⁶⁰ Cfr. E. Picozza, ult. op. cit., pag. 172.

interviene mediante atti di indirizzo amministrativo (per es. con la fissazione dei criteri generali per la formazione dei singoli strumenti urbanistici); ad un terzo livello mediante attività conoscitiva (ricognizione di un quadro di riferimento territoriale), consultiva, (parere della sezione urbanistica), decisionale (approvazione degli strumenti stessi), di controllo (verifica di conformità agli standard), anche sostitutivo (nomina del commissario ad acta per i Comuni inadempienti)”; in altri termini, l’atto di indirizzo sebbene sia tipico della funzione di indirizzo, non costituisce l’unico modo di esercitare la stessa e anzi questa si esplica con la pluralità di atti sopra individuati¹⁶¹. La conclusione, in realtà, non sorprende date le premesse dogmatiche poste dalle teorie di Crisafulli e di Mortati sull’indirizzo politico richiamate al precedente punto.

4.1. (segue) Il regime giuridico dell’indirizzo.

Dal punto di vista del contenuto, l’attività di indirizzo è innanzitutto una “*determinazione di una regola generale d’azione dell’attività libera*” che, con riferimento ad un segmento libero di attività della pubblica amministrazione, può prevedere criteri ed obiettivi che debbono essere applicati dalla stessa amministrazione (norma organizzativa interorganica) oppure da altre amministrazioni subordinate all’indirizzo (norma organizzativa intersoggettiva)¹⁶².

E’ stato però specificato che la nozione sopra data deve essere intesa precisamente nei suoi termini fondanti; per determinazione, si deve intendere una manifestazione di volontà del pubblico potere con il quale è stata effettuata una scelta tra una pluralità di soluzioni possibili; la regola individuata deve avere carattere generale (come una norma giuridica) e deve disciplinare l’azione in uno spazio di attività (prima) libero; infine, la funzione di indirizzo, laddove normativamente prevista, è doverosa nel suo esercizio (la precisazione è d’obbligo dato che, come si vedrà, in assenza di previsione normativa l’atto di indirizzo potrà sempre essere adottato, ma non avrà efficacia precettiva alcuna¹⁶³).

Il fatto che l’attività di indirizzo sia tesa alla individuazione di una regola che integri il dato normativo ha fatto sì che, nel tempo, il problema di fondo ruotasse intorno allo “*studiare tecniche di partecipazione dei destinatari o di loro organismi di*

¹⁶¹ Cfr. E. Picozza, ult. op. cit., pagg. 230-231.

¹⁶² Cfr. E. Picozza, ult. op. cit., pag. 213.

¹⁶³ Cfr. E. Picozza, ult. op. cit., pag. 213-222.

*rappresentanza o rappresentatività alla stessa elaborazione della regola, sia al fine di assicurare il rispetto del principio democratico, sia per allargare lo spettro delle informazioni e proposte acquisite; momento di particolare rilevanza in procedure che hanno indubbia rilevanza politica*¹⁶⁴; d'altra parte, però, non tutti gli indirizzi debbono effettivamente sfociare in una decisione di carattere politico, tanto che è stato osservato che, anzi, in determinati contesti si rende necessario depoliticizzare la scelta al fine di garantire l'effettività alla decisione adottata: in questi casi, lo spazio svuotato della politica, viene riempito con un indirizzo dal contenuto puramente tecnico¹⁶⁵.

In considerazione, invece, della pluriqualeificazione dell'attività di indirizzo (nel senso che questa può essere esercitata con una pluralità di atti di tipologie molto diverse tra loro), non è possibile stabilire a priori il procedimento di adozione; infatti, se è vero che tipicamente tale funzione viene esercitata con l'atto di indirizzo, è ancora più vero che in realtà la stessa viene esercitata la maggior parte delle volte con atti di diversa natura (atti autorizzativi, di controllo, di vigilanza, normativi, etc.) che precludono ricostruzioni di questo tipo.

Dal punto di vista dell'efficacia giuridica (legale e precettiva) dell'atto di indirizzo, sono state svolte delle notazioni di massimo interesse, secondo le quali l'atto di indirizzo sarebbe da qualificare, più che tra i provvedimenti amministrativi (e, in particolare, tra quelli aventi carattere generale), come atti normativi: *“L'analogia con la norma si coglie nella simile forza attiva e passiva di abrogazione, sia nella creazione di un vincolo di osservanza per i destinatari (per quanto concerne l'efficacia legale) sia nella posizione di una regola che è 'norma' per la pubblica amministrazione, anche se non fonte di diritto*¹⁶⁶. Quindi, l'indirizzo crea un vincolo nei confronti dei propri destinatari che però non ha le caratteristiche tipiche del provvedimento amministrativo (ovvero, la capacità di imporsi unilateralmente grazie all'autoritarità e l'autotutela esecutiva), ma più semplicemente ha un'attitudine ad orientare l'esercizio dell'attività del

¹⁶⁴ Cfr. E. Picozza, ult. op. cit., pag. 224; sul tema, all'epoca, si segnalano G. Amato, *Nuove tendenze nella formazione degli atti governativi di indirizzo*, Riv. Trim. Dir. Pubbl., 1970, pagg. 92-171. Sugli strumenti partecipativi e in generale sull'istituto della partecipazione, si vedano G. Sciullo, *Pianificazione amministrativa e partecipazione*, Milano, Giuffrè, 1984; M.P. Chiti, *Partecipazione popolare e pubblica amministrazione*, Pisa, Pacini Editore, 1977; G. Berti, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975.

¹⁶⁵ Sul tema già all'epoca molto vivo della contrapposizione tra politica e tecnica, si veda G. Guarino, *Tecnici e politici nello stato contemporaneo*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano, Giuffrè, 1962.

¹⁶⁶ Cfr. E. Picozza, ult. op. cit., pag. 237.

destinatario (solitamente una Pubblica Amministrazione) verso una determinata direzione e contenuto; la differenza con il provvedimento è quindi netta, perché affinché l'atto di indirizzo possa essere realizzato abbisogna necessariamente della collaborazione del destinatario contrariamente al provvedimento che, come detto, si impone tipicamente in modo unilaterale.

Circa, poi, l'efficacia precettiva, come si è anticipato, l'atto di indirizzo non è dotato né di efficacia legittimante, né condizionante, né conservativa e né estintiva, poiché l'atto di indirizzo nasce per l'esigenza di dettare una regola che restringa uno spazio libero di azione e non per costituire un presupposto necessario od obbligatorio per l'esercizio dell'azione amministrativa; ciò, però, vuole anche dire che laddove l'atto di indirizzo è stato adottato, l'eventuale provvedimento che verrà a valle ne dovrà tenere considerazione, poiché altrimenti sarebbe illegittimo.

Come anticipato, invece, dal punto di vista dei destinatari, l'atto di indirizzo è tipicamente diretto nei confronti della Pubblica Amministrazione; se ciò è generalmente vero, vi sono però dei casi nei quali l'indirizzo incide su spazi di autonomia privata, come ad esempio quando è stato esercitato nei confronti di enti pubblici economici e abbia ad oggetto ambiti relativi all'attività di impresa ed altri casi in cui gli effetti dell'indirizzo si riverberano direttamente nei confronti dei terzi privati attraverso la mediazione dell'atto applicativo¹⁶⁷.

4.2. (segue) I casi di ISVAP, CONSOB e Banca d'Italia.

I caratteri distintivi dell'indirizzo della Pubblica Amministrazione, come sopra illustrati nella loro ricostruzione astratta e teorica, sono stati individuati sulla base di un'indagine svolta su di ogni tipo di Pubblica Amministrazione (Stato, Regioni, Comuni, Province, Enti pubblici economici e non, etc.), secondo le caratteristiche che ciascuna di queste presentava alla fine degli anni '80 del secolo scorso¹⁶⁸.

L'analisi più interessante - per gli spunti che fornisce sul tema e per la capacità di proiettarsi verso un imminente futuro - è quella rinvenibile sugli enti pubblici di disciplina di settore, ovvero quegli enti (con forma anche di enti pubblici economici) che dettano

¹⁶⁷ Cfr. E. Picozza, ult. op. cit., pagg. 246-250.

¹⁶⁸ Per tale ricostruzione si veda. Picozza, ult. op. cit., pagg. 140-208.

una disciplina pubblica dell'attività di impresa privata attraverso due modalità: la formazione di un ordinamento sezionale e l'adozione di procedimenti dichiarativi ed autorizzatori¹⁶⁹.

Tra questi Enti spiccavano, all'epoca, Banca d'Italia, l'ISVAP (Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni Private e di interesse collettivo) e la CONSOB (Commissione Nazionale per le Società e la Borsa) e l'analisi delle caratteristiche dell'attività di indirizzo svolte da ciascuna di queste, unitamente alle peculiarità distintive degli enti stessi, costituiscono delle chiavi di lettura per il tema oggetto di studio.

Le prime osservazioni in proposito possono essere rinvenute nell'attività di indirizzo nel settore del credito, la quale era di fatto esercitata da parte della Banca d'Italia, sebbene questa formalmente fosse competente esclusivamente della funzione di vigilanza. Infatti, la normativa allora vigente, aveva attribuito la funzione di indirizzo al Ministro del Tesoro e al Comitato interministeriale per il credito (dove il primo avrebbe avuto l'esclusivo compito di esternare le decisioni adottate da parte del Comitato), mentre invece la Banca d'Italia avrebbe dovuto svolgere una attività di mero controllo, attraverso l'Ispettorato¹⁷⁰. Una serie di circostanze - inizialmente riconducibili all'esclusiva operatività degli strumenti normativi relativi alle attività di controllo - aveva determinato una situazione di fatto secondo la quale Banca d'Italia era stata in grado di esercitare una vera e propria attività di governo del credito attraverso l'esercizio del potere di controllo¹⁷¹; tale situazione non è mutata nemmeno successivamente allorché hanno iniziato ad operare gli strumenti normativi relativi all'indirizzo¹⁷². Proprio Banca d'Italia è stata quindi utilizzata come esempio per dimostrare una verità organizzativa di cui si è già trattato, ovvero che la *“capacità per una figura soggettiva di influire, anche al di là delle sue competenze normative, sulle determinazioni dell'autorità formalmente intestataria del potere, dipende in larga misura dal numero e dalla natura delle informazioni tecniche di cui la figura soggettiva medesima è in grado di disporre in via esclusiva. È evidente infatti che, prospettando le informazioni in suo possesso in un modo anziché in un altro, la figura soggettiva in esame può far sì che i suoi punti di vista siano recepiti nel dispositivo del provvedimento finale”*¹⁷³. Per tale motivo, era stato notato che

¹⁶⁹ Cfr. E. Picozza, ult. op. cit., pagg. 190-197.

¹⁷⁰ Cfr. M. Nigro, *Profili pubblicistici del credito*, Milano, Giuffrè, 1969, pagg. 71 e 72.

¹⁷¹ Cfr. M. Nigro, ult. op. cit., pagg. 75-76.

¹⁷² Cfr. M. Nigro, ult. op. cit., pagg. 74.

¹⁷³ Cfr. G. Cugurra, ult. op. cit., pagg. 373-374.

Banca d'Italia, senz'altro in possesso in via esclusiva di un elevato numero di informazioni altamente tecniche, già all'epoca era titolare di una posizione assolutamente particolare che le consentiva di influire o addirittura determinare il contenuto delle decisioni che avrebbero dovuto essere formalmente da altri soggetti (Ministro e Comitato interministeriale), ribaltando così lo schema normativo: Banca d'Italia non era destinataria del potere di indirizzo del Ministro e del Comitato interministeriale, quanto piuttosto ne era l'autore¹⁷⁴. Più precisamente, laddove lo schema normativo aveva previsto due organi di indirizzo – dove il Comitato interministeriale doveva essere l'organo predominante dato che era competente alla fissazione delle direttive per l'azione da fare svolgere a Banca d'Italia, mentre invece il Ministro del Tesoro aveva il compito più limitato di presiedere il Comitato e di esternare le delibere dello stesso con proprio decreto - e un organo di controllo (Banca d'Italia che avrebbe dovuto costituire l'esecutore delle direttive dettate dal Comitato interministeriale)¹⁷⁵ si è verificato un decisivo spostamento dal modello normativo ed *“è venuto assestandosi secondo lo schema del rapporto paritario, necessario e dialettico, tra due organi, un organo dello Stato, un ministro, e un organo posto al di fuori dell'apparato statale, il Governatore della Banca d'Italia”*¹⁷⁶, con l'esautorazione di fatto dell'organo realmente titolare della funzione di indirizzo, ovvero il Comitato interministeriale; infatti, era stato osservato che *“il Ministro per il tesoro e la Banca d'Italia – attraverso la persona del suo Governatore – rappresentano i due soggetti ai quali è affidata, in via pressochè esclusiva, la programmazione dell'attività creditizia”*¹⁷⁷.

Analogamente, anche nel caso dell'ISVAP la competenza specialistica necessaria allo svolgimento dell'attività e all'adozione delle decisioni per il particolare mercato di riferimento ha fatto ritenere opportuno attribuire le funzioni ad un *“ente pubblico strumentale del Ministero del Tesoro, del quale disimpegna le funzioni di vigilanza, conoscenza ed istruttoria, che l'Amministrazione dello Stato non è in grado di svolgere, per l'alta tecnicità del settore”*¹⁷⁸. Ebbene, l'ISVAP, anche se formalmente assoggettato

¹⁷⁴ Cfr. Vitale, *Il modello organizzativo dell'ordinamento del credito*, Riv. Trim. Dir. Pubbl., 1972, pag. 1411.

¹⁷⁵ Cfr. Merusi, *Per uno studio sui poteri della banca centrale nel governo della moneta*, Milano, Giuffrè, 1972, pag. 1428.

¹⁷⁶ Cfr. Merusi, ult. op. cit., pag. 1442.

¹⁷⁷ Cfr. G. Cugurra, ult. op. cit., pag. 376.

¹⁷⁸ Cfr. M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, Il Mulino, 1983, pag. 207.

agli indirizzi di politica assicurativa del C.I.P.E., proprio grazie al tecnicismo delle proprie attribuzioni, ha finito per esercitare un autonomo potere di indirizzo nei confronti degli operatori del settore, anche in questo caso sotto forma di attività di vigilanza, che avrebbe potuto assurgere ad indirizzo (oltre che tecnico ed amministrativo, anche) politico, autonomo rispetto a quello dettato dal C.I.P.E..

Infine, emerge la figura della CONSOB, di cui era stato evidenziato un grado di autonomia particolarmente spiccato grazie alla larga portata della sua legge istitutiva (D.L. n. 95/1978 convertito in Legge n. 216/1978, su cui è intervenuta successivamente anche la Legge n. 281/1985), in quanto non era sottoposta né all'indirizzo dei comitati interministeriali, né a quello del Ministro del Tesoro: da questa autonomia, così come evidenziato per Banca d'Italia, derivava l'autonomia di esercizio di un potere di indirizzo da parte degli organi apicali di CONSOB (Presidente e Commissione); ciò, attraverso l'esercizio di poteri di controllo sul mercato mobiliare e all'adozione di provvedimenti dichiarativi, autorizzatori ed ablatori, ma soprattutto attraverso l'adozione di atti amministrativi generali, aventi una portata essenzialmente normativa. Sul punto è stato osservato che *“la previsione normativa di un potere di autorganizzazione ... comporta di conseguenza autonomia di indirizzo piena; così pure l'attribuzione di un potere precettivo generale che costituisce in alcuni casi applicazione di un metodo di deregulation”*¹⁷⁹.

Questi tre esempi consentono di concludere osservando che sono due i caratteri tipici che permettono ad una Pubblica Amministrazione di esercitare un indirizzo (anche politico) particolarmente intenso (e peraltro anche nei confronti di terzi privati, non solamente nei confronti di altre Pubbliche Amministrazioni): l'elevato grado di autonomia e la tecnicità delle attribuzioni.

Autonomia (di fatto, per l'autorevolezza e la forza dell'organo, o di diritto, per espressa previsione normativa) e tecnicismo fanno sì che l'ente pubblico eserciti un indirizzo proprio (autonomo rispetto ad altri organi politici costituzionalmente rilevanti), anche attraverso atti formalmente non di indirizzo (atti di controllo, vigilanza, autorizzatori, etc.), i quali considerati nel loro complesso imprimono un determinato orientamento al comportamento e alle decisioni dei soggetti destinatari, andando così a

¹⁷⁹ Cfr. E. Picozza, ult. op. cit., pag. 197.

creare una “*determinazione di una regola generale d’azione dell’attività libera*”, secondo la definizione prima data.

4.3. (segue) Il *vulnus* dell’indirizzo: il gap democratico e tutela giurisdizionale.

L’esercizio di un potere di indirizzo della Pubblica Amministrazione, come teorizzato, espone però naturalmente l’ordinamento a delle conseguenze potenzialmente pericolose, anche in termini di coerenza del sistema; è emerso, infatti, che vi sarebbero delle Pubbliche Amministrazioni prive di legittimazione democratica che, di fatto, esercitano un indirizzo che assume connotati politici (più o meno intensi) e che si muove in modo autonomo rispetto invece agli organi politici veri e propri (in quanto tali, investiti della legittimazione democratica). Sono stati quindi evidenziati “*i rischi che l’attribuzione di un potere di determinazione di regole extra normative comporta: innanzitutto la moltiplicazione delle regole; in secondo luogo la rivendicazione vera o presunta della ‘politicalità’ delle questioni; infine la possibilità di usare l’atto di indirizzo come strumento eversivo e comunque modificativo della volontà normativa*”¹⁸⁰.

Si tratta di temi che saranno destinati ad una vera e propria “esplosione” negli anni 90’ del secolo scorso a seguito della introduzione delle c.d. Autorità Amministrative Indipendenti, le quali costituiscono la naturale evoluzione degli enti sinteticamente illustrati al precedente paragrafo in termini di autonomia (*rectius*, indipendenza) e tecnicità delle decisioni. Tali Autorità porteranno alla emersione e, quindi, alla discussione ed analisi di tutti i problemi ora accennati, ovvero quelli relativi alla moltiplicazione delle fonti (c.d. terziarie di portata molto spesso extra normativa, ovvero non strettamente cogenti, tanto da parlarsi diffusamente di c.d. *soft law*), alla depoliticizzazione delle decisioni connotate solamente da tecnica specialistica, al c.d. *gap* democratico in relazione al quale si è cercato di porre rimedio attraverso la partecipazione procedimentale garantita da innovativi moduli e modelli¹⁸¹ e, infine, al tema storico della separazione tra politica e amministrazione.

¹⁸⁰ Cfr. E. Picozza, ult. op. cit., pag. 221.

¹⁸¹ Di lì a poco verranno introdotte le garanzie partecipative disciplinate dagli artt. 7 e ss. della Legge n. 241/1990, anche se con le importanti limitazioni dettate dall’art. 13 di tale Legge, in relazione alla quale è stato ricordato che proprio quell’articolo “*nel testo originario della Commissione, era nato per introdurre una particolare ed avanzata forma di partecipazione per gli atti generali, la c.d. inchiesta o trattazione orale pubblica*” (G. Pastori, *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e autoamministrazione*, in AA.VV., *Scritti in onore di Pietro Virga*, Milano, Giuffrè, 1994, Vol. II, pagg.

Oltre a questi spunti critici, emerge anche il problema della tutela giurisdizionale avverso gli atti di indirizzo. La prima problematica è che di rado un atto di indirizzo viene sottoposto al vaglio del sindacato giurisdizionale: ciò avviene poiché questi sono principalmente destinati nei confronti di altre Pubbliche Amministrazioni¹⁸² mancando così l'occasione del controllo giurisdizionale causato dall'impugnazione dell'atto da parte del privato destinatario (tale ipotesi si verifica solamente grazie all'eventuale intermediazione di un provvedimento applicativo dell'atto di indirizzo). Il secondo aspetto del problema è inerente alla natura stessa dell'atto in questione che, condividendo alcune delle caratteristiche distintive della norma, risulta difficilmente contestabile nella sua essenza di fronte al Giudice Amministrativo. Si fa riferimento non tanto al tasso di politicità degli stessi (che in ipotesi potrebbe costituire una preclusione al controllo giurisdizionale), quanto piuttosto alla difficoltà di contestare un vizio di eccesso di potere perché *“a differenza degli altri atti amministrativi generali, la legge non predetermina in modo tipico il contenuto dell'atto di indirizzo, ma piuttosto ne individua i criteri e gli obiettivi da conseguire”*¹⁸³, così rimanendo a disposizione solamente i parametri formali (e non sostanziali) della incompetenza e della violazione di legge¹⁸⁴.

1315-1316); lo stesso Mario Nigro arriverà a dolersi dell'esclusione avvenuta, proprio per il processo di formazione di quegli atti che *“più pressantemente richiede l'identificazione di tutti gli interessi coinvolti, la loro ponderazione e la loro comparazione”* (cfr. M. Nigro, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in F. Trimarchi (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Milano, Atti del convegno Messina-Taormina 25-26 febbraio, 1990, p.9.

Si pensi, ancora, con specifico riferimento alle Autorità Amministrative Indipendenti alle procedure di c.d. A.I.R., Analisi di Impatto di regolamentazione, il cui obbligo di applicazione è stato introdotto dall'art. 12 della Legge n. 229/2003), ovvero quel tipo di procedure di *rulemaking* di importazione anglosassone (più precisamente statunitensi, cfr. R.B. Stewart, *Administrative law in the twenty-first century*, NYU Law Rev 437, 2003) che consentono la preventiva consultazione dei c.d. *stakeholders* (ovvero, coloro che hanno interessi specifici nella “posta in gioco”, anche se non dispongono di un potere formale di decisione (cfr. A. La Spina - S. Cavatorto (a cura di), *La consultazione nell'analisi di impatto della regolazione*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2000, p. 11); procedure ampiamente stimolate sia da parte della Commissione Europea (con il Libro Bianco sulla riforma delle istituzioni e delle politiche europee) che da parte dell'OCSE (con i decaloghi sui principi di *better regulation*, come la Recommendation of the Council of the Oecd on improving the quality of government regulation, Paris, Oecd e la Regulatory impact analysis: best practice in Oecd countries, Paris; Oecd).

¹⁸² Cfr. E. Picozza, ult. op. cit., pag. 239.

¹⁸³ Cfr. E. Picozza, ult. op. cit., pag. 238.

¹⁸⁴ Il tema della tutela giurisdizionale è molto ampio e, per motivi legati alla trattazione, non è possibile affrontarlo in questa sede, rimandandosi dunque alla ampia dissertazione di E. Picozza, ult. op. cit., Sezione V, pagg. 255 e ss..

Capitolo Secondo

La politicità dell'indirizzo amministrativo.

Sommario: 1. La necessità di revisione dell'attività di indirizzo amministrativo, a seguito delle riforme della Pubblica Amministrazione negli anni '90 del XX secolo. – 2 Il c.d. *New Public Management* (NPM) alla base delle riforme strutturali della Pubblica Amministrazione italiana. – 2.1 La versatilità del NPM nell'esperienza inglese, statunitense, francese e tedesca – 2.2. La convergenza delle democrazie occidentali verso un modello misto di rapporto tra politica e burocrazia. – 3. L'attività di indirizzo nel nuovo rapporto tra politica e amministrazione disegnato dalle riforme italiane ispirate al *New Public Management*. - 3.1. L'impossibilità concettuale, prima ancora che giuridica, della separazione netta tra politica e amministrazione: la ricerca del punto di equilibrio. - 3.2. Dal modello gerarchico a quello direzionale. - 3.3. Il modello della c.d. interconnessione basato sul principio della autonomia. - 3.3.1. La riforma dell'Amministrazione statale: la partecipazione dei dirigenti (apicali e generali) alla formazione dell'indirizzo politico-amministrativo dettato dal Ministro. - 3.3.2. (segue) Ancora sugli uffici di *staff*: il ruolo decisionale del Capo di Gabinetto secondo la teoria economica della relazione di Agenzia. - 3.3.3. Nella sfera di competenza dirigenziale rientrano specificamente alcune attribuzioni di indirizzo. - 4. L'attività di indirizzo dell'Amministrazione statale. - 4.1. L'indirizzo (politico)amministrativo come strumento di necessaria predeterminazione delle decisioni amministrative. - 4.2. L'attività di indirizzo ministeriale: indirizzo politico/amministrativo o alta amministrazione. - 4.3. La natura dell'attività gestionale dei dirigenti generali e non. - 4.3.1. La politicità dell'indirizzo amministrativo dirigenziale. - 4.3.2. L'attività di indirizzo degli amministrati. - 4.3.3. Gli strumenti di legittimazione politica degli organi burocratici. - 4.3.4. (segue) La fiducia *sui generis* verso il Segretario comunale ne legittima il ruolo "propositivo" nella formazione dell'indirizzo politico-amministrativo. - 5. Globalizzazione e tecnica: crisi della sovranità e della decisione politica. - 5.1. L'attività di regolazione delle Autorità indipendenti. - 5.2. La normazione tecnica dei privati. – 5.3. La legittimazione democratica dal basso.

1. La necessità di revisione dell'attività di indirizzo amministrativo, a seguito delle riforme della Pubblica Amministrazione negli anni '90 del XX secolo.

La quarta fase storica per lo studio del fenomeno dell'indirizzo amministrativo è riferibile alla stagione di riforme che ha interessato la Pubblica Amministrazione a partire dagli anni '90 del secolo scorso. Gli esiti delle indagini compiute dalla migliore Dottrina prima di tali riforme sono stati rivisti alla luce del profondo cambiamento del tessuto normativo inerente alle funzioni di indirizzo e di gestione attribuite agli organi delle Pubbliche Amministrazioni.

In particolare, la teorizzazione dell'attività di indirizzo della Pubblica Amministrazione – secondo la quale ogni Pubblica Amministrazione è titolare di una funzione di indirizzo tesa alla determinazione di una regola generale d'azione dell'attività libera, tendenzialmente dettata nei confronti di altre Amministrazioni - ha portato al raggiungimento di una conclusione, fondata su di un presupposto.

Il presupposto¹⁸⁵ era la impossibilità, sulla base del quadro normativo allora vigente, di potere accedere alle c.d. teorie separatiste. Si ricorda che si tratta di quelle teorie secondo le quali l'indirizzo amministrativo e l'indirizzo politico sarebbero attività diverse; più precisamente, l'indirizzo amministrativo è essenzialmente fatto coincidere con l'alta amministrazione, ovvero quella attività di congiunzione ideale tra l'organo politico (che detta l'indirizzo politico) e la macchina burocratica (che adotta gli atti di amministrazione puntuale). Il punto debole di tali tesi, come già analizzato, è che la formazione del c.d. indirizzo politico non avviene sulla base di un processo di tipo verticale (discendente), nel senso che tale indirizzo viene determinato dall'organo politico e applicato meramente dall'organo burocratico, ma piuttosto si riscontra quel processo circolare (ascendente e discendente) nel quale l'indirizzo politico si forma attraverso la partecipazione indistinta (o indistinguibile) tra i due organi: i fini condizionano i mezzi, che ne sono a loro volta condizionati. A ciò si aggiunge la complicazione ulteriore dettata dalla pluriqualficazione degli atti con i quali l'indirizzo politico può essere espresso (legislativi, amministrativi e addirittura giurisdizionali), profilo che si acuisce laddove vi siano organi politici titolari anche di funzioni amministrative, come il Ministro. Si era, quindi, ritenuto di dovere aderire alle tesi unioniste, estremamente variegate al loro interno ma tutte unite dall'idea che l'indirizzo amministrativo debba essere ricondotto all'interno dell'indirizzo politico secondo la nozione di unità di governo, intesa nella duplice accezione di predeterminazione dei fini ultimi dello Stato (indirizzo politico in senso stretto) e di definizione degli strumenti necessari al raggiungimento di tali fini (indirizzo amministrativo, definito da Crisafulli come indirizzo politico minore o alta amministrazione).

Come già detto, *“aderire alla tesi unionista o a quella separatista esprime semplicemente l'applicazione di un postulato ideologico, circa l'unione o la separazione*

¹⁸⁵ Il tema è trattato al precedente punto 4.2. del precedente capitolo, al quale si rimanda.

della sfera politica da quella della pubblica amministrazione”¹⁸⁶; ebbene, la scelta a favore delle tesi unioniste è stata sottoposta a revisione, in conseguenza delle riforme (a partire dalla Legge n. 400/1988, passando per il D.Lgs. n. 142/1990, cui è seguito il D.Lgs. n. 267/2000, e per arrivare al D.Lgs. n. 29/1993, cui è seguito il D.Lgs. n. 165/2001) che hanno cercato di rafforzare nell’ordinamento italiano la separazione tra politica e amministrazione basata su di una distinzione tra l’attività di indirizzo esercitata dagli organi politici e l’attività di gestione esercitata dagli organi burocratici (dirigenti), nonché di idonee misure organizzative atte a mantenere la distinzione (come, ad esempio, il c.d. *spoils system*). Bisognerà però cercare di capire la natura dell’indirizzo esercitato da parte degli organi politici (è indirizzo politico o politico/amministrativo secondo l’accezione appena data?) e la natura delle funzioni di gestione attribuite al dirigente (ovvero, se questo attraverso l’esercizio delle proprie competenze è comunque in grado di determinare un indirizzo politico, oltre che amministrativo); infine, ci si dovrà interrogare se nell’attività di indirizzo così esercitata può essere individuata effettivamente un’attività di indirizzo amministrativo (anche concettualmente) autonoma rispetto a quello politico.

La conclusione¹⁸⁷ era che l’attività di indirizzo, anche politico, risulta essere esercitata con frequenza ed intensità direttamente proporzionale al grado di autonomia dell’ente (ancor meglio, se questo è depositario di competenze altamente specialistiche); era stato quindi osservato come le attività di indirizzo (amministrativo, politico, tecnico e/o economico) di maggiore interesse erano esercitate fino alla fine degli anni ’80 del secolo scorso da parte di Banca d’Italia, ISVAP e CONSOB, ovvero enti dotati di spiccata autonomia (di fatto o di diritto), a cui era stato delegato l’esercizio di funzioni tecnico-specialistiche in merito alle quali gli organi di controllo politici (Ministro del Tesoro, Comitati interministeriali, etc.) finivano per non riuscire (o rinunciare) ad esercitare la propria funzione di indirizzo. Enti che nel tempo sono stati trasformati (soppressione dell’ISVAP e costituzione dell’IVASS per effetto del D.L. n. 95/2012, convertito in

¹⁸⁶ Cfr. E. Picozza, ult. op. cit., pag. 104.

¹⁸⁷ Il tema è stato trattato al precedente punto 5.2., al quale si rimanda.

Legge n. 95/2012¹⁸⁸) o qualificati (Banca d'Italia¹⁸⁹ e CONSOB¹⁹⁰, a seguito dell'adozione del Testo Unico Bancario, D.Lgs. n. 1993/385, del Testo Unico della Finanza, D.Lgs. n. 58/1998, e della Legge n. 262/2005 di riorganizzazione di Banca d'Italia) come Autorità amministrative indipendenti con ciò estremizzandosi quelle caratteristiche che realizzerebbero le condizioni per l'esercizio di un "forte" potere di indirizzo.

¹⁸⁸ Sulla natura di Autorità indipendente dell'IVASS si vedano le qualificazioni in tale senso della giurisprudenza amministrativa Cons. Stato, Sez. VI, 10 maggio 2013, n. 2568, id., 20 aprile 2017, n. 1858 e TAR Lazio, Sez. II, 2 luglio 2019, n. 8653.

¹⁸⁹ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 20 dicembre 2011, n. 6754, in quanto Banca d'Italia "è organismo preposto, in posizione istituzionale di separazione dal plesso governativo, all'espletamento di funzioni di vigilanza e controllo sul settore sensibile del credito e del risparmio"; la qualificazione sembra essere rifiutata però da parte dell'Autorità, "in quanto banca centrale italiana, riveste una posizione unica nell'ordinamento, e per questo motivo risulta difficilmente inquadrabile in più ampie categorie di soggetti pubblici. Pur svolgendo attività di controllo analoghe a quelle delle Autorità indipendenti, e possedendo caratteristiche che ad esse la accomunano, la Banca d'Italia se ne differenzia, oltre che per la sua ben più remota origine, per la molteplicità e complessità delle sue funzioni, per le particolari garanzie che rafforzano la sua indipendenza e per la sua completa autonomia finanziaria, che le consente di operare senza oneri per il bilancio dello Stato e per i soggetti vigilati" (cfr. Audizione del Direttore Generale della Banca d'Italia dott. Fabrizio Saccomanni, resa in data 27 ottobre 2010 nell'ambito della Indagine conoscitiva sulle Autorità Amministrative indipendenti della Commissione I della Camera dei Deputati (Affari costituzionali, della Presidenza del consiglio e Interni).

¹⁹⁰ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 3 settembre 2018, n. 5175: "Nello svolgimento delle sue funzioni - sia di regolazione (in quanto regola e vigila specifici operatori professionali, quali imprese di investimento e alle banche o alle società quotate e di revisione), sia di garanzia (nella parte in cui esercita i suoi poteri sulla attuazione della normativa in materia di individuazione e di repressione degli abusi di mercato) - la Consob opera con un "distacco" sia organico (si pensi alle regole in materia di requisiti dei componenti e di procedure di nomina, come pure delle cause di ineleggibilità e di incompatibilità, nonché della durata in carica) che funzionale rispetto al Governo, al cui indirizzo politico non soggiace, sulla base del vigente quadro normativo".

2. Il modello del c.d. *New Public Management* (NPM) come criterio di ripensamento della gestione della cosa pubblica.

La stagione di riforme che ha interessato la Pubblica Amministrazione italiana sul finire del secolo scorso, sebbene abbia senz'altro risentito anche di fenomeni esclusivamente interni al nostro Paese (come la c.d. Tangentopoli verificatasi nei primi anni '90), ha in realtà delle origini più lontane e radicate in fenomeni globali, come la crisi energetica verificatasi all'inizio degli anni '70, la quale ha portato ad una generalizzata perdita di fiducia dei cittadini nei confronti della gestione pubblica e la presa di coscienza della impossibilità per gli Stati di continuare a sostenere una elevata spesa ai fini socio-assistenziali¹⁹¹.

Da queste problematiche sono scaturite le teorie economiche neo-liberaliste, secondo le quali si sarebbe dovuto superare con decisione il modello di *Welfare State*, ormai economicamente insostenibile per la proliferazione di articolazioni ipertrofiche dello Stato nel tentativo di rincorrere la soddisfazione delle (inesauribili) istanze assistenzialistiche della popolazione. Secondo queste teorie, lo Stato avrebbe dovuto ridurre le proprie competenze ed il proprio organico e, soprattutto, abbandonare quanto più possibile l'intervento diretto nei settori dell'economia, lasciando così libero spazio ai soggetti privati di operare sui mercati, solamente regolati e vigilati dalla mano pubblica; tali principi sono stati sintetizzati in espressioni iconiche quali *rolling back the State* (ovvero, il ritiro dello Stato dall'interventismo diretto¹⁹²) o *a shift in the State from a 'rowing' function to a 'steering' function* (ovvero, il mutamento della funzione dello Stato da interventore/rematore a mero regolatore/timoniere¹⁹³).

L'applicazione pratica delle teorie ha portato a livello globale ad un ripensamento¹⁹⁴ dei sistemi di amministrazione degli Stati delle democrazie occidentali, il quale viene comunemente ricondotto nella ampia formula del c.d. *New Public Management* (NPM)¹⁹⁵. Tale nuovo modello avrebbe dovuto rispondere alle mutate aspettative dei cittadini, i quali a seguito degli eventi cui si è accennato hanno preso coscienza della

¹⁹¹ Cfr. C. Hood, *A public management for all seasons?*, Public Adm., 1991, p. 69.

¹⁹² Cfr. J. Barlow – D. Farnham – S. Horton – F. Ridley, *Comparing Public Managers*, in *New Public Managers in Europe. Public servant in transition*, London, Palgrave Macmillan, 1996, pag. 3.

¹⁹³ Cfr. D. Osborne – T. Gaebler, *Reinventing Government*, Journal of Leisure Research, Arlington, Vol. 27, Fasc. 3, 1995, pagg. 302 e ss.

¹⁹⁴ Cfr. D. Osborne – T. Gaebler, *Reinventing Government*, cit..

¹⁹⁵ Cfr. C. Hood, cit..

necessità di servizi pubblici migliori (maggiore efficacia) a fronte di una minore spesa pubblica (economicità e maggiore efficienza) e ciò attraverso l'avvicinamento, seppure tendenziale, della dirigenza pubblica al modello di gestione dell'impresa privata¹⁹⁶: la creazione di una nuova classe dirigente e il radicale mutamento del modo di gestire la cosa pubblica avrebbero dovuto consentire il raggiungimento di risultati fino a quel momento sconosciuti in termini di economicità, efficienza ed efficacia dell'azione pubblica (principi che nel nostro ordinamento saranno cristallizzati nell'art. 1 della Legge n. 241/1990 sul procedimento amministrativo, poi ridefiniti come le c.d. tre E).

Più precisamente, sono stati individuati in n. 7 punti i tratti caratterizzanti la dottrina del NPM, ovvero: una maggiore professionalizzazione dei dirigenti, l'introduzione di standard espliciti per misurare le *performance* di rendimento, l'introduzione di controlli rigidi sui risultati raggiunti, la disaggregazione delle unità del settore pubblico, l'introduzione di prassi gestionali tipiche del settore privato e, infine, un maggior risparmio nell'utilizzo delle risorse pubbliche¹⁹⁷. Tali principi direttivi avrebbero dovuto consentire il superamento delle criticità riscontrate negli organi politici e burocratici dei sistemi di governo sino a quel momento vigenti: il fenomeno di c.d. "cattura" dei politici ad opera dei gruppi di pressione, con conseguente perseguimento dei loro interessi, invece che dell'interesse pubblico; il problema dell'eccessiva libertà di azione della burocrazia, la quale sfuggendo agli obiettivi dettati dalla politica, perseguiva troppo spesso interessi propri, così mancando consequenzialmente anche gli obiettivi di efficienza ed efficacia della loro azione¹⁹⁸.

2.1. La versatilità del NPM nell'esperienza inglese, statunitense, francese e tedesca.

Il grande successo riscosso dal NPM viene ricondotto alla sua grande adattabilità ai più differenti contesti, poiché "*is not a coherent set of ideas and tools. The labels may be*

¹⁹⁶ Cfr. C. Pollitt - S. van Thiel - V. Homburg, *New Public Management in Europe: adaptations and alternatives*, Basingstoke, Palgrave MacMillan, 2007.

¹⁹⁷ Cfr. J. O'Flynn, *From New Public Management to Public Value: Paradigmatic Change and Managerial Implications*, in *The Australian Journal of Public Administration*, 2007, Vol. 66, n. 3, pag. 354; G.S. Marshall - C. Abresch, *New Public Management*, in *Global Encyclopedia of Public Administration, Public Policy and Governance*, Springer International Publishing, Switzerland, 2016.

¹⁹⁸ Cfr. Walsh, K., *Public Services and Market Mechanisms: Competition, Contracting and the New Public Management*, London, Macmillan, 1995.

the same, but the underlying story differs all the time"; ciò vuole dire che sebbene il modello sia stato teorizzato ed applicato (in prima battuta) nei Paesi anglosassoni (con particolare riferimento agli Stati Uniti, alla Gran Bretagna e alla Nuova Zelanda), in realtà si è poi diffuso in molte delle democrazie occidentali e, in particolare, nei Paesi europei continentali, laddove si è verificato che “*governments pick and choose reforms from the NPM toolbox, adapt them to their own politico-administrative context and systems, or implement them in a different order or time frame*”¹⁹⁹.

La versatilità del NPM ha consentito la sua applicazione in ordinamenti tra loro molto diversi, in termini di ideologie, tradizioni e forme di Stato e di Governo, oltre che ovviamente di organizzazione dell'apparato burocratico; ciò ha determinato, nel tempo, una riduzione delle differenze tra questi sistemi (anche sulla spinta di forti influenze di organizzazioni sovranazionali come la Banca Mondiale e il Fondo Monetario Internazionale²⁰⁰) e l'inizio di una vera e propria convergenza verso un modello comune nei rapporti tra politica e burocrazia, come dimostrano le esperienze inglesi, statunitensi, francesi e tedesche.

Nell'ordinamento inglese la figura tradizionale dell'anonimo e neutrale *civil service*²⁰¹, che si legittimerebbe per la sua posizione di indipendenza ed imparzialità rispetto alla funzione politica, è entrata in crisi portando alla creazione nel 1988 delle c.d. *next steps agencies*, ovvero enti governativi di mera gestione i cui organi apicali sono soggetti esterni alla burocrazia “di carriera”, individuati su base fiduciaria da parte degli organi politici con l'attribuzione di contratti a termine, nei quali sono stati dislocati la maggior parte di funzionari pubblici²⁰²; secondo questo nuovo modello, quindi, si è verificata una netta separazione tra l'indirizzo politico (mediato dall'organo di vertice fiduciario dell'ente) e l'attività di gestione realizzata dai funzionari. Tale separazione a livello di agenzie governative, è però stata compensata a livello centrale dalla riforma

¹⁹⁹ C. Pollit – S. Van Thiel - V. Homburg, ult. op. cit., pag. 3.

²⁰⁰ Cfr. F. Di Mascio – A. Natalini, *Oltre il New Public Management. Le riforme amministrative tra meccanismi e contesti*, Roma, Carocci Editore, 2018, pag. 11

²⁰¹ C. Turpin, *I funzionari civili dello Stato in Gran Bretagna: vecchie realtà e nuove iniziative*, in M. D'Alberti (a cura di), *Studi su Gran Bretagna, Stati Uniti d'America, Spagna, Francia, Italia*, Bologna, Il Mulino, 1994; G.A. Campbell, *The Civil service in Britain*, London, 1965; F.F. Ridley, *The British Civil service and politics: principles in question and traditions in flux*, Parliamentary Affairs, 1983.

²⁰² Cfr. F. Gains, *Implementing Privatization Policies in 'Next steps' Agencies*, Public Administration, Oxford, Vol. 77, n. 4, pagg. 713-730; P. Leyland – T. Woods, *Administrative Law*, Oxford University Press, 2002; A. Adonis, *La riforma della funzione pubblica in Gran Bretagna. Il programma Next Steps*, in Y. Mèny – V. Wright (a cura di), *La riforma amministrativa in Europa*, Bologna, Il Mulino, 1994.

della struttura organizzativa del modello c.d. *Whitehall*²⁰³ (che vedeva la contrapposizione di burocrati professionisti, indipendenti politicamente, ai parlamentari), attraverso la sostituzione della figura del *private secretary* (burocrate professionista indipendente) con quella del *policy adviser*, un dirigente esterno di nomina politica fiduciaria che si pone come anello di congiunzione tra la sfera politica e i burocrati professionisti.

Nell'ordinamento americano, invece, si è avuto un andamento oscillante tra picchi a favore di un sistema amministrativo a più forte trazione politica e quelli a favore della neutralità o indipendenza di un'amministrazione più spiccatamente tecnocratica²⁰⁴.

Nel primo senso²⁰⁵, si riscontra l'introduzione dello *spoils system* già all'inizio del 1800, che ha portato il sistema statunitense a formare sin dai suoi albori una classe dirigente tipicamente influenzata dagli organi politici, garantendo senz'altro l'attuazione dell'indirizzo politico espresso dagli organi democraticamente legittimati, ma dall'altro lato determinando una perdita di capacità professionale in considerazione della necessità di rivolgersi a soggetti esterni (dunque, senza esperienza di gestione della cosa pubblica) per stabilire il giusto legame fiduciario; oltre a ciò, la dequalificazione era favorita dalla temporaneità degli incarichi, conseguente alla loro rotazione. La politicizzazione dei funzionari è stata successivamente incrementata dalla *administrative presidency* della presidenza Nixon e dal controverso *Civil Service Reform Act* del 1978, che ha tentato di introdurre nuovi strumenti per la selezione e la crescita di una burocrazia maggiormente professionalizzata secondo criteri meritocratici, ma ha al tempo stesso incrementato l'importanza dell'elemento fiduciario per l'attribuzione di incarichi dirigenziali, che ovviamente ha determinato una maggiore influenza politica del Governo sugli stessi²⁰⁶.

Questa tipologia di interventi, come detto, si è alternata con altre misure di opposta portata, come il *Pendleton Act* del 1883, il *Lloyd La Follette Act* del 1912, gli *Hatch Acts* del 1939 e del 1940, tutti diretti ad innalzare il livello meritocratico dell'accesso al

²⁰³ Cfr. G.K. Wilson – A. Barker, *The End of the Whitehall Model*, in *West European Politics*, n. 4, 1995, pagg. 130 e ss..

²⁰⁴ G.F. Ferrari, *Pubblico impiego (diritto comparato)*, in *Digesto*, IV ed., 1995, Vol. VIII, pagg. 300 e ss.; M.A. Krasner – S.G. Chabersli, *Il sistema di governo degli Stati Uniti d'America. Profili istituzionali*, Torino, Giappichelli, 1994.

²⁰⁵ J.L. Mashaw, *I funzionari pubblici negli Stati Uniti*, in M. D'Alberti (a cura di), *Studi su Gran Bretagna, Stati Uniti d'America, Spagna, Francia, Italia, Bologna, Il Mulino*, 1994.

²⁰⁶ Cfr. M. Nigro, *Civil Service Reform in the United States*, in *Public Administration*, 1982, pag. 225.

pubblico impiego²⁰⁷; o ancora, l'introduzione di agenzie indipendenti dal Governo in carica con compiti regolatori e sanzionatori riferiti ai diversi settori di mercato, le quali nel tempo sono state qualificate come un vero e proprio quarto potere dello Stato del tutto autonomo, tanto da essere definito come *four headless branch*²⁰⁸. L'attuazione della dottrina del NPM si avrà poi sotto la presidenza Clinton, durante la quale è stato adottato il programma di riforma denominato *National Performance Review*, con il quale, sotto il punto di vista della dirigenza, si è andata enfatizzando la figura del burocrate professionista, mentre invece è stato ridotto ad un ruolo più marginale il dirigente esterno scelto su base fiduciaria a tempo determinato, la cui funzione è essenzialmente quella di collegamento tra gli organi politici e quelli burocratici di gestione²⁰⁹.

Una situazione molto simile a quella statunitense, si ritrova nel, seppur molto diverso, sistema francese; come è noto la burocrazia francese è dominata dai professionisti formati dalle grandi istituzioni statali, quali principalmente la *École Nationale d'administration* e la *École Polytechnique*, la cui alta professionalità e competenza tecnica storicamente li ha resi fortemente autonomi dalle influenze della politica ed anzi molti esponenti di spicco del mondo della politica provengono proprio dai ranghi di questi alti funzionari²¹⁰. Ma anche questa situazione ha subito nel tempo un forte temperamento a favore di una maggiore politicizzazione degli incarichi dirigenziali, attraverso essenzialmente tre strumenti: il potere governativo di affidamento discrezionale di circa 700 incarichi burocratici relativi ai vertici dei Ministeri e degli Enti pubblici, cui è legato anche un potere di revoca²¹¹; l'ampliamento della quota di incarichi

²⁰⁷ Cfr. G.F. Ferrari, ult. op. cit., pag. 320.

²⁰⁸ Cfr. M. Shapiro, *Agenzie Indipendenti: Stati Uniti ed Unione Europea*, Dir. Pubbl., 1996, pagg. 667 e ss.; L.B. Caracciolo, *Funzione amministrativa e amministrazione neutrale nell'ordinamento U.S.A.. Profili comparativi con l'esperienza italiana*, Torino, Giappichelli, 1997, pagg. 65 e ss..

²⁰⁹ Cfr. D. H. Rosenbloom, *Le riforme amministrative USA, 1993-1999*, in G. Gardina (a cura di), *La riforma della Pubblica Amministrazione in Italia e negli USA*, Bologna, Cooperativa Libreria Universitaria Editrice Bologna, 2000.

²¹⁰ Cfr. J. M. De Forges, *Gli alti funzionari in Francia e il ruolo dell'E.N.A.*, in M. D'Alberti (a cura di), *Studi su Gran Bretagna, Stati Uniti d'America, Spagna, Francia, Italia, Bologna, Il Mulino, 1994*, pagg. 113 ss.; S. Laporta, *La formazione della burocrazia. Scuola superiore della pubblica amministrazione ed Ecole Nationale d'Administration: due modelli a confronto*, Dir. econ., 2000, pagg. 125 e ss.; S. Camastra, *Formazione e grandes écoles dell'Alta dirigenza territoriale francese*, Riv. trim. sc. amm., 1993, p. 113 ss.; L. Rouban, *La politica di modernizzazione amministrativa e la trasformazione della pubblica amministrazione francese*, in Y. Mèny – V. Wright (a cura di), *La riforma amministrativa in Europa*, Bologna, Il Mulino, 1994, pagg. 574 e ss.; S. Cassese, *Riflessioni sul posto dell'alta burocrazia in quattro paesi europei*, Quad. Cost., 1985, pagg. 469 e ss..

²¹¹ Cfr. B. Gournay, *L'alta burocrazia in Francia*, Quad. Cost., 1985, pag. 477.

affidabili a soggetti esterni rispetto alla Pubblica Amministrazione²¹²; infine, si è registrato un cedimento dell'indipendenza politica del funzionario pubblico, tanto che, nel tempo, è diventata sempre più rilevante per l'attribuzione degli incarichi dirigenziali la fedeltà politica rispetto a criteri di competenza professionale o tecnica²¹³. Lo scivolamento del sistema francese verso tale maggiore politicizzazione degli organi burocratici, anche se ha destato perplessità e finanche preoccupazioni in alcuni casi²¹⁴, si ritiene che abbia costituito la risposta ad una precisa esigenza di efficientamento della macchina amministrativa, così maggiormente coesa con gli organi politici e, quindi, maggiormente capace di dare esecuzione ed attuazione precisa agli indirizzi politici dettati da parte degli stessi.

Infine, in estrema sintesi, si può osservare che l'ordinamento tedesco²¹⁵ prevede, in via generale, che il ruolo della Pubblica Amministrazione debba essere di meccanica attuazione delle leggi, secondo una stretta aderenza al principio di legalità, cui corrisponde un'ampia disciplina del pubblico funzionario da parte della Legge fondamentale del 1949 (*Grundgesetz*); anche in questo caso, però, tale sistema apparentemente legato in modo rigido al modello weberiano di amministrazione²¹⁶ ha visto l'applicazione nel tempo dei temperamenti a favore della politicizzazione degli organi burocratici apicali, attraverso il riconoscimento del potere di nomina e di revoca da parte degli organi politici, i quali possono scegliere, normalmente, tra i ruoli dei pubblici funzionari²¹⁷, ma vi è anche la possibilità residuale di attribuire l'incarico a soggetti esterni alla Pubblica Amministrazione, anche con contratti a tempo determinato²¹⁸.

²¹² Cfr. J. M. De Forges, ult. op. cit..

²¹³ Cfr. Y. Mèni, *La dirigenza pubblica e l'innovazione amministrativa: il caso francese*, in S. Gambino (a cura di), *Dirigenza pubblica e innovazione amministrativa. Esperienze a confronto*, Rimini, Maggioli, 1992, pag. 89.

²¹⁴ Cfr. Y. Mèni, *Istituzioni e politica: le democrazie: Stati Uniti, Francia, Gran Bretagna, Italia e Repubblica Federale Tedesca*, Rimini, Maggioli, 1990, pag. 495.

²¹⁵ Cfr. H. Siedentopf, *The public Service*, in K. König - H.J. Von Oertzen - F. Wagener (a cura di), *Public Administration in the Federal Republic of Germany*, Baden-Baden, Nomos, 1981; M. Rober, *Germany*, in D. Farnham - S. Horton - J. Barlow - A. Handeghem (a cura di), *New Public Managers in Europe. Public servants in transition*, 1996.

²¹⁶ Cfr. M. Weber, *Economia e Società*, Milano, Edizioni di Comunità, 1961.

²¹⁷ Si parla del c.d. *politische beamten*, ovvero di funzionari politici, cfr. S. Fabbrini - S. Vassallo, *Il governo: gli esecutivi nelle democrazie contemporanee*, Laterza, 2002, pag. 201.

²¹⁸ Cfr. G.F. Ferrari, *Pubblico impiego (diritto comparato)*, cit., pag. 319.

2.2. La convergenza delle democrazie occidentali verso un modello misto di rapporto tra politica e burocrazia.

Condivisibilmente, è stato quindi osservato come la diffusione del NPM, avvenuta alla fine del secolo scorso, nelle democrazie occidentali ha portato ad *“una tendenza all’abbandono dei modelli radicali ... Modelli che impongono, da un lato, una netta separazione tra la sfera politica e quella tecnica, capace di favorire la nascita di sottoordinamenti autonomi e isolati; dall’altro, una totale sovrapposizione tra le diverse sfere funzionali, fuse in un blocco di competenze indistinte, consegnate al primato della politica. Viceversa, quasi ovunque sembra prevalere un modello misto, all’interno del quale i pregi dell’approccio monista e dualista si fondono, dando vita ad una formula intermedia che consente di legittimare l’amministrazione pubblica in termini democratici, e al tempo stesso, di garantire l’esercizio autonomo e professionale della funzione amministrativa”*²¹⁹.

Pur partendo da differenti tradizioni e retaggi storico-giuridico-culturali, tutti questi modelli a seguito dell’applicazione del NPM hanno condiviso la individuazione di meccanismi di coesione tra i due sistemi atti garantire che gli organi burocratici non rimangano isolati dal potere politico e, al tempo stesso, che gli organi politici non invadano le competenze burocratiche, prevaricandole con gli interessi di partito. Lo strumento di compromesso maggiormente utilizzato e riscontrabile è la creazione di una vera e propria cerniera tra gli organi politici di indirizzo e gli organi burocratici di gestione, individuata negli organi burocratici apicali a nomina fiduciaria (siano essi individuati in burocrati professionisti, che in soggetti esterni alla Pubblica Amministrazione, assunti attraverso contratti a tempo determinato), essendo assodato che *“i posti più importanti di responsabilità decisionale siano in mano a funzionari di nomina politica e che ai burocrati siano invece riservati solo quei posti che assicurano l’attuazione concreta di tali decisioni”*²²⁰.

Pertanto, si può affermare che la modernizzazione della gestione della cosa pubblica diretta alla ricerca delle c.d. tre E ad opera della NPM ha portato nelle diverse democrazie occidentali a constatare che una netta cesura tra politica e amministrazione,

²¹⁹ Cfr. G. Gardini, *L’imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell’amministrazione contemporanea*, Milano, Giuffrè, 2003, pag. 187.

²²⁰ Cfr. B.G. Peters, *La pubblica amministrazione: un’analisi comparata*, Bologna, il Mulino, 1999, pag. 302.

prima ancora che essere difficile da realizzare, è sostanzialmente controproducente, poiché porta, contrariamente alle aspettative, a dei risultati di inefficienza ed inefficacia.

Infatti, le tendenze tecnocratiche (cioè, un separatismo rigoroso), oltre a presentare degli evidenti problemi in termini di deficit democratico, sono state frenate dal riscontro dell'inefficienza di un'azione amministrativa troppo autonoma dal potere politico, tanto da non realizzarne gli indirizzi²²¹. Peraltro, si aggiunge che, con ogni probabilità, un sistema di questo tipo sarebbe irrealizzabile, poiché gli organi tecnocratici inizialmente neutrali, in quanto “sciolti” dall'influenza politica, nel tempo andrebbero a colorarsi nuovamente di un contenuto politico, ovvero si assisterebbe ad una vera e propria “*politicizzazione partitica di entità fino ad allora neutrali*”²²²: la politica costituisce un elemento naturale ineliminabile e, pertanto, se si dovesse tentare di rimuoverla artificialmente, questa si ripresenterebbe sotto diverse spoglie.

Anche l'operazione inversa (ovvero, una sovrapposizione radicale della politica alla burocrazia) sarebbe allo stesso modo destinata al fallimento, non essendo possibile ipotizzare un corpo burocratico assoggettato integralmente al potere politico come dimostrato dal sistema statunitense, laddove è stato riscontrato che l'applicazione indiscriminata dello *spoils system* determinava una insostenibile dequalificazione della categoria dirigente e la rottura della continuità dell'azione amministrativa, con conseguente naufragio dei risultati della stessa²²³.

In altri termini, quindi, il braccio non può operare senza la testa e viceversa; vi deve quindi essere una virtuosa convivenza tra questi due organi: politica e burocrazia non possono essere regolate attraverso la netta cesura o separazione per le ragioni anzidette, dovendosi piuttosto ricercare la “*organizzazione della continuità tra l'una e l'altra, in vista di un equilibrio ragionevolmente accettabile e storicamente adeguato*”²²⁴. Questo può avvenire (e questa strada è stata infatti percorsa) attraverso l'adozione di due diversi strumenti: una separazione di competenze tra gli organi politici e burocratici (cui rispettivamente sono state attribuite in via esclusiva le funzioni di indirizzo e di gestione) e l'adozione di specifiche misure organizzative (come ad esempio, un misurato utilizzo

²²¹ Cfr. M. Manetti, *Poteri neutrali e costituzione*, Milano, Giuffrè, 1994.

²²² Cfr. C. Schmitt, *Il custode della costituzione*, Milano, Giuffrè, 1981, pag. 154.

²²³ Per una critica al sistema, si veda S. Cassese, *Maggioranza e minoranza: il problema della democrazia in Italia*, Milano, Garzanti, 1995, pag. 77.

²²⁴ Cfr. D. Sorace, *Politica-amministrazione. Discrezionalità-autorità*, Amm., 1989, pag. 241.

dello *spoils system* per gli organi apicali e la c.d. fiducia tecnico-politica nei confronti dei titolari degli organi burocratici).

3. L'attività di indirizzo nel nuovo rapporto tra politica e amministrazione disegnato dalle riforme italiane ispirate al *New Public Management*.

3.1. L'impossibilità concettuale, prima ancora che giuridica, della separazione netta tra politica e amministrazione: la ricerca del punto di equilibrio.

Storicamente il principio di legalità e la costruzione democratica degli ordinamenti occidentali ha fatto sì che a partire dalla Rivoluzione francese la burocrazia moderna fosse improntata al modello legal-razionale, secondo il principio della *rule of law*²²⁵: il burocrate deve accedere al pubblico impiego e poi avanzare di carriera per criteri meritocratici, così come la sua eventuale rimozione (licenziamento o revoca dell'incarico) può avvenire solamente al ricorrere di situazioni oggettive, senza alcuno spazio per elementi discrezionali o fiduciari. Da quel momento, si è andata affermando la dicotomia politica e amministrazione che ha posto necessariamente l'attenzione dei governanti e dei governati su quale fosse il corretto punto di equilibrio nel loro rapporto, con la conseguente nascita di teorie ed elaborazione di modelli che hanno coperto tutto l'arco delle soluzioni percorribili, da un polo all'altro dei due termini a confronto²²⁶, tanto da essere stato suggestivamente affermato che nel rapporto tra politica e amministrazione si assiste a delle oscillazioni di un pendolo²²⁷.

Quanto osservato al precedente paragrafo è utile per concludere che, in tempi più recenti, quando si è discusso sull'applicazione del principio di separazione tra politica e amministrazione, non si è inteso ragionare circa una rigida distinzione tra le due sfere, ma piuttosto tentare di individuare una soluzione di compromesso utile a raggiungere un virtuoso equilibrio tra il potere politico e la burocrazia, sulla base del presupposto la necessaria distinzione tra gli stessi “*non possa essere descritta in termini di netta separazione, ma [deve conoscere], invece, una insopprimibile area di sovrapposizione e*

²²⁵ Cfr. Y. Mèni, *Istituzioni e politica: le democrazie: Stati Uniti, Francia, Gran Bretagna, Italia e Repubblica Federale Tedesca*, cit., pag. 460.

²²⁶ Si è già ricordato M. Weber, *Economia e Società* cit., secondo il quale il funzionario deve essere legato all'esecuzione imparziale e diretta delle leggi individuate dalla politica, anche al fine di arginare il pericolo di uno straripamento del potere burocratico. In senso analogo, si vedano gli scritti di W. Wilson, *Congressional Government a study in american politics*, Houghton Mifflin Company, New York, 1885, il quale afferma la necessità di distinguere nettamente tra gli organi politici e quelli non politici al fine di rendere più efficiente l'apparato burocratico. A favore di una osmosi tra i due sistemi, invece, R. Putnam, *Atteggiamenti politici dell'alta burocrazia nell'Europa occidentale*, Rivista Italiana di scienza politica, 1973, n. 3.

²²⁷ L'espressione è di G. Falcon, *Riforma della Pubblica Amministrazione e responsabilità della dirigenza*, Le Regioni, XXVI, n. 5, 1998.

che essa operi di conseguenza, come un principio tendenziale di distribuzione della competenza, la cui attuazione richiede flessibilità di strumenti e di soluzioni”²²⁸.

E’ notorio che la nostra Carta costituzionale ha previsto sin dall’origine la necessaria compresenza di queste due anime rappresentate, da un lato, dall’art. 95 Cost. (relativamente al sistema piramidale cavouriano della c.d. *ministerial responsibility*²²⁹) e dall’altro lato dagli artt. 97 e 98 Cost. (secondo i quali gli uffici sono organizzati secondo principi di imparzialità ed il pubblico dipendente è al servizio esclusivo della Nazione)²³⁰; anzi, si è già detto come sia stata questa tensione²³¹ dell’articolato costituzionale ad avere determinato la ripresa della discussione circa il rapporto (unionista o separatista) tra l’indirizzo politico e quello amministrativo²³². L’impossibilità concettuale circa una netta separazione tra le due sfere, posto che l’attività di scelta dei fini si pone in un *continuum* con l’attività di scelta dei mezzi, è quindi ben colta dalla Costituzione italiana che ne detta conseguentemente l’impossibilità giuridica²³³.

²²⁸ L. Torchia, *La responsabilità dirigenziale*, Padova, Cedam, pagg. 14-15.

²²⁹ Cfr. A. Patroni Griffi, *Politica e Amministrazione nella funzione di governo in Italia, Francia e Regno Unito*, European Public Law Series, volume IX, London, Esperia Publications Ltd, 1999.

²³⁰ Cfr. sul punto M. Nigro, *La pubblica amministrazione fra costituzione formale e costituzione materiale*, in *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1996, vol III, pag. 1843, il quale osserva anzi anche un terzo modello di amministrazione delineato dall’art. 5 Cost. secondo il quale l’amministrazione è decentrata, in contrasto con l’art. 95 Cost.; l’Autore quindi afferma che esistono tre distinti modelli di amministrazione “o, se si proferisce, ne troviamo uno che consta di tre parti disomogenee”.

Si evidenzia che M.S. Giannini, *Parlamento e amministrazione*, in *Amm. Civ.*, n. 47-51, pagg. 145 e ss. ha ricordato che “è innegabile che la costituzione repubblicana ha introdotto per la prima volta in modo consapevole, nella nostra storia giuridica, il problema della separazione dell’amministrazione dal governo e della tutela di essa contro l’azione del governo quale organo politico”.

In ogni caso, sulla compresenza nella Costituzione di riferimenti a pluralità di modelli di Pubblica Amministrazione, si vedano L. Torchia, *L’attività amministrativa nella (vecchia e nella nuova) Costituzione*, *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, n. 2, 1995; S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, Garzanti, 1995; M. Nigro, *L’azione dei pubblici poteri. Lineamenti generali*, in G. Amato – A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 1997, pag. 808.

²³¹ Cfr. sul travagliato rapporto tra imparzialità e modello piramidale C. D’Orta – A. Boscati, *Politica e Amministrazione*, in F. Carinici – L. Zoppoli (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, Utet, 2004.

La letteratura sul delicato rapporto politica, amministrazione e imparzialità è molto ampia, si rimanda ai contributi riconosciuti unanimemente come fondamentali: N. Speranza, *Governo e pubblica amministrazione nel sistema costituzionale italiano*, Napoli, Jovene, 1971; L. Carlassare, *Amministrazione e potere politico*, Padova, Cedam, 1974; A. Cerri, *Imparzialità e indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1975; U. Allegretti, *L’imparzialità amministrativa*, Padova, Cedam, 1975; A.S. Agrò, *Rapporti costituzionali tra governo e pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1978; E. Merloni, *Amministrazione ‘neutrale’ e amministrazione imparziale (a proposito dei rapporti tra ‘politica’ e ‘amministrazione’)*, *Dir. Pubbl.*, n. 2, 1997.

²³² Si rimanda al par. 4.2. del primo capitolo.

²³³ Cfr. C. Colapietro, *Politica e amministrazione: riflessioni a margine di un rapporto controverso*, *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2011, n. 171-172.

E' quindi compito del Legislatore stabilire quali debbano essere i termini del rapporto tra la politica e l'amministrazione e tale punto di equilibrio è fondamentale per l'oggetto della presente trattazione, poiché consente di comprendere la natura e la modalità di esercizio dell'indirizzo politico e di quello amministrativo nell'attuale assetto ordinamentale.

3.2. Dal modello gerarchico a quello direzionale.

Nonostante il dettato della Costituzione, il sistema italiano è a lungo rimasto imperniato sul sistema piramidale²³⁴ e, quindi, sul modello organizzativo di tipo gerarchico dello Stato liberale ottocentesco, il quale di fronte ad una società meno complessa di quella post-bellica ha consentito la costruzione di una macchina amministrativa efficace, secondo criteri di sovrapposizione tra la sfera politica e quella burocratica, laddove questa seconda rispondeva ad ordini ed era sottoposta a controlli puntuali sugli atti adottati, nonché non era possibile distinguere una competenza propria (esclusiva) dell'ufficio subordinato²³⁵.

Tale sistema si è andato progressivamente attenuando con l'evoluzione della società e del *Welfare state*, laddove esigenze più complesse e necessità di perseguire interessi molteplici hanno portato, a partire dall'inizio degli anni '70 del secolo scorso, alla riduzione del criterio gerarchico. Il principale intervento in proposito è individuabile nel D.P.R. n. 748/1972 di riordino della dirigenza statale il cui art. 3 comma 1, ha previsto che *“Il Ministro stabilisce le direttive generali alle quali gli organi centrali e periferici dell'Amministrazione devono ispirare la propria azione, nonché i programmi di massima, e l'eventuale scala delle priorità per l'azione da svolgere, nei limiti degli stanziamenti di bilancio e delle rispettive competenze”*²³⁶. Ma la forza persistente della gerarchia si registra ancora proprio nel medesimo articolo del Decreto citato, il cui successivo comma 2 prevede un potere di annullamento per motivi di legittimità e di merito del provvedimento adottato dal dirigente (*“Il Ministro ha facoltà di procedere, di*

²³⁴ Cfr. M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1970, vol. I, pag. 291 e ss.; S. Raimondi, *Dirigenza*, Enc. Giur., Roma, 1988; M.R. Spasiano, *Linee evolutive del rapporto politica-amministrazione tra esigenze di continuità e tentazioni di contiguità*, Nuove Aut., 2010, pagg. 69 e ss..

²³⁵ Cfr. A. Amorth, *La nozione di gerarchia*, Milano, Vita e pensiero, 1936; O. Ranelletti, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1940, pag. 473.

²³⁶ S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1995 osserva che a partire dall'entrata in vigore di questa riforma si ha una progressiva riduzione del sistema gerarchico.

ufficio, entro quaranta giorni dall'emanazione, all'annullamento per vizi di legittimità e alla revoca, o riforma, per motivi di merito degli atti emanati dai dirigenti”), il comma 4 prevede il ricorso gerarchico di fronte al Ministro avverso i provvedimenti dirigenziali per motivi di legittimità e di merito (*“Contro i provvedimenti non definitivi adottati dai dirigenti di qualsiasi qualifica o livello, addetti agli organi centrali o periferici, e' ammesso ricorso gerarchico in unica istanza al Ministro, tanto per motivi di legittimità quanto per motivi di merito”*) e il comma 5 prevede il potere del Ministro di intervenire sui provvedimenti di concessione adottati dai dirigenti (*“Il Ministro ha facoltà, sentito il consiglio di amministrazione, di revocare o modificare, per sopravvenute ragioni di pubblico interesse, i provvedimenti di concessione di durata pluriennale, o rinnovabili o prorogabili, adottati dai dirigenti”*).

Il D.P.R. n. 748/1972 è stato quindi individuato come la pietra su cui è stato costruito un nuovo e diverso sistema organizzativo della Pubblica Amministrazione, non più ispirato al “semplice” criterio gerarchico, ma al principio della c.d. direzione. I poteri residuali individuati in capo al Ministro costituiscono un metodo di chiusura del nuovo modello, secondo il quale, quindi, vi è la per la prima volta una definizione di competenze proprie in capo ad organi burocratici, non più in rapporto di subordinazione rispetto a quelli politici e, per questo, liberi dalla sovrapposizione di competenze, le quali però non sono esclusive (in capo al dirigente) proprio per la persistenza dei poteri ministeriali di annullamento, sostitutivi e di ricorso gerarchico sopra ricordati²³⁷.

3.3. Il modello della c.d. interconnessione basato sul principio della autonomia.

Il Legislatore italiano alle fine del secolo scorso è ulteriormente intervenuto con la radicale riforma della dirigenza pubblica, nonché degli organi di governo centrale e degli enti locali: nel ridisegnare tali rapporti ci si è allontanati ulteriormente dal modello gerarchico, per abbracciare un sistema differente e più complesso, definito della c.d. interconnessione²³⁸ fra politica e amministrazione, il quale costituisce un *“concetto che*

²³⁷ Cfr. M. Nigro, *Riforma dell'amministrazione e riorganizzazione dei Ministeri*, Foro amm., 1974, Vol. II, pag. 608; S. Terranova, *I dirigenti nell'amministrazione dello Stato, secondo la nuova disciplina del D.P.R. n. 748 del 1972*, Foro amm., 1973, pag. 242; F. Trimarchi, *Poteri dei dirigenti e partecipazione*, Riv. Trim. Dir. Pubbl., 1975, Vol. I, pag. 83; M. D'Alberti, *Per una dirigenza pubblica rinnovata*, in M. D'Alberti (a cura di), *La dirigenza pubblica*, Bologna, Il Mulino, 1990.

²³⁸ Cfr. C. Meoli, *Il nuovo ruolo della dirigenza pubblica*, in C. D'Orta – C. Meoli (a cura di), *La riforma della dirigenza pubblica*, Padova, Cedam, 1994.

evidenzia con forza la necessità di un legame permanente tra questi due volti del governo della cosa pubblica”; sugli aspetti di tale modello bisogna soffermarsi brevemente²³⁹.

Scopo di questa riforma, pienamente aderente alle premesse delle teorie economiche neo-liberiste e del modello del *New Public Management*, adattate agli avvenimenti specifici del nostro Paese, è stato quello di intervenire su “*tre convinzioni di fondo: che fosse necessario separare ... la politica dall’amministrazione, anche come reazione ai guasti prodotti da una classe politica screditata e corrotta; che fosse necessario ristabilire la connessione fra azione amministrativa e prodotto amministrativo, ricorrendo a criteri di efficienza che, a torto o a ragione, si ritenevano propri del settore privato; che occorresse, infine, uscire dal regime vigente di diffusa irresponsabilità, distribuendo i compiti e le responsabilità in modo che fosse possibile individuare con chiarezza i soggetti tenuti ad agire e a rispondere della loro azione*”²⁴⁰.

Con ciò avrebbe dovuto essere definitivamente superato il criterio gerarchico, ma anche quello direzionale, per approdare al principio di autonomia il quale comporta “*una tecnica di distribuzione delle responsabilità completamente nuova, basata sulla esclusività della competenza attribuita a ciascun soggetto, sulla differenziazione dei criteri e dei parametri di esercizio delle attribuzioni nelle quali questa competenza si concretizza e sulla contemporanea attivazione di meccanismi di coordinamento e di collaborazione che consentano di mantenere l’unitarietà del sistema nel suo complesso*”²⁴¹.

3.3.1. La riforma dell’Amministrazione statale: la partecipazione dei dirigenti (apicali e generali) alla formazione dell’indirizzo politico-amministrativo dettato dal Ministro.

Il passaggio dal modello gerarchico e da quello direzionale, a favore del modello della c.d. interconnessione, è intervenuto a partire dalla Legge 8 giugno 1990, n. 142, che ha rivoluzionato l’assetto dell’ordinamento degli enti locali (su cui si tornerà successivamente) e dalla Legge delega 23 ottobre 1992, n. 421, che ha disposto i principi per la riforma dell’ordinamento statale.

²³⁹ Cfr. G. Gardini, ult. op. cit., pag. 99.

²⁴⁰ Cfr. L. Torchia, *La responsabilità dirigenziale*, Padova, Cedam, 2000, pag. 7.

²⁴¹ Cfr. L. Torchia, ult. op. cit. pagg. 24-25.

Queste riforme hanno prescelto un modello di separazione tra politica e amministrazione fondato su di un criterio di separazione funzionale delle competenze (ora esclusive) tra Ministro e Dirigenti, laddove il primo esercita una funzione di indirizzo definito espressamente politico-amministrativo di definizione di obiettivi e priorità, mentre i secondi, sotto il controllo ministeriale dei risultati, devono darvi attuazione attraverso il proprio potere di gestione²⁴².

In verità, un primo riferimento, a livello di Governo centrale, al potere di indirizzo attribuito in capo agli organi politici, oltre al già citato D.P.R. n. 748/1972, lo si rinviene già nella Legge 23 agosto 1988, n. 400, “*Disciplina dell’attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri*”, la quale all’art. 2, comma 1, prevede che “*il Consiglio dei Ministri determina la politica generale del Governo e, ai fini dell’attuazione di essa, l’indirizzo generale dell’azione amministrativa*”. Secondo questa definizione, sembra potersi riscontrare la nozione di Crisafulli di indirizzo politico maggiore (politica generale, predeterminazione dei fini dello Stato) e la nozione di indirizzo politico minore (o alta amministrazione, di predisposizione degli strumenti per l’attuazione dei fini così predeterminati). A ciò si aggiunge, ai sensi dell’art. 12, comma 1, l’istituzione presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri della “*Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di*

²⁴² Si richiamano i contributi ritenuti di maggiore interesse sul tema di riparto di competenze politica/burocrazia introdotto dalle riforme degli anni '90 del XX secolo: M. Clarich – Iaria, *La privatizzazione del pubblico impiego. Commento al d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29*, Rimini, Maggioli, 1993; V. Caianiello, *I compiti della dirigenza amministrativa nel quadro costituzionale*, Giur. It., 1993, Vol. IV; S. Amorosino, *Note su alcune configurazioni reali dei rapporti tra direzione politica e dirigenza amministrativa nel contesto italiano*, Foro amm., 1995, pagg. 1151 e ss.; E. Merloni, *Amministrazione 'neutrale' e amministrazione imparziale (a proposito dei rapporti tra 'politica' e 'amministrazione')*, cit.; id., *Commento agli artt. 3 e 14 del d.lgs. 29/93*, in A. Corpaci – M. Rusciano – L. Zoppoli (a cura di), *La riforma dell'organizzazione dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche: (D.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 e successivi aggiornamenti fino al d.lgs. n.80 del 1998)*, *Le nuove leggi civili commentate*, Padova, Cedam, 1999, pag. 1086; A. Zoppoli, *Dirigenza, contratto di lavoro e organizzazione*, Napoli, Jovene, 2000; S. Licciardello, *Profili giuridici della nuova amministrazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2000; S. Russo, *Il management amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2000; L. Angiello, *La valutazione dei dirigenti pubblici. Profili giuridici*, Milano, Giuffrè, 2001; G. Sciullo, *Modelli di disciplina della dirigenza in Italia e profili di fiduciarietà della nomina*, *Le istituzioni del federalismo*, Regione e Governo locale, 1997, pagg. 783 e ss.; G. D'Alessio, *La 'privatizzazione' dei dirigenti generali*, in F. Carinci – C. D'Orta (a cura di), *I contratti collettivi per le aree dirigenziali : ministeri, enti pubblici non economici, regioni, autonomie locali, aziende ed amministrazioni autonome dello Stato, sanità, università, istituzioni ed enti di ricerca*, Milano, Giuffrè, 1998; S. Cassese – S. Battini, *Dall'impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Milano, Giuffrè, 1997; id., *L'attuazione del d.lgs. n. 29/1993; un primo bilancio*, *Giorn. Dir. amm.*, 1996, pagg. 70 e ss.; G. Falcon, *Riforma della Pubblica Amministrazione e responsabilità della dirigenza*, *Le Regioni*, XXVI, n. 5, 1998; L. Rinaldi, *Autonomia, poteri e responsabilità del dirigente pubblico: un confronto con il manager privato*, Torino, Giappichelli, 2002.

Bolzano, con compiti di informazione, consultazione e raccordo, in relazione agli indirizzi di politica generale suscettibili di incidere nelle materie di competenza regionale". Una volta definita da parte del Consiglio dei Ministri la politica generale e l'indirizzo generale amministrativo, è compito del Presidente del Consiglio dei Ministri, in attuazione dell'art. 95 Cost., assicurare che i singoli Ministri diano attuazione agli stessi in proprio (art. 5, comma 2, lett. a) ed attraverso la vigilanza degli enti pubblici e delle aziende, le quali a loro volta devono adeguarsi ai medesimi indirizzi (art. 5, comma 2, lett. f).

Però, tale normativa ci fornisce esclusivamente una generale indicazione di sistema circa l'attribuzione della competenza di indirizzo alla sfera politica (rinvenibile già nell'art. 95 Cost.), non fornendo invece alcuna specificazione utile circa l'esercizio in concreto di questo e dei rapporti degli organi politici con quelli dirigenziali. A tale fine, è invece utile e necessario analizzare i contenuti del Decreto governativo con cui è stata data attuazione alla Legge delega n. 421/1992 già citata, ovvero, il D.Lgs. n. 29/1993 e, in particolare, del suo art. 3, che costituisce la chiave di volta dell'intero sistema; significativamente si evidenzia che questo è stato oggetto di ben tre rimaneggiamenti nell'arco di soli cinque anni, ovvero è stato sostituito prima dall'art. 2 del D.Lgs. n. 470/1993, poi dall'art. 3 del D.Lgs. n. 80/1998 e, infine, dall'art. 1 del D.Lgs. n. 387/1998 (definita come la "seconda privatizzazione della dirigenza pubblica, per l'incidenza delle modifiche apportate"²⁴³).

Più precisamente, l'art. 3 del D.Lgs. n. 29/1993, rubricato "*Indirizzo politico-amministrativo. Funzioni e responsabilità dei dirigenti*" prevede al comma 1, nella versione del 1998, le specifiche competenze attribuite a favore degli organi politici, i quali, come anticipato, sono chiamati a definire "*gli obiettivi ed i programmi da attuare e verificano la rispondenza dei risultati della gestione amministrativa alle direttive generali impartite*", mentre al comma 2 prevede le competenze attribuite ai dirigenti, ovvero "*la gestione finanziaria, tecnica e amministrativa, compresa l'adozione di tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane e strumentali e di controllo. Essi sono responsabili della gestione e dei relativi risultati*". Si tratta di una distinzione che, sulla carta, appare

²⁴³ Cfr. C. D'Orta, *La seconda fase di riforma della dirigenza pubblica: verso la fine del guado cercando di evitare gli scogli*, Lav. Pubbl. Amm., 1998, pagg. 352 e ss..

piuttosto lineare: l'organo politico è chiamato ad individuare i fini e gli obiettivi esercitando una funzione di indirizzo espressamente definito politico-amministrativo in ambiti definiti tassativamente dalla norma, mentre le attribuzioni residue ricadranno entro l'ambito delle competenze dirigenziali, ovvero il dirigente è chiamato a dare attuazione all'indirizzo espresso con autonomia di gestione, risultando responsabile di fronte alla politica solamente per il mancato raggiungimento dei risultati, in conseguenza del quale potrà essere per ciò sanzionato²⁴⁴: pertanto, *“l'indirizzo politico-amministrativo, distinto ma non separato dalla gestione, non è un indirizzo disarmato: l'arma è la responsabilità dei dirigenti per i risultati”*²⁴⁵.

E' la distinzione di competenza funzionale operata dall'art. 3 ad avere determinato il superamento dei precedenti modelli: *“la cesura rispetto al passato, nel quale soltanto i poteri dirigenziali erano elencati in modo specifico (cfr. il d.p.r. n. 748 del 1972), non poteva essere più netta e sintomo di una evidente inversione di tendenza nella direzione di una separazione strutturale tra vertice politico e dirigenza”*²⁴⁶.

Ad oggi, il principio lo si trova espresso dall'art. 4 del D.Lgs. n. 165/2001, ribadito dall'art. 15 del D.Lgs. n. 165/2001, il quale ha apportato ulteriori interessanti modifiche, tra le quali si riscontra la precisazione che rientrano tra le competenze del Ministro: *“a) le decisioni in materia di atti normativi e l'adozione dei relativi atti di indirizzo interpretativo ed applicativo; b) la definizione di obiettivi, prioritari, piani, programmi e direttive generali per l'azione amministrativa e per la gestione; c) la individuazione delle risorse umane, materiali ed economico-finanziarie da destinare alle diverse finalità e la loro ripartizione tra gli uffici di livello dirigenziale generale; d) la definizione dei criteri generali in materia di ausili finanziari a terzi e di determinazione di tariffe, canoni e analoghi oneri a carico di terzi; e) le nomine, designazioni ed atti analoghi ad essi attribuiti da specifiche disposizioni; f) le richieste di pareri alle autorità amministrative*

²⁴⁴ Per fugare sospetti e dubbi di utilizzo strumentale del potere di controllo da parte del potere politico era stato già allora suggerito di individuarsi dei centri di valutazione e controllo dei dirigenti indipendenti rispetto all'organo politico (G. D'Auria, *La tormentata riforma della dirigenza pubblica*, Lav. nelle Pubbl. Amm., 2001, pagg. 15 e ss.), così come verrà effettivamente realizzato con i c.d. OIV (Organismo Indipendente di Valutazione) della riforma di cui al D.Lgs. n. 150/2009, il quale, nominato dall'organo di indirizzo politico-amministrativo, è chiamato a monitorare il funzionamento complessivo del sistema della valutazione, della trasparenza e integrità dei controlli interni ed elabora una relazione annuale sullo stato dello stesso, anche formulando proposte e raccomandazioni ai vertici amministrativi.

²⁴⁵ Cfr. C. D'Orta, *La riforma della dirigenza: dalla sovrapposizione alla distinzione fra politica e amministrazione?*, Riv. Trim. Dir. Pubbl., 1994, pag. 166.

²⁴⁶ C. Colapietro, *La 'Controriforma' del rapporto di lavoro della dirigenza pubblica*, Le nuove leggi civili commentate, 2002, n. 4-5, pag. 4.

indipendenti ed al Consiglio di Stato; g) gli altri atti indicati dal presente decreto". La necessità della elencazione, di tipo esemplificativo, è sorta a causa della difficoltà che si è verificata nella prassi (con notevoli incertezze registratesi a livello giurisprudenziale²⁴⁷) di qualificare determinate tipologie di atti come rientranti tra l'indirizzo o la gestione, poiché *"la funzione di indirizzo politico-amministrativo è un genus del quale fanno parte species non a numero chiuso"*²⁴⁸. Così da un lato l'elencazione perseguirebbe lo scopo di individuare con certezza la natura di certi tipi di atti e dall'altro lato, attraverso tale operazione, si fornirebbe un criterio interpretativo per la risoluzione anche di altre fattispecie non trattate dall'elenco²⁴⁹.

E' interessante evidenziare che il comma 4, dell'art. 4 citato dispone una norma di principio da applicarsi nei confronti delle c.d. autonomie funzionali, ovvero quelle amministrazioni i cui organi di vertice non costituiscono espressione di una rappresentanza politica ma di uno specifico sotto-ordinamento, al quale è così consentita una sorta di autoamministrazione dell'ente attraverso i propri componenti: si tratta ad esempio delle amministrazioni universitarie e degli enti di ricerca. Ebbene, tale norma prevede che anche queste *"amministrazioni pubbliche i cui organi di vertice non siano direttamente o indirettamente espressione di rappresentanza politica, adeguano i propri ordinamenti al principio della distinzione tra indirizzo e controllo, da un lato, e attuazione e gestione dall'altro. A tali amministrazioni è fatto divieto di istituire uffici di diretta collaborazione, posti alle dirette dipendenze dell'organo di vertice dell'ente"*. L'espressa previsione dell'applicazione della regola generale della separazione attraverso la distinzione delle competenze di indirizzo e gestione - cui è affiancato il divieto di

²⁴⁷ Si veda quanto osservato da G. Gardini, ult. op. cit., pagg. 366-379, in merito ai provvedimenti di riconoscimento di debito, di sanzioni disciplinari, di approvazione di convenzioni, di decreti per l'esercizio del diritto di prelazione su beni, di provvedimenti di destituzione dal servizio, di autorizzazione di spese inerenti all'ufficio, di chiusura degli esercizi commerciali, di stipula dei contratti. In via generale, in precedenza si riteneva che gli atti altamente discrezionali dovessero attenere alla sfera politica, così come la nomina di personale dei responsabili delle strutture di massima dimensione dell'università dovessero essere considerate di *"competenza degli organi elettivi ... configurandosi come manifestazioni di volontà politico-amministrativa ... un'attività di indirizzo riservata"* (cfr. pag. 369).

²⁴⁸ Cfr. Cons. Stato, Ad. Gen., parere 10 giugno 1999, n. 7.

²⁴⁹ E' stato osservato che, invece, così non è stato perché l'elenco *"non semplifica, anzi complica l'opera dell'interprete in presenza di attività e compiti posti al confine tra la politica e la gestione. Si pensi ad esempio, a quelle funzioni di natura tecnica e gestionale che, allo stesso tempo, possiedono una chiara valenza politica, in quanto concernenti attività di particolare rilievo economico-sociale ... Con il risultato che, laddove l'elencazione dei compiti di indirizzo si rivela insufficiente, la soluzione del caso torna ad essere affidata al rapporto di forza che tradizionalmente regola la convivenza tra gli organi di governo e di gestione, a tutto svantaggio di questi ultimi"*, cfr. G. Gardini, ult. op. cit., pagg. 361-362.

costituire uffici di diretta collaborazione – è stata duramente criticata perché in queste realtà organizzative “*l'intrecciarsi continuo di indirizzi settoriali, logiche di autorappresentanza e regole tecniche, rende problematica l'applicazione del principio della differenziazione funzionale tra politica e gestione*”²⁵⁰. E' stata così sostenuta la possibilità di individuazione di una c.d. terza via rispetto alla distinzione di indirizzo e gestione, che consentirebbe così di evitare di applicare illogicamente ad enti apolitici un modello studiato per la separazione della politica dalla burocrazia²⁵¹.

Seppure vi siano certamente difficoltà nello stabilire in concreto se certe tipologie di atti abbiano contenuto di indirizzo o di gestione (motivo per il quale si è ricorso allo strumento della elencazione, come detto), il criterio in astratto della separazione funzionale (indirizzo/gestione) sembra essere in apparenza netto²⁵², ma questo sfuma non appena l'analisi della normativa viene di poco approfondita.

L'art. 14 del D.Lgs. n. 29/1993, come sostituito dall'art. 8 del D.Lgs. n. 546/1993 e poi dall'art. 9 del D.Lgs. n. 80/1998, che si può ritrovare oggi nell'art. 14 del D.Lgs. n. 165/2001, denominato “*Indirizzo politico-amministrativo*”, ribadisce che il Ministro esercita le funzioni di indirizzo previste dal citato comma 1 dell'art. 4, ma vengono introdotti due distinti temperamenti.

In primo luogo, al comma 1, dell'art. 14 è previsto che il Ministro elabori, entro dieci giorni dalla pubblicazione della Legge di bilancio, una direttiva con la quale definisca “*obiettivi, priorità, piani e programmi da attuare ed emana le conseguenti direttive generali per l'attività amministrativa e per la gestione*” e per “*l'assegnazione ai dirigenti preposti ai centri di responsabilità delle rispettive amministrazioni delle risorse*” umane, materiali ed economico-finanziarie da destinare alle diverse finalità e la loro ripartizione tra gli uffici di livello dirigenziale generale. L'elemento centrale è che i contenuti di tale direttiva debbano essere individuati dal Ministro sulla base della proposta dei dirigenti addetti agli uffici di direzione generale (c.d. dirigenti generali): in altri termini, in deroga ad un criterio di netta separazione ed istituzionalizzandosi il fenomeno circolare di cui si è detto più volte, la normativa riconosce espressamente ai dirigenti

²⁵⁰ Cfr. G. Gardini, ult. op. cit., pag. 259.

²⁵¹ Cfr. A. Patroni Griffi, *Dimensione costituzionale e modelli legislativi della dirigenza pubblica. Contributo ad uno studio del rapporto di 'autonomia strumentale' tra politica e amministrazione*, Napoli, Jovene, 2002, pag. 51.

²⁵² In questo senso, L. Torchia, ult. op. cit., pag. 63, la quale afferma che risulterebbe “*assai più chiara, dopo le ultime modifiche legislative, la regolazione dei confini tra l'una e l'altra area*”.

generali una competenza di *policy making*²⁵³ (o meglio, di partecipazione alla decisione politica) in due distinti ambiti che altrimenti spetterebbero in via esclusiva alla sfera politica: definizione degli obiettivi/priorità e assegnazione delle risorse²⁵⁴. L'importanza di tale funzione, seppure in chiave partecipativa, può essere desunta dalla Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 15 novembre 2001 (G.U.R.I. 22 gennaio 2002, n. 18) con cui è stata espressamente presa in considerazione la problematica per la quale “nella direttiva l'organo di vertice politico si limiti a ratificare gli obiettivi proposti dai dirigenti”, poiché ciò determina l'individuazione di “obiettivi poco stimolanti e, comunque, molto disomogenei alle diverse unità”; dal contenuto di tale Direttiva sembra emergere la consapevolezza del rischio (quantomeno) che con il potere di proposta i dirigenti generali finiscano per incidere in modo unilaterale su di un ambito che dovrebbe essere riservato, sotto il profilo decisionale, al Ministro. Ciò che risulta chiaro dalla volontà del Legislatore è il tentativo di razionalizzazione del processo di formazione dell'indirizzo politico-amministrativo: l'allocazione delle risorse con la Legge di bilancio costituisce il primo passo, cui segue entro dieci giorni l'adozione da parte del Ministro (con la partecipazione dei dirigenti generali) della “Direttiva generale annuale sull'azione amministrativa e sulla gestione” per la definizione degli obiettivi e priorità per la gestione amministrativa²⁵⁵ (che verrà eseguita dai dirigenti), con un processo di monitoraggio in corso di esercizio anche al fine di adozione di interventi correttivi (competenza attribuita ad oggi agli organismi indipendenti di valutazione, ai sensi dell'art. 6 del D.Lgs. n. 150/2009) e di controlli a consuntivo dei risultati conseguiti (anche come strumento informativo per la redazione del successivo bilancio), che costituiscono il c.d. “*continuum tra due cicli di bilancio*”²⁵⁶; si assiste, cioè, al passaggio

²⁵³ Già da tempo sottolineato dalla più attenta dottrina, la quale aveva rilevato “*come una decisione politica, anziché essere un libero prodotto del suo autore, derivi piuttosto da forze sottostanti, da una serie di elementi ... che si producono a vari livelli dell'apparato e condizionano di fatto, talora in modo risolutivo, la decisione finale*” (cfr. L. Carlassare, *Amministrazione e potere politico*, cit., pag. 1).

²⁵⁴ L. Torchia, ult. op. cit., pag. 67, ha evidenziato che circa la componente delle risorse “*lo spazio che residua per la direttiva ministeriale è assai ristretto e va riferito più che alla quantificazione e alla ripartizione delle risorse, alla qualità del loro uso, al miglioramento del prodotto reso, alle proprietà da assicurare, alla verifica e al controllo sui flussi e sull'utilizzo, anche in corso d'anno, delle risorse stesse*”.

²⁵⁵ È importante sottolineare, come già illustrato, che l'indirizzo dettato dal Ministro costituisce l'attuazione, ai sensi dell'art. 5, comma 2, lett. a della Legge n. 400/1988, dell'indirizzo generale stabilito dal Consiglio dei Ministri, ai sensi dell'art. 2, comma 1 della Legge n. 400/1988, della cui unità e raccordo è responsabile il Presidente del Consiglio, ai sensi dell'art. 95 Cost..

²⁵⁶ Cfr. D'Orta, *La nuova disciplina della dirigenza pubblica alla prova dei fatti: un'attuazione strabica*, [Relazione al forum-tavola rotonda organizzato da 'Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni' sul

da un sistema piramidale e, poi, direzionale, ad un vero e proprio “*circolo, nel quale continuamente indirizzo, gestione e controllo dei risultati interagiscono*”²⁵⁷. Nella stessa linea si muove anche il c.d. Piano della *performance* introdotto dall’art. 10 del D.Lgs. n. 150/2009, che nella formulazione attuale prevede che entro il 31 gennaio di ogni anno debba essere redatto un piano, pubblicato sul sito istituzionale di ogni ente, diretto ad individuare gli indirizzi e gli obiettivi specifici, di cui all’art. 5, comma 1, lett. b, del D.Lgs. n. 150/2009; anche tali obiettivi devono essere definiti dagli organi di indirizzo politico-amministrativo, sentiti i vertici dell’amministrazione che a loro volta consultano i dirigenti o i responsabili delle unità organizzative. Il Piano della *performance*, per la cui definizione vi è la partecipazione diretta dei dirigenti (generali e non), si intreccia con lo strumento di verifica e controllo dell’operato dirigenziale, la c.d. Relazione annuale sulla *performance*, il cui scopo è quello di dettare tutti gli indicatori di cui l’organo di indirizzo politico-amministrativo dovrà tenere conto per la misurazione e la valutazione della *performance* dell’amministrazione, cioè la capacità dei dirigenti di raggiungimento degli obiettivi finali e intermedi fissati con il Piano. Queste introduzioni normative non hanno fatto altro che istituzionalizzare il fenomeno della naturale capacità dei soggetti tecnici di incidere sulle decisioni finali adottate dagli organi politici, fenomeno che era stato già studiato in passato e che aveva fatto ritenere che fosse pacificamente ricorrente nella prassi²⁵⁸, soprattutto con riferimento ai rapporti tra Ministro ed enti di gestione nella c.d. prima Repubblica, laddove si accettava che grazie al loro sapere tecnico gli enti di

tema: *La riforma della dirigenza pubblica: attuazione e problemi applicativi*, Roma, 30 novembre 2000], Lav. Pubbl. Amm., Vol. 4, fasc. 1, 2001, pag. 107.

C. Colapietro, ult. op. cit., pag. 18, ha osservato che però “a tutt’oggi, nell’esperienza sin qui maturata nella predisposizione delle note preliminari e delle direttive generali per l’azione amministrativa, questo modello resta in gran parte inattuato, in quanto i relativi atti della sequenza o non vengono predisposti, ovvero, quando ci sono, presentano ‘i tratti di un adempimento generico ed inutilmente formale’, ‘ai limiti dell’insignificanza’, il che mostra, come ha rilevato la stessa Corte dei conti, ‘una scarsa attenzione e sensibilità delle amministrazioni statali per le ragioni e le finalità della riforma’, che finisce così per indebolire l’efficacia dell’intera riforma amministrativa”.

²⁵⁷ Cfr. L. Torchia, ult. op. cit., pag. 32.

²⁵⁸ Cfr. G. Cugurra, *L’attività di alta amministrazione*, Padova, Cedam, 1973, pag. 368, il quale ha chiarito che “Il fenomeno esposto non risulta dalla considerazione del dettato normativo. Esso si esprime in via pressoché esclusiva sul terreno della prassi. Al riguardo può al massimo rilevarsi (ma sempre sul piano della prassi) la tendenza a rendere istituzionali le procedure di codeterminazione delle direttive ‘attraverso incontri periodici fra il ministro (o i suoi rappresentanti) e i dirigenti delle holdings pubbliche, la costituzione di organi collegiali per studiare determinate questioni o la convocazione di conferenze per studiare problemi generali”.

gestione sarebbero stati “addirittura in grado di influire sulla determinazione degli obiettivi medesimi”²⁵⁹.

In secondo luogo, il comma 2, dell’art. 14 prevede che le funzioni di indirizzo (il cui contenuto è determinato grazie alla proposta dei dirigenti generali) siano esercitate dal Ministro avvalendosi di “uffici di diretta collaborazione”, istituiti e disciplinati con regolamento adottato ai sensi dell’articolo 17, comma 4 *bis*, della Legge 23 agosto 1988, n. 400²⁶⁰. Si tratta dei c.d. *staff* del Ministro - composti da parte di dipendenti pubblici (in aspettativa, fuori ruolo o comando) oppure da parte di collaboratori esterni (assunti con contratti di lavoro a tempo determinato) o consulenti ed esperti (incaricati con collaborazioni coordinate e continuative) - ai quali sono attribuite “*esclusive competenze di supporto dell’organo di direzione politica e di raccordo tra questo e l’amministrazione*” (cfr. art. 17, comma 4 *bis* della Legge n. 400/1988). Per utilizzare i termini della Corte Costituzionale, “*Detti uffici ... sono collocati in un ambito organizzativo riservato all’attività politica con compiti di supporto delle stesse funzioni di governo e di raccordo tra queste e quelle amministrative di competenza dei dirigenti*”²⁶¹. Proprio per questo motivo il rapporto tra il Ministro e i componenti di questi uffici di diretta collaborazione è connotato da una forte componente fiduciaria, ragione per cui, è previsto per questi il c.d. *spoils system*, secondo il quale al momento del giuramento del neo Ministro tutti gli incarichi di questa tipologia (siano essi incarichi dirigenziali, che contratti) decadono automaticamente entro trenta giorni, salvo conferma da parte dello stesso nuovo Ministro. Il rapporto fiduciario, come previsto dal modello del *New Public Management*, è indispensabile al fine di garantire il necessario snodo tra politica e i vertici dell’amministrazione, tanto che il sistema delle spoglie operante sul personale degli uffici di *staff* è stato giudicato legittimo proprio “*in ragione del rapporto strettamente fiduciario che deve sussistere tra l’organo di governo e tutto il personale di cui esso si avvale per svolgere l’attività di indirizzo politico-amministrativo*”²⁶². Al

²⁵⁹ Cfr. G. Cugurra, ult. op. cit., pag. 370.

²⁶⁰ Cfr. D. Bevilacqua, *Gli ‘uffici di diretta collaborazione’ dei Ministri e dei vice-Ministri*, Giorn. Dir. amm., 2006, pagg. 384 e ss.; G. Vetrillo, *Gabinetti e uffici legislativi ministeriali tra storia e dato normativo*, Riv. trim. sc. Amm., 2000, pagg. 117 e ss..

²⁶¹ Cfr. Corte Costituzionale, 3 novembre 2010, n. 44.

²⁶² Ancora cfr. Corte Costituzionale, 3 novembre 2010, n. 44, cfr. A. Di Casola, *Dirigenza fiduciaria ed uffici di diretta collaborazione: è legittimo uno spoils system ‘rafforzato’*, Riv. it. dir. lav., 2001, Vol. 30, fasc. 2, pagg. 351 e ss..

Il tema del legame fiduciario, come noto, è strettamente connesso a partire dagli anni 2000 con il meccanismo delle spoglie (*spoils system*) introdotto dal Legislatore italiano con distinti interventi

tempo stesso, partecipando le strutture di *staff* a funzioni tipicamente politiche (seppure in chiave prettamente servente e di supporto) queste dovrebbero essere prive di poteri di amministrazione attiva ed è proprio l'estraneità dalle funzioni di dirigenza a consentire di giustificare l'assenza di autonomia rispetto all'organo politico²⁶³; tuttavia, è stato evidenziato che ciò non è sempre accaduto, verificandosi che il personale di *staff* ha “*in più occasioni svolto compiti tipicamente amministrativi e gestionali (di line), ponendo in essere una sovrapposizione funzionale rispetto alle direzioni generali ed un condizionamento politico dell'attività di queste ultime*”²⁶⁴.

3.3.2. (segue) Ancora sugli uffici di *staff*: il ruolo decisionale del Capo di Gabinetto secondo la teoria economica della relazione di Agenzia.

Per una maggiore comprensione dell'effettivo ruolo degli uffici di diretta collaborazione nell'esercizio della funzione di indirizzo politico-amministrativo, si ritiene utile un approfondimento del tema.

Gli uffici di diretta collaborazione sono solitamente costituiti come segue: l'ufficio di Gabinetto, la segreteria del Ministro, l'ufficio del coordinamento legislativo, la

normativi, su cui si sono registrati nel tempo diverse pronunce della Corte Costituzionale. Si fa riferimento alla dichiarazione di illegittimità ad opera della sentenza n. 103/2007 della Consulta (gemella della n. 104/2007 sui direttori generali delle ASL) del c.d. *spoils system una tantum* introdotto dalla c.d. Legge Frattini del 2002 (Legge n. 145), secondo la quale, essendo stata ridotta la durata minima degli incarichi dirigenziali statali da sette a tre anni, è stato contestualmente deciso di applicare una decadenza generalizzata *una tantum* di tutti i direttori generali statali al momento di entrata in vigore della Legge in questione; tale soluzione è stata dichiarata illegittima per violazione degli artt. 97 e 98 Cost., cioè violazione del giusto procedimento (di accertamento di responsabilità dirigenziale) e violazione dei principi di buon andamento (continuità azione amministrativa) e imparzialità (autonomia del dirigente dal potere politico). La decisione non si è discostata dal precedente costituito dalla sentenza n. 233/2006 (la quale aveva giudicato legittimo lo *spoils system* per gli incarichi apicali di nomina politica) perché è stata esclusa la natura apicale dei dirigenti generali, come risultante dall'art. 19, comma 3 del D.Lgs. n. 165/2001. Allo stesso modo, la Corte Costituzionale ha ribadito lo stesso principio di diritto, prima, con la sentenza n. 161/2008 avente ad oggetto i dirigenti esterni appartenenti ad altre Pubbliche Amministrazioni e, poi, con la sentenza n. 81/2010 avente ad oggetto i dirigenti esterni non appartenenti ad altre Pubbliche Amministrazioni. Per una ricostruzione completa del fenomeno, si rimanda a S. Neri, *La politica dell'amministrazione. Problemi e prospettive dello spoils system italiano*, Riv. It. di Publ. Man., Vol. 3, n. 1, 2020.

²⁶³ Cfr. A. Patroni Griffi, *Politica e amministrazione nella funzione di Governo in Italia, Francia e Regno Unito*, Londra, Esperia, 1999, pag. 119. Sul tema, anche S. Battini, *Gli uffici di staff dei Ministri, diversi ma uguali?*, Riv. trim. dir. pubbl. 2006, pag. 671 e ss..

²⁶⁴ Cfr. C. Notarmuzi – D. Bevilacqua, *Gli uffici di diretta collaborazione del Ministero dell'interno*, Riv. trim. dir. pubbl., 2006, Vol. 56, fasc. 3, pag. 712. Sul punto si veda anche il contributo di H. Caroli Casavola, *L'amministrazione centrale*, in AA.VV., *Le amministrazioni pubbliche tra conservazione e riforme: omaggio degli allievi a Sabino Cassese*, Milano, Giuffrè, 2008, pag. 30 e C. Franchini, *La riforma dei Ministeri*, in G. Vesperini (a cura di), *La riforma dell'amministrazione centrale*, Milano, Giuffrè, 2005, pagg. 13-14.

segreteria tecnica del Ministro, l'ufficio stampa, le segreterie e l'Ufficio dei Vice Ministri; le segreterie dei Sottosegretari di Stato; il servizio di controllo interno (a titolo esemplificativo, si veda l'art. 2, comma 2, del D.P.R. 3 luglio 2003, n. 227, "*Regolamento per la riorganizzazione degli Uffici di diretta collaborazione del Ministro dell'economia e delle finanze*"²⁶⁵). Tutti gli incarichi del personale adibito agli uffici in questione hanno natura strettamente fiduciaria, ciò non toglie però che tale personale debba avere delle indiscusse competenze tecniche (titoli ed esperienze professionali pregresse), le quali infatti devono risultare obbligatoriamente in allegato al decreto ministeriale di nomina (art. 6, comma 5, secondo periodo del Decreto citato).

La figura centrale degli uffici di *staff* è individuata nel Capo di Gabinetto, in quanto questo è chiamato a coordinare l'intera attività di supporto a favore del Ministro e tutti gli uffici di diretta collaborazione (art. 2, comma 3 del Decreto citato). Il Capo di Gabinetto, nonostante il legame fiduciario con il Ministro, è anche una figura estremamente competente dal punto di vista tecnico²⁶⁶, poiché è nominato "*fra magistrati amministrativi, ordinari o contabili o avvocati dello Stato, dirigenti preposti ad uffici di livello dirigenziale generale dello Stato, oppure fra persone, anche estranee alla pubblica amministrazione, in possesso di capacità adeguate alle funzioni da svolgere, avuto riguardo ai titoli professionali, culturali e scientifici ed alle esperienze maturate*" (art. 6, commi 1 e 5, primo periodo del Decreto citato).

Se il Capo di Gabinetto ricopre senz'altro il ruolo più importante all'interno degli uffici di diretta collaborazione, dall'attenta analisi della normativa vigente, emerge che questo sotto alcuni aspetti potrebbe addirittura prevalere sulla figura del Ministro; ciò anche con riferimento alla competenza di indirizzo politico-amministrativo (teoricamente di spettanza esclusivamente ministeriale), sino ad arrivare ad affermarsi che il Capo di Gabinetto potrebbe assurgere a vero e proprio soggetto decisore (e non solamente essere un organo servente del Ministro).

Innanzitutto, il Capo di Gabinetto ha il potere di proposta al Ministro delle modalità di organizzazione degli uffici di diretta collaborazione (art. 8 del Decreto citato). Tale funzione è particolarmente significativa perché viene sostanzialmente sub-delegata al

²⁶⁵ Cfr. L. Fiorentino – V. Milani, *Gli uffici di diretta collaborazione del Ministro dell'Economia e delle Finanze*, Riv. trim. dir. pubbl., 2006, vol. 56, fasc. 3, pagg. 727 e ss..

²⁶⁶ Cfr. P. Benedetto, *Dati sulla presenza dei magistrati amministrativi negli uffici ministeriali di collaborazione diretta (1948-2001)*, Dir. Pubbl., 2001, vol. 7, fasc. 2, pagg. 759 e ss..

Capo di Gabinetto una competenza che il Legislatore (ai sensi del combinato disposto di cui all'art. 14, comma 2, del D.Lgs. n. 165/2001 e dell'art. 17, comma 4 *bis* della Legge n. 400/1988) aveva già delegato a favore del Ministro competente, d'intesa con il Presidente del Consiglio dei Ministri e con il Ministro dell'Economia e delle Finanze, con ciò riconoscendosi al Capo di Gabinetto una centralità indubbia.

Elementi ancora più espliciti possono ricavarsi da una breve rassegna dei Regolamenti attualmente vigenti in alcuni Ministeri circa l'organizzazione ed il funzionamento degli uffici di diretta collaborazione.

Il D.P.R. 21 marzo 2002, n. 98 circa l'organizzazione degli Uffici di diretta collaborazione del Ministro dell'interno²⁶⁷, all'art. 3, prevede che *“il Capo di Gabinetto assicura il supporto al Ministro per l'esercizio delle funzioni di indirizzo politico-amministrativo ... assicura il raccordo fra il Ministro e l'Amministrazione; assicura al Ministro il supporto nelle attività di rilievo internazionale, ai fini della cooperazione comunitaria e internazionale, anche per quanto attiene all'adozione di accordi e all'organizzazione di incontri, convegni e missioni internazionali; assiste il Ministro nell'azione di programmazione delle risorse finanziarie e di monitoraggio della spesa; assicura l'acquisizione e l'elaborazione delle conoscenze strumentali all'azione del Ministro; promuove l'elaborazione di studi, analisi, previsioni e orientamenti strategici sui processi evolutivi riguardanti l'azione del Ministero; assicura il servizio di segreteria speciale ed il servizio cifra, anche per quanto attiene ai compiti di cui alla normativa per la tutela del segreto di Stato e ai regolamenti di sicurezza, ai rapporti con gli organismi di informazione e sicurezza e con il Comitato parlamentare di controllo per i servizi, alla gestione delle emergenze, alla difesa civile, ai rapporti con gli organismi NATO”*.

Il D.P.R. 25 luglio 2001, n. 315, circa gli uffici di diretta collaborazione del Ministro della Giustizia, prevede tra le competenze dell'Ufficio di Gabinetto, il quale è coordinato da parte del Capo di Gabinetto, *“l'attività di supporto per la definizione degli obiettivi e per la ripartizione delle risorse ... il coordinamento tra i diversi centri di responsabilità per la formazione dei documenti di bilancio e per i rapporti con gli organi di controllo ... l'esame degli atti ai fini dell'inoltro alla firma del Ministro ...”* (cfr. art. 6, comma 2). Tale Decreto è stato poi riformato dal D.P.R. 19 giugno 2019, n. 100, il quale ha previsto altresì che l'Ufficio di Gabinetto *“cura specificamente ... l'attività di supporto per la*

²⁶⁷ Cfr. C. Notarmuzi – D. Bevilacqua, ult. op. cit., pagg. 711 e ss..

definizione degli obiettivi e per la ripartizione delle risorse” (cfr. art. 7, comma 2) e “avvalendosi di specifiche professionalità, cura l’attività di coordinamento tra i diversi centri di responsabilità per la formazione dei documenti di bilancio e per i rapporti con gli organi di controllo e l’attività connessa alla presentazione dei principali documenti di finanza pubblica e della legge di bilancio, nonché la predisposizione, in raccordo con l’ufficio legislativo, delle relazioni tecniche e delle norme di copertura di provvedimenti normativi di iniziativa dell’amministrazione” (cfr. art. 7, comma 3).

Il D.P.R. 28 novembre 2008, n. 198 (circa gli uffici di diretta collaborazione del Ministero dello Sviluppo Economico) ed il D.P.R. 14 maggio 2001, n. 303 (circa gli uffici di diretta collaborazione del Ministero delle politiche agricole e forestali) hanno previsioni simili nel senso che il Capo di Gabinetto *“collabora con il Ministro nell’attività di indirizzo politico-amministrativo”* con l’attribuzione espressa del coordinamento di tutti gli uffici di diretta collaborazione (cfr. art. 2, comma 6) e, quindi, anche dell’Ufficio di Gabinetto, il quale *“cura l’attività di supporto all’organo di direzione politica e coordina in particolare la cura dei rapporti con gli altri organi costituzionali, con le autorità indipendenti e ... con il Consiglio di Stato e cura altresì l’esame degli atti ai fini dell’inoltro alla firma del Ministro ...”* (cfr. art. 3, comma 2). Analogamente, l’art. 3, comma 2, del D.P.R. 17 maggio 2001, n. 297 (circa gli uffici di diretta collaborazione del Ministero del Lavoro) prevede che l’Ufficio di Gabinetto, coordinato dal Capo di Gabinetto (art. 8), coadiuva il Capo di Gabinetto nell’attività di collaborazione col Ministro per lo svolgimento delle funzioni di indirizzo politico-amministrativo.

Come risulta dalla breve rassegna appena effettuata, tutte le competenze riconosciute al Capo di Gabinetto in merito all’esercizio dell’indirizzo politico-amministrativo (attraverso la pluralità estremamente variegata di funzioni appena riepilogate) attengono alla mera proposta, collaborazione e/o supporto al Ministro, tanto da fare sembrare di potersi escludere una capacità decisionale del dirigente apicale su tali ambiti, in quanto confermerebbero il suo ruolo meramente servente.

Se ciò è formalmente vero, però, come osservato *supra*, i dirigenti apicali grazie alla loro competenza tecnica (particolarmente presente nei Capi di gabinetto) hanno la capacità di “catturare” le decisioni degli organi politici anche attraverso questo tipo di funzioni.

La spiegazione di tale fenomeno è stata data dagli studi economici dell'organizzazione sfociati nella elaborazione della c.d. *Principal-Agent theory*, ovvero la teoria della relazione di Agenzia²⁶⁸, che si verifica quando un soggetto (definito Principale) delega un altro soggetto (definito Agente) allo svolgimento di un compito che quest'ultimo può realizzare in virtù del possesso di proprie specifiche abilità e competenze di cui il primo non dispone; in questo contesto, il Principale rimane titolare, in qualità di delegante, del potere di controllo circa l'effettivo svolgimento dell'attività secondo i criteri stabiliti e per il raggiungimento degli obiettivi dettati. I profili oggetto di studio e di attenzione di questa teoria economico-organizzativa sono molteplici, ma quelli che più interessano ai fini della trattazione sono quelli relativi alla c.d. asimmetria informativa, ovvero quella condizione che si verifica fisiologicamente nella relazione di Agenzia a sfavore del delegante, in virtù delle capacità tecniche e competenze specifiche che sono (e devono essere) possedute da parte del delegato per potere svolgere il compito affidatogli dal delegante. Tale asimmetria, a seconda del grado di intensità, determina l'incapacità di controllo da parte del delegante sull'effettiva attività compiuta da parte del delegato, soprattutto con riferimento al contenuto della stessa. In altri termini, il vantaggio informativo del delegato consente allo stesso, attraverso lo svolgimento delle attività preparatorie alla predisposizione del contratto, di influenzare in modo determinante la decisione che sarà assunta da parte del delegante (c.d. selezione avversa od opportunismo pre-contrattuale)²⁶⁹. Ciò, peraltro, crea l'ulteriore rischio e problema della possibile divergenza di obiettivi tra Agente e Principale: laddove il primo abbia interessi propri (cioè, diversi da quelli del Principale) si può determinare un comportamento definito di opportunismo post-contrattuale, cioè l'Agente sarà restio a condividere le proprie informazioni con il Principale, tanto da arrivare a darne piuttosto di false, così configurandosi il c.d. azzardo morale, ovvero il raggiungimento di un interesse differente da quello del Principale²⁷⁰.

E' proprio l'asimmetria informativa che caratterizza il rapporto tra il delegante/politico/ministro e il delegato/burocrate/Capo di Gabinetto, laddove il secondo

²⁶⁸ M. C. Jensen – W.H. Meckling, *Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure*, Journal of financial economics, 1976.

²⁶⁹ A. Nicita – V. Scoppa, *Economia dei contratti*, Carocci Editore, Roma, 2005. A. Padilla, *The property Economics of Agency Problems*, Mises Institute Working Paper, Mises Institute, 2002.

²⁷⁰ Cfr. J.A. Mirrlees, *Information and Incentives: the Economics of Carrots and Sticks*, The Economic Journal, Vol. 107, n. 444, pagg. 1311-1329, 1997.

padroneggia al meglio gli strumenti atti alla realizzazione di quanto richiesto dal primo²⁷¹, così configurandosi una vera e propria relazione di Agenzia, nella quale può accadere che il politico assuma (inconsapevolmente) decisioni che in realtà sono state (predeterminate e, quindi, pre)decise da parte del Capo di Gabinetto. Tale fenomeno è agevolato dalla “*natura «ibrida» (non propriamente amministrativa e non esclusivamente politica) delle funzioni e dell’organizzazione degli uffici di diretta collaborazione [la quale] consente che questi svolgano un’attività scarsamente procedimentalizzata, consistente in atti informali e semplificati o in procedimenti “strumentali” finalizzati al raccordo tra vertice politico e amministrazione, privi di alcuni requisiti di garanzia*”²⁷²: l’assenza di procedimentalizzazione dell’attività svolta rende notoriamente più difficoltoso (se non impossibile) un controllo esterno *ex post* dell’attività compiuta in tale modo.

Gli studi sulla teoria della relazione di Agenzia consentono di sviluppare un’ulteriore notazione. La letteratura economica ha individuato degli strumenti correttivi per fare fronte all’opportunismo dell’Agente, i quali fanno riferimento (tra gli altri elementi, quali la condivisione a favore dell’Agente dei benefici finali dell’attività, l’introduzione in azienda di dirigenti dall’esterno, la presenza di amministratori interni nel Consiglio di Amministrazione, il controllo azionario, l’incentivazione di forme di *stock option*, la cultura organizzativa dell’impresa e l’incentivo causato da minacce di *take-over*²⁷³) al c.d. *screening*, ovvero un’attività di monitoraggio costante che consenta di ridurre il *gap* informativo che, come detto, è la condizione da cui scaturisce la deviazione comportamentale dell’Agente²⁷⁴. Tali meccanismi fanno tutti leva su di un fattore, ovvero devono determinare il “*passaggio da un clima di sfiducia ad un clima di fiducia*”²⁷⁵; cioè, è stato osservato che i comportamenti opportunistici si verificano perché “*la relazione di agenzia tra Agente e Principale presenta troppe zone di potenziale sfiducia reciproca*”²⁷⁶, con la conseguenza che eliminandosi la sfiducia reciproca dovrebbe eliminarsi anche l’opportunismo.

²⁷¹ Cfr. P. Martelli, *Analisi delle istituzioni politiche*, Torino, Giappichelli, 2012.

²⁷² Cfr. C. Notarmuzi – D. Bevilacqua, ult. op. cit., pag. 718.

²⁷³ Cfr. M. Pilati – S. Salvemini, *Il contributo della teoria dell’agenzia allo sviluppo del capitalismo manageriale*, *Giornale degli Economisti e Annali di Economia*, Nuova serie, anno 47, n. 3/4, pagg. 203-207.

²⁷⁴ Sul punto, cfr. B. Holmström, *Moral Hazard and Observability*, *The Bell Journal of Economics*, Vol. 10, n. 1, pagg. 74-91, 1979.

²⁷⁵ Cfr. M. Pilati – S. Salvemini, ult. op. cit., pag. 200.

²⁷⁶ Cfr. M. Pilati – S. Salvemini, ult. op. cit., pag. 207.

Nel rapporto Ministro – Capo di Gabinetto è quindi quantomai fondamentale il legame fiduciario tra i soggetti, tanto da rendere compatibile con gli artt. 97 e 98 Cost. il meccanismo di *spoils system* automatico applicato nei confronti del Capo di Gabinetto (così come di tutto il personale degli uffici di diretta collaborazione), poiché “*così come la nomina del personale, compreso quello dirigenziale, può avvenire, in base alla normativa vigente, intuitu personae, senza predeterminazione di alcun rigido criterio che debba essere osservato nell’adozione dell’atto di assegnazione all’ufficio, allo stesso modo, e simmetricamente, è possibile in qualunque momento interrompere il rapporto in corso qualora sia venuta meno la fiducia che deve caratterizzare in maniera costante lo svolgimento del rapporto stesso*”²⁷⁷.

3.3.3. Nella sfera di competenza dirigenziale rientrano specificamente alcune attribuzioni di indirizzo.

L’interconnessione tra la sfera politica e quella amministrativa, oltre che verificarsi per l’oggettiva difficoltà nella demarcazione della linea di confine tra le competenze funzionali attribuite, si concretizza nella partecipazione istituzionalizzata dei dirigenti generali alla definizione dei contenuti delle direttive di indirizzo e nella istituzione degli uffici di *staff*, strumento di cerniera tra politica e amministrazione tipico del NPM. Al tempo stesso, un elemento di rigidità nella separazione è introdotto dal comma 3 dell’art. 14 del D.Lgs. n. 165/2001, il quale specifica che al Ministro è preclusa la possibilità di “*revocare, riformare, riservare o avocare a se’ o altrimenti adottare provvedimenti o atti di competenza dei dirigenti*”, mentre in caso di inerzia o ritardo del dirigente nello svolgimento di attività di sua competenza il Ministro non è titolare di poteri di intervento attivi (sostituzione diretta del dirigente), ma di diffida e, in caso di persistente inattività, di nomina di un commissario *ad acta* (così mantenendosi un diaframma essenziale tra i due organi); molto criticata, invece, è stata la sopravvivenza del potere ministeriale di annullamento per motivi (ora solo) di legittimità degli atti dirigenziali²⁷⁸, anche se alcuni Autori hanno ritenuto tale potere come possibile espressione di alta amministrazione nel

²⁷⁷ Cfr. Corte Costituzionale, 3 novembre 2010, n. 44.

²⁷⁸ Cfr. R. Alesse, *Il lento e inarrestabile declino della dirigenza dello Stato*, Giur Cost., 2000, p. 1941. C. D’Orta, *Politica e Amministrazione*, in A. Corpaci – M. Rusciano – L. Zoppoli (a cura di), *Commentario al d.lgs. 29/93*, Le Nuove Leggi civili commentate, n. 5-6, 1999, pag. 250 definisce la persistenza di tale potere come “*una crepa nel disegno riformatore*”.

senso che il Ministro, attraverso l'intervento su singoli atti puntuali, potrebbe ripristinare *ex post* l'omogeneità dell'azione amministrativa rispetto agli obiettivi definiti in via politica²⁷⁹.

Tuttavia, ulteriori interventi normativi, tra cui spicca la Legge 15 luglio 2002, n. 145 (definita in modo iconico come controriforma della dirigenza pubblica) hanno inciso nuovamente in modo determinante sui termini del rapporto nell'arco di pochi anni (dal 1998 e dal 2001), poiché gli elementi qualificanti di tale Legge²⁸⁰ *“in qualche modo ruotano e convergono tutti, in maniera tutt'altro che lineare, essenzialmente intorno a due obiettivi di fondo: la determinazione (o, rectius, rideterminazione) di un nuovo e sempre difficile equilibrio tra politica e amministrazione da un lato, e, dall'altro, l'introduzione nell'ordinamento della dirigenza di maggiori elementi di flessibilità e di nuove forme di mobilità”*²⁸¹; secondo alcuni, tale “controriforma” avrebbe determinato uno *“spostamento dell'equilibrio fra politica ed amministrazione tutto a favore della prima, con conseguenziale ‘precarizzazione’ della posizione dei dirigenti”*²⁸².

Al netto di queste notazioni, però, si deve evidenziare che la dirigenza pubblica è senz'altro uscita rafforzata come mai prima con l'applicazione del principio dell'autonomia nel modello della c.d. interconnessione e ciò lo si desume immediatamente dagli artt. 16 e 17 del D.Lgs. n. 165/2001 (che hanno raccolto i molteplici rimaneggiamenti legislativi risultanti dal D.Lgs. n. 29/1993, dal D.Lgs. n. 546/1993, dal D.Lgs. n. 80/1998 e dal D.Lgs. n. 387/1998), che disciplinano, rispettivamente, le funzioni dei dirigenti generali (cioè dei dirigenti assegnati agli uffici dirigenziali generali) e degli altri dirigenti.

²⁷⁹ In questo senso, C. D'Orta, La sopraordinazione dei Ministri secondo il d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29: poteri di avocazione, annullamento e decisione dei ricorsi gerarchici sugli atti dei dirigenti, Milano, Giuffrè, pag. 1346; V. Talamo, Le funzioni dei dirigenti, in F. Carinci – M. D'Antona (a cura di), Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche: dal D.LGS. n. 29/1993 ai D.LGS. nn. 396/1997, 80/1998 e 387/1998, Milano, Giuffrè, 2000, pagg. 716 e ss..

²⁸⁰ Tra cui sono stati individuati: l'ampliamento della possibilità di affidamento degli incarichi dirigenziali anche a soggetti esterni; l'assegnazione degli incarichi su base discrezionale; la riduzione della durata degli incarichi dirigenziali a tre anni; la disciplina dell'accesso alla qualifica dirigenziale attraverso corso-concorso selettivo aperto anche agli esterni; i nuovi strumenti di mobilità dei dirigenti verso organismi pubblici o privati; l'eliminazione dei criteri di rotazione nell'attribuzione degli incarichi, la soppressione del ruolo unico della dirigenza, la ricostituzione dei distinti ruoli dirigenziali, Cfr. C. Colapietro, ult. op. cit..

²⁸¹ Cfr. C. Colapietro, ult. op. cit., pag. 9.

²⁸² Cfr. G. D'Alessio, La legge di riordino della dirigenza, nostalgie antilogie ed amnesie, Lav. Pubbl. Amm., 2002, n. 2, pag. 219.

Più precisamente, tali articoli attraverso lo strumento della elencazione esemplificativa hanno la funzione di individuare delle competenze “minime” attribuite dal Legislatore al dirigente generale e non, così garantendoli dall’ingerenza della sfera politica²⁸³. Ciò è stato reso necessario dal noto problema di qualificazione di determinate tipologie di atti come atti di indirizzo od atti di gestione; infatti, in passato, a causa della precedente formulazione normativa, era stato “*sostenuto ... che nell’attività di gestione sarebbero rientrati solo atti e provvedimenti amministrativi a rilevanza interna, vincolati o a basso tasso di discrezionalità. Ancora, si sono esclusi dall’ambito delle funzioni dirigenziali gli atti e i provvedimenti amministrativi più rilevanti, argomentando che tanto più rilevante è l’atto, tanto più esso si allontana dalla ‘gestione’ e si avvicina all’indirizzo*”²⁸⁴.

L’art. 16 precisa, infatti, quali sono nello specifico le competenze di gestione attribuite al dirigente generale dall’art. 4 comma 2 del D.Lgs. n. 165/2001, così qualificandosi direttamente per via legislativa la natura di atti di gestione che avrebbero potuto altrimenti farsi rientrare nella funzione di indirizzo; infatti, nell’elencazione di cui all’art. 16 si ritrovano atti di “mera” gestione, atti di partecipazione alla formazione dell’indirizzo politico-amministrativo (il quale sarà formalmente deciso dal Ministro) ed atti di “mero” indirizzo (adottati direttamente dal dirigente generale). Innanzitutto, vengono in considerazione gli atti dalla chiara portata di “mera” gestione, quale il potere di adozione di “*atti e provvedimenti amministrativi ed esercitano i poteri di spesa e quelli di acquisizione delle entrate rientranti nella competenza dei propri uffici, salvo quelli delegati ai dirigenti*”. In secondo luogo, si rinvengono gli atti di partecipazione del dirigente generale alla formazione dell’indirizzo politico-amministrativo²⁸⁵, definiti da alcuni Autori come c.d. indirizzo sub-primario²⁸⁶, come la proposta al Ministro circa “*le risorse e i profili professionali necessari allo svolgimento dei compiti dell’ufficio cui sono*

²⁸³ Cfr. G. Gardini, ult. op. cit., pag. 363.

²⁸⁴ Cfr. L. Torchia, ult. op. cit., pag. 60.

²⁸⁵ In questo senso espressamente, L. Torchia, ult. op. cit., pagg. 69-70. Tale competenza è giustificata dal fenomeno di c.d. *normalizzazione politica* espresso da F. Merloni, *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale: il modello italiano in Europa*, Bologna, Il Mulino, 2006, pag. 27, secondo il quale la natura fiduciaria degli incarichi di dirigenza generale e la loro temporaneità determinano un saldo legame della burocrazia di vertice con la sfera politica, tale da consentirgli la partecipazione nel processo di *policy making*.

²⁸⁶ Cfr. C. D’Orta, *sub. artt 16-17*, Nuove Leggi Civili Commentate, 1999, pag. 1148; Talamo, *Le funzioni, le competenze, i poteri e le attribuzioni della dirigenza pubblica*, in F. Carinci – L. Zoppoli (a cura di), *Il Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in F. Carinci (diretto da), *Diritto del Lavoro (commentario)*, Vol. V, Torino, Utet, 2004, pag. 1127,

preposti anche al fine dell'elaborazione del documento di programmazione triennale del fabbisogno di personale di cui all'articolo 6, comma 4", nonché la proposta al Ministro delle sanzioni derivanti dalla responsabilità dei dirigenti non generali; peraltro tale competenza è stata ulteriormente precisata con l'art. 5 del D.Lgs. n. 150/2009 (nella versione novellata dal D.Lgs. n. 74/2017), secondo il quale gli obiettivi "specifici" sono programmati "*sentiti i vertici dell'amministrazione che a loro volta consultano i dirigenti o i responsabili delle unità organizzative*". Infine, si riscontrano gli atti di "mero" indirizzo adottati direttamente dai dirigenti generali nei confronti degli uffici dirigenziali non generali,²⁸⁷ come quelli di definizione degli "*obiettivi che i dirigenti devono perseguire e [l'attribuzione delle] conseguenti risorse umane, finanziarie e materiali*" (ciò si deve intendere nei limiti e all'interno degli obiettivi di indirizzo politico-amministrativo dettato dal Ministro), di organizzazione di tali uffici, nonché significativamente la competenza di direzione, coordinamento e controllo della "*attività dei dirigenti e dei responsabili dei procedimenti amministrativi, anche con potere sostitutivo in caso di inerzia*" e la competenza a decidere "*sui ricorsi gerarchici contro gli atti e i provvedimenti amministrativi non definitivi dei dirigenti*".

Analogamente, l'art. 17 opera con riferimento alle funzioni dei dirigenti non generali, le quali risultano essenzialmente analoghe a quelle del dirigente generale, mutando i soggetti di riferimento: le funzioni svolte dal dirigente generale a favore del Ministro sono svolte dal dirigente non generale a favore di quello generale; le funzioni svolte dal dirigente generale nei confronti del dirigente non generale, sono svolte da quest'ultimo nei confronti degli uffici dipendenti dallo stesso. Nonostante questo, vi è almeno una attività che seppure in minima misura sembra contribuire alla formazione dell'indirizzo politico-amministrativo; si tratta del potere di concorrere "*all'individuazione delle risorse e dei profili professionali necessari allo svolgimento dei compiti dell'ufficio cui sono preposti anche al fine dell'elaborazione del documento di programmazione triennale del fabbisogno di personale di cui all'articolo 6, comma 4*". Di mero indirizzo, risulta essere l'attività, analoga a quella esercitata nei loro confronti da parte dei dirigenti generali, di direzione, coordinamento e controllo della "*attività degli uffici che da essi dipendono e dei responsabili dei procedimenti amministrativi, anche*

²⁸⁷ Cfr. M.P. Genesin, *L'attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa. Riflessioni critiche su un sistema di governo multilivello*, Napoli, Jovene, 2009, pag. 251.

con poteri sostitutivi in caso di inerzia". Tutte le altre attività, invece, rientrano senz'altro nell'ampio potere di gestione a questo riconosciuto, come la cura della *"attuazione dei progetti e delle gestioni ad essi assegnati dai dirigenti degli uffici dirigenziali generali, adottando i relativi atti e provvedimenti amministrativi ed esercitando i poteri di spesa e di acquisizione delle entrate"*, lo svolgimento di *"tutti gli altri compiti ad essi delegati dai dirigenti degli uffici dirigenziali generali"* e la *"gestione del personale e delle risorse finanziarie e strumentali assegnate ai propri uffici"*, personale che è valutato *"nel rispetto del principio del merito, ai fini della progressione economica e tra le aree, nonché della corresponsione di indennità e premi incentivanti"*.

L'intervento specificatore del Legislatore è stato quindi dovuto alla necessità di porre ulteriore chiarezza circa l'esatta demarcazione del confine tra le due tipologie di atti e ciò non sorprende data la nota teoria della pluriqualificazione degli atti di indirizzo politico (in questo caso, definito politico-amministrativo), laddove questo può essere esercitato con atti di diversa natura, anche di gestione con ogni evidenza. E' il caso, ad esempio, della ipotesi in cui *"l'attività amministrativa non comporta l'adozione di un provvedimento puntuale, ma la determinazione di criteri, standard, parametri e regole, spesso riferiti all'attività di terzi privati. In queste ipotesi occorre distinguere fra la determinazione di criteri e parametri volta ad applicare direttamente ed immediatamente norme primarie e secondarie, da mantenere in capo alla dirigenza amministrativa e la determinazione di criteri e parametri in uno spazio lasciato libero dalla normativa primaria e secondaria, da rimettere all'organo di governo"*²⁸⁸. In altri termini, il criterio guida da seguire nelle ipotesi dubbie dovrebbe essere sempre quello del grado di libertà della decisione da assumersi, laddove questa è molto ampia si avrà un atto di indirizzo, laddove invece è più ristretta si avrà un atto di gestione.

²⁸⁸ Cfr. L. Torchia, ult. op. cit., pag. 65.

4. L'attività di indirizzo dell'Amministrazione statale.

Nei precedenti paragrafi si è visto come il Ministro (in qualità di organo politico) è chiamato ad adottare atti di indirizzo (definito dal Legislatore come) politico-amministrativo, gli organi dirigenziali generali partecipano alla formazione (o determinazione del contenuto) di questo indirizzo, mentre gli uffici di diretta collaborazione (c.d. *staff*) coadiuvano il Ministro nel suo esercizio. Oltre a ciò, gli uffici dirigenziali generali esercitano un proprio indirizzo (non specificato nella sua natura da parte del Legislatore) nei confronti degli uffici dirigenziali non generali, i quali a loro volta esercitano un analogo indirizzo nei confronti degli uffici da essi dipendenti. È quindi confermato, in aderenza con le premesse poste ai precedenti paragrafi, che il modello di separazione tra politica e amministrazione è solamente tendenziale, laddove la funzione di indirizzo (anche) politico è in realtà condivisa tra gli organi politici e quelli burocratici, seppure ciò ovviamente in diversa misura, con diversi ruoli degli attori coinvolti e con l'intervento di sistemi di bilanciamento appositamente previsti.

L'indagine entra, allora, nel suo vivo: è necessario provare a stabilire che tipo di indirizzo è l'indirizzo "politico-amministrativo" esercitato dal Ministro (con la partecipazione dei dirigenti generali e l'ausilio degli uffici di *staff*) e che tipo di indirizzo è quello esercitato dagli uffici dirigenziali generali e non generali; infine, ci si deve interrogare se attraverso l'attività di gestione i dirigenti generali e non generali possono in ogni caso svolgere una funzione qualificabile come di indirizzo.

4.1. L'indirizzo (politico)amministrativo come strumento di necessaria predeterminazione delle decisioni amministrative.

Secondo le tesi dottrinarie classiche su cui è stata imperniata la costruzione teorica della funzione amministrativa²⁸⁹, la Pubblica Amministrazione sarebbe chiamata a dare esecuzione diretta alla Legge, cioè agli obiettivi e alla scala di valori da questa predeterminati in virtù dell'investitura democratica ricevuta da parte degli organi politici chiamati all'adozione della normativa, laddove lo spazio di "libertà" che rimane tra la Legge e il provvedimento amministrativo verrebbe tramutato in mera discrezionalità

²⁸⁹ Cfr. E. Bernatzik, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft: verwaltungsrechtliche Studien*, Vienna, Manz, 1886, pag. 46.

grazie alla predeterminazione normativa dell'interesse pubblico che dovrebbe guidare l'azione amministrativa: *“Questi crediamo siano i punti essenziali della nozione di discrezionalità: la predeterminazione di un fine, nonché l'esistenza di un obbligo di agire secondo ciò che richieda la funzione affidata al titolare del potere”*²⁹⁰. La Legge, cioè, attraverso la predeterminazione del fine (interesse pubblico) dovrebbe essere in grado di garantire il convogliamento dell'azione amministrativa secondo canoni certi, costituendone un limite interno²⁹¹; addirittura, secondo alcuni l'effetto dell'interesse pubblico così individuato sarebbe così dirompente da determinare la “distruzione” della discrezionalità²⁹².

In realtà, è stato successivamente osservato che l'interesse pubblico non riuscirebbe a determinare queste conseguenze, essendo uno strumento molto meno efficace, poiché sarebbe per definizione una entità dinamica, dialettica e astratta²⁹³, *“una scatola vuota, ... un quid vacuum”*²⁹⁴: l'eccessiva vaghezza gli impedirebbe di essere una guida utile nell'azione concreta²⁹⁵. O ancora, non si può affermare che l'interesse pubblico, in quanto fine dell'esercizio dell'azione, possa costituire un vincolo per l'esercizio della stessa, così come non si può affermare che *“la locomotrice è vincolata dal trascinar dei vagoni ... O la gru dell'alzar dei carichi, perché tale è la ragione per cui esse sono, e l'attività così finalisticamente considerata si dirà al massimo funzione, non attività legata”*²⁹⁶.

Quindi, l'interesse pubblico piuttosto che atteggiarsi a concreta guida dell'azione amministrativa è un principio direttivo nella formulazione dei canoni di condotta per la

²⁹⁰ Cfr. V. Ottaviano, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, Roma, Ed. Ist. italiano di studi legislativi, 1947, pag. 283.

²⁹¹ Cfr. R. Von Laun, *Das freie Ermessen und seine Grenzen*, Vienna, 1910, pagg. 65 e ss.; F. Fleiner, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen, 1928, pagg. 215 e ss.; L. Michoud, *Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration*, Rev. Gen. d'admin., 1915, Vol. I, pagg. 194 e ss..

²⁹² Cfr. F. Tezner, *Zur Lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörde*, Vienna, 1888, pagg. 63 e ss.; W. Jellinek, *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung*, Tübingen, Mohr, 1913.

²⁹³ Cfr. V. Cerulli Irelli, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1997, pagg. 400 e ss.

²⁹⁴ Cfr. P.M. Vipiana, *L'autolimita della pubblica amministrazione. L'attività amministrativa fra coerenza e flessibilità*, Milano, Giuffrè, 1990, pag. 37.

²⁹⁵ E' stato osservato che *“l'interesse pubblico non è agevolmente conoscibile; anzi in molti casi non è per nulla conoscibile. Qual è l'interesse pubblico al corretto assetto urbanistico? Qual è l'interesse pubblico che legittima l'assunzione di un provvedimento prezzi ...? La ricostruzione della discrezionalità amministrativa con puntualizzazione nel concreto di un interesse pubblico predeterminato si risolve in una formula quanto meno equivoca, e (forse) sviante. In tal modo non si fornisce sicuramente un parametro di facile impiego per valutare se la decisione assunta nel singolo caso sia la più opportuna”*, cfr. G. Pericu, *I procedimenti di massa*, in F. Trimarchi (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Atti del convegno di Messina-Taormina (25-26 febbraio 1988), Milano, Giuffrè, pag. 101.

²⁹⁶ Cfr. M. S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi*, Milano, Giuffrè, 1939, pag. 48.

buona amministrazione, “*ciò comporta che nella determinazione della scala di valori e di preferenze, seppure vincolata alle indicazioni positive, l’Amministrazione pubblica sia titolare di un amplissimo potere discrezionale sia nella individuazione degli interessi pubblici da realizzare, sia nella codificazione di una gerarchia di interessi*”²⁹⁷; per evitare ciò è allora necessario che, prima che l’Amministrazione decida, sia fissata la scala di valori e di interessi pubblici con un atto di indirizzo che vincoli la decisione finale²⁹⁸. Infatti, la decisionale finale (espressa con l’adozione del provvedimento amministrativo) deve essere solamente servente rispetto alla scelta sui fini e sui valori, la quale costituisce un momento prioritario, sia in termini logici che temporali²⁹⁹.

Dato che l’interesse pubblico, come definito dalla fonte legislativa, è un criterio guida per la determinazione di canoni di azione che non può essere considerato esso stesso un limite sufficiente ed adeguato a garantire il corretto esercizio della discrezionalità amministrativa - poiché quando è necessario risolvere una questione concreta l’Amministrazione risulta essere troppo “libera” di scegliere a causa della sussistenza di una pluralità indeterminata di alternative - sorge l’esigenza di restringere tali ampi margini di “libertà” nell’adozione di una decisione finale. Il problema è acuito dal fenomeno già analizzato della crisi della Legge e dalla conseguente dequotazione del principio di legalità inteso in senso rigido³⁰⁰, fattori che hanno fatto sì che si arrivasse a situazioni patologiche per le quali “*il momento amministrativo, di fronte alla caduta della*

²⁹⁷ A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, pag. 133, osserva che “*E’ sulla base delle scelte sui fini da perseguire, infatti, che il decisore prende in esame attraverso la deliberazione (decisione) l’insieme delle circostanze, delle possibilità di azione e delle probabilità di realizzazione del fine (o dei fini). È sull’adeguamento delle scelte di base (sui valori) alla situazione di fatto esistente, secondo le regole decisionali, che si fonda la scelta finale*”.

²⁹⁸ E’ stato osservato che “*La fissazione di una scala di valori, infatti, costituisce il primo momento di ogni processo decisionale pubblico ed è ormai un dato di fatto la generale tendenza all’anticipazione della scelta (discrezionale) relativa agli interessi ad una fase precedente a quella dell’azione concreta, ad un momento prefigurativo dell’azione, in cui si procede alla fissazione generale dei criteri di azione sulla base dei quali soltanto è possibile un’adeguata ponderazione comparativa degli interessi ... La tendenza segnalata determina un divorzio tra il momento della individuazione di una scala di valori e di preferenze e quello dell’assunzione delle determinazioni concrete ad opera dei provvedimenti applicativi, per cui gli atti afferenti alla fase di prefigurazione dell’azione vengono ad assumere, rispetto agli atti applicativi, il ruolo di atti di indirizzo certamente vincolanti per quanto attiene alla individuazione degli interessi da perseguire, ma necessariamente generali ed in quanto tali richiedono un intervento di precisazione e di adattamento alle peculiarità della realtà concreta*”, cfr. A. Police, ult. op. cit., pagg. 135-136.

²⁹⁹ Cfr. A. Police, ult. op. cit., pag. 137.

³⁰⁰ Sul tema della crisi della legge e del principio di legalità inteso in senso rigido si vedano S. Fois, *Legalità (principio di)*, Enc. dir., Vol. XXIII, Milano, 1973, pag. 697; F. Satta, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, Cedam, 1969, pag. 23; F. Ledda, *La legalità nell’amministrazione: momenti di sviluppo e fattori di crisi*, in G. Marongiu – G.C. De Martin, Milano, Giuffrè, 1992; R. Guastini, *Legalità (principio di)*, Dig. Disc. Pubbl., Vo. IX, Torino, 1994, pagg. 86 e ss..

*capacità di incidenza della legge, costituisce la reale sede di selezione degli interessi sociali*³⁰¹.

Per impedire ciò devono intervenire altri tipi di strumenti che possono essere distinti in atti di normazione secondaria e atti di predeterminazione delle decisioni amministrative: lo scopo di questi strumenti è analogo tra loro, ovvero quello di oggettivare l'esercizio della funzione pubblica³⁰²; dato che la Legge non può coprire che una piccola porzione delle possibilità a disposizione del decisore finale³⁰³, è necessario che le scelte principali, antecedenti alla decisione, siano prese con altri tipi di strumenti, come *“per esempio, sulla base di previsioni di diritto positivo, di direttive o istruzioni di superiori, di forme di autolimita”*³⁰⁴. Tra questi strumenti rientrano certamente a pieno titolo gli atti di indirizzo (politico/amministrativo o amministrativo) dettati dalla Pubblica Amministrazione, il cui scopo è quello di andare a drenare progressivamente gli spazi di *“libertà”* del decisore finale al momento dell'adozione del provvedimento amministrativo: la restrizione della discrezionalità dovrebbe infatti consentire di ottenere una maggiore aderenza della decisione rispetto agli obiettivi finali predeterminati attraverso l'indirizzo politico e, quindi, garantire un'omogeneità dell'azione pubblica al perseguimento degli scopi e delle priorità dettati dagli organi elettivi, investiti democraticamente.

Tramontato il criterio organizzativo della gerarchia e superato il modello direzionale, il principio autonomistico nel modello della c.d. interconnessione pone la necessità di individuare una catena di trasmissione valida degli obiettivi predeterminati dall'organo politico di governo supremo (il Consiglio dei Ministri) e l'organo burocratico che adotterà la decisione finale (solitamente, il dirigente non generale): tale catena di *“comando”* viene garantita non più dall'ordine, ma dalla sequenza di indirizzi che restringe progressivamente le alternative disponibili per la decisione e, quindi, riduce il rischio di sviamento dall'interesse pubblico³⁰⁵. In altri termini, l'attività di indirizzo

³⁰¹ Cfr. G. Sala, *Il principio del giusto procedimento nell'ordinamento regionale*, Milano, Giuffrè, 1985, pag. 107.

³⁰² Cfr. A. Police, ult. op. cit., pagg. 208-219.

³⁰³ Cfr. M. Nigro, *L'azione dei pubblici poteri. Lineamenti generali*, in G. Amato – A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, Vol. III, 1997, pagg. 20 e ss..

³⁰⁴ Cfr. A. Police, ult. op. cit., pag. 138.

³⁰⁵ E' stato osservato che *“... questo metodo – cioè a dire l'elaborazione di criteri generali della decisione futura – costituisce valida base di verifica del processo decisionale, della sua interna coerenza e della sua rispondenza all'interesse pubblico”*, cfr. A. Police, ult. op. cit., pag. 145. Sul tema si vedano anche A. Cariola, *Discrezionalità tecnica ed imparzialità*, Dir. proc. amm., 1997, pag. 469 e ss.; V. Onida,

amministrativo si conferma essere una “*determinazione di una regola generale d’azione dell’attività libera*” che, avendo ad oggetto un segmento libero di attività della pubblica amministrazione, può prevedere criteri ed obiettivi che debbono essere applicati dalla stessa amministrazione (norma organizzativa interorganica) oppure da altre amministrazioni subordinate all’indirizzo (norma organizzativa intersoggettiva)³⁰⁶.

Però, ovviamente, uno spazio di discrezionalità minima³⁰⁷ e residua a favore del decisore finale è insopprimibile, in quanto necessaria per risolvere le più disparate fattispecie concrete che gli si possono presentare e, quindi, “*alcune scelte, agli stadi concreti del processo decisionale, devono ancora essere compiute e spettano alla sua competenza*”³⁰⁸. Tale spazio minimo di decisione dovrà essere oggetto di specifica attenzione.

4.2. L’attività di indirizzo ministeriale: indirizzo politico/amministrativo o alta amministrazione.

Le riforme della Pubblica Amministrazione statale intervenute negli anni '90, di cui si è ampiamente trattato al precedente paragrafo, hanno prescelto una definizione dell’indirizzo esercitato da parte dei Ministri come “politico-amministrativo” (espressione risultante ad oggi negli artt. 4 e 14 del D.lgs. n. 165/2001): nella precedente fase dell’indagine si è omesso volutamente di entrare nel merito di questa definizione normativa, preferendosi prima analizzare la distribuzione della titolarità della funzione di indirizzo nel riparto di competenze politica-amministrazione. Allo stato attuale della trattazione è però indispensabile, al fine di cercare di avvicinarsi a delle conclusioni, effettuare un tentativo definitorio dell’indirizzo, con l’aiuto delle approfondite ricerche

Discrezionalità amministrativa e il sindacato giurisdizionale, Giorn. Dir. Amm., 1995, pag. 669; F. Salvia, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, Dir. Proc. Amm., 1992, pag. 687.

³⁰⁶ Cfr. E. Picozza, *L’attività di indirizzo della Pubblica Amministrazione*, Padova, Cedam, 1988., pag. 213.

³⁰⁷ G. Gardini, ult. op. cit., pag. 503, dubita che “*il controllo sull’uso corretto della discrezionalità può dirsi sufficientemente garantito dal potere di indirizzo politico-amministrativo ... a prescindere dalle carenze che gli organi di direzione politica hanno manifestato nell’adozione degli atti di indirizzo ... è evidente che di fronte alla complessità dell’agire amministrativo, alla multiforme varietà delle soluzioni cui l’amministrazione è posta dinanzi nella tutela dei diversi interessi in gioco, l’attività di gestione non può risolversi in un mero esercizio logico-deduttivo di applicazione della direttiva alla fattispecie concreta, ma – sempre di più – affida ai dirigenti la valutazione circa i mezzi e le soluzioni da adottare per il perseguimento dell’interesse generale*”.

³⁰⁸ Cfr. A. Police, ult. op. cit., pag. 138.

dottrinarie sul tema dell'indirizzo (politico e amministrativo), che sono state illustrate nella prima parte del presente lavoro.

Innanzitutto, è necessario provare a stabilire se l'indirizzo "politico-amministrativo", in quanto "politico" (oltre che amministrativo) possa essere considerato come uno strumento espressivo di una libera predeterminazione dei fini.

Tale conclusione, si anticipa, sembra essere negativa.

Nei precedenti paragrafi, era stato già evidenziato che un primo riferimento alla nozione di indirizzo, derivante dalle riforme intervenute alla fine del secolo scorso, poteva essere rinvenuto nella Legge 23 agosto 1988, n. 400 con la quale è stata riorganizzata la disciplina del Governo e della Presidenza del Consiglio dei Ministri. Tale normativa, all'art. 2, comma 1, ha attribuito in via esclusiva al Consiglio dei Ministri la determinazione della politica generale del Governo (oltre che dell'indirizzo generale dell'azione amministrativa, ai fini dell'attuazione di essa), da raccordarsi con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato e le Regioni (e Province autonome) laddove questa politica generale incida nelle competenze regionali (cfr. art. 12, comma 1). Il ruolo dei singoli Ministri ai fini della politica generale è previsto solamente in chiave ed in termini di attuazione della stessa (art. 5, comma 2, lett. a), laddove il Presidente del Consiglio dei Ministri, come previsto dall'art. 95 Cost., è chiamato a verificare che ciò sia fatto effettivamente ed in conformità con l'indirizzo generale.

A ciò si aggiunga che, sul tema, è intervenuto il D.Lgs. n. 74/2017 che ha modificato l'art. 5 del D.Lgs. n. 150/2009, introducendo la distinzione tra obiettivi generali (che *"identificano, in coerenza con le priorità delle politiche pubbliche nazionali nel quadro del programma di Governo e con gli eventuali indirizzi adottati dal Presidente del Consiglio dei ministri ai sensi dell'articolo 8 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286, le priorità strategiche delle pubbliche amministrazioni in relazione alle attività e ai servizi erogati"*) ed obiettivi specifici di ogni pubblica amministrazione (*"individuati, in coerenza con la direttiva annuale adottata ai sensi dell'articolo 8 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286, nel Piano della performance"*); ebbene, appare evidente che gli obiettivi specifici, la cui definizione spetta agli organi di indirizzo politico-amministrativo in collaborazione con gli organi dirigenziali (generali e non), sono posti in una posizione "subordinata" rispetto a quelli generali definiti dal Governo nel suo complesso (più precisamente con *"linee guida adottate su base triennale con decreto del*

Presidente del Consiglio dei ministri”, cfr. comma 2, dell’art. 5 citato), con la conseguenza che il Ministro ne sarà limitato, non potendo che muoversi all’interno di questi.

Questa precisazione sembra consentire quindi di concludere che l’unico organo politico che possa essere chiamato ad esprimere liberamente la predeterminazione dei fini ultimi dello Stato dovrebbe individuarsi nel Consiglio dei Ministri, nella sua veste collegiale, e non a favore dei singoli Ministri, i quali invece sono titolari di una competenza di attuazione dell’indirizzo politico³⁰⁹. L’indirizzo politico (puro o in senso stretto), caratterizzato dalla libertà dei fini che può predeterminare³¹⁰, è quindi esercitato esclusivamente dal Consiglio dei Ministri, in qualità di organo esecutivo supremo e di vertice, in quanto tale *“capace di esprimere e far valere, nel più alto grado, gli interessi generali e permanenti, dovendo esso ‘incarnare e rendere concreto il principio spirituale dell’esistenza politica di un popolo’, rappresentare il popolo non nel suo essere naturale, ma nella sua essenza politica, ossia nella sintesi delle esigenze particolari”*³¹¹; l’attività esercitata da tale organo *“riguarda non l’essere dello Stato, ma il suo dover essere, opera in relazione non ad un ordine già dato, statico, alla esplicazione del quale essa debba provvedere (come avviene per l’attività amministrativa) ma invece ad un ordine in formazione, dinamico, di cui è suo compito promuovere l’attuazione”*³¹².

Riprova ne è il fatto che la direttiva annuale - che deve essere adottata da parte del Ministro ai sensi dell’art. 14, comma 1, del D.Lgs. n. 165/2001 e che costituisce, come descritto ai paragrafi precedenti, lo strumento principe per l’esercizio del potere di indirizzo ministeriale unitamente al c.d. Piano delle *performance* che si muove al suo interno - deve essere adottata *“In coerenza ad eventuali indirizzi del Presidente del Consiglio dei Ministri, e nel quadro degli obiettivi generali di parità e pari opportunità previsti dalla legge ... in relazione alle risorse assegnate, gli obiettivi di miglioramento, eventualmente indicando progetti speciali e scadenze intermedie”*, così come previsto espressamente dall’art. 8 del D.Lgs. n. 286/1999; come detto, la rilevanza di tale direttiva

³⁰⁹ Cfr. M.P. Genesin, ult. op. cit., pag. 211.

³¹⁰ Cfr. G. Amato, *Nuove tendenze nella formazione degli atti governativi di indirizzo*, Milano, Giuffrè, 1970, pag. 102: *“esso consiste nella libertà di scelta, in nome di fini liberamente scelti, fra graduazioni diverse di interessi sociali”*.

³¹¹ Cfr. C. Mortati, *L’ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Milano, Giuffrè, ristampa inalterata del 2000, pag. 19.

³¹² Cfr. C. Mortati, ult. op. cit., pag. 16.

è stata nuovamente richiamata al fine della determinazione degli obiettivi specifici di cui all'art. 5 del D.Lgs. n. 150/2009. In altri termini, il fondamentale atto di indirizzo ministeriale è vincolato e subordinato nei suoi contenuti dalla linea politica dettata dall'esecutivo.

Dato che il Ministro deve esercitare una funzione di attuazione dell'indirizzo politico "libero", si potrebbe affermare che l'indirizzo politico-amministrativo, attribuitogli dalla legislazione vigente (dai richiamati artt. 4 e 14 del D.Lgs. n. 165/2001 e art. 5 del D.Lgs. n. 165/2001), costituisca uno strumento con il quale non vengano individuati liberamente dei fini ultimi, ma in modo vincolato (dai fini ultimi) dei fini intermedi, nel senso di fini che costituiscono lo strumento per addivenire al fine ultimo. È stato infatti osservato che *"ogni fine può a sua volta essere intermedio rispetto a altro fine più lontano, e così via, fino a quando un obiettivo relativamente finale non sia raggiunto. I fini stessi, cioè, hanno talvolta un mero valore strumentale rispetto ad altri obiettivi più lontani e ciò comporta inevitabilmente la concezione di una serie, o gerarchia dei fini e delle decisioni, ciascun gradino di questa gerarchia rappresentando un mezzo per l'attuazione degli obiettivi posti nel gradino immediatamente superiore"*³¹³.

La tipologia di indirizzo esercitata dal Ministro sembra allora ricadere all'interno della categoria dell'indirizzo amministrativo, posto che attraverso questo vengono espressi da parte del Ministro degli atti che costituiscono esercizio di un potere discrezionale e contengono prescrizioni in qualche modo vincolanti per la successiva azione pubblica³¹⁴; in particolare, il carattere amministrativo dell'indirizzo è dato dal fatto che attraverso questo viene determinata una regola generale d'azione dell'attività libera della Pubblica Amministrazione, la quale quindi sarà orientata da quanto indicato dal Ministro, ovvero costituisce espressione di un autolimita alla discrezionalità amministrativa³¹⁵. All'interno della qualifica di indirizzo amministrativo, tale forma di indirizzo sarà qualificabile più precisamente come alta amministrazione, perché

³¹³ Cfr. A. Police, ult. op. cit. pagg. 140-141. Sul tema, è citato dallo stesso Autore, H.A. Simon, *Administrative Behavior*, Simon and Schuster, 1997, pag. 109 e pagg. 48 e ss..

³¹⁴ Cfr. C. Mortati, *Sulla competenza amministrativa del Presidente della Repubblica*, (Oss. alla sent., C. conti, Sez. contr., 19 febbraio 1959, n. 166), Giur. Cost., Vol. 5, n. 1, pag. 1191; E. Cheli, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1967, pag. 184; E. Spagna Musso, *Natura giuridica degli ordinamenti regionali*, Milano Giuffrè, pag. 72; F. Bassi, *Contributo allo studio delle funzioni dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1969, pag. 68; M. Grisolia, *In tema di competenza amministrativa del Presidente della Repubblica*, Milano, Giuffrè, 1960, pag. 137.

³¹⁵ Cfr. M.P. Genesin, ult. op. cit., pagg. 134-135.

costituisce “il gradino più elevato dell’azione posta dai pubblici poteri per il conseguimento delle finalità già predeterminate mediante atti liberi nel fine”³¹⁶, ovvero le finalità individuate dal Consiglio dei Ministri attraverso l’indirizzo politico.

Il Ministro, chiamato a definire gli obiettivi ed i programmi da fare attuare dagli organi burocratici, esercita quindi un indirizzo politico minore, ovvero di alta amministrazione³¹⁷: non predeterminazione di interessi finali, ma di obiettivi intermedi (vincolati da quelli generali individuati dall’indirizzo politico) strumentali al loro raggiungimento. Il Ministro deve prevedere dei mezzi che gli organi burocratici saranno tenuti ad attuare nell’esercizio delle funzioni di loro competenza.

La doppia anima (politica in senso lato e amministrativa) delle funzioni di indirizzo del Ministro può essere individuata anche grazie alla distinzione tra le due competenze attribuitegli dall’art. 4 del D.Lgs. n. 165/2001, le quali si presentano come ben distinte tra di loro³¹⁸: da un lato, vi sono quelle funzioni di individuazione degli obiettivi e priorità dell’azione amministrativa attraverso l’adozione di piani, programmi e direttive generali, nonché la definizione dei criteri generali in materia di ausili finanziari a terzi; dall’altro lato, vi sono le misure più prettamente organizzative, ovvero l’individuazione delle risorse umane, materiali ed economico finanziarie (e la loro ripartizione tra gli uffici dei dirigenti generali), le nomine e le richieste di pareri alle *authorities* e al Consiglio di Stato. Queste due categorie hanno caratteristiche distinte, seppure facenti parte tutte dello stesso genere di atti di indirizzo amministrativo, *sub species* di alta amministrazione, come prima definita: la prima categoria ha la funzione di predeterminare degli scopi (seppure intermedi e vincolati a loro volta dalla predeterminazione del Consiglio dei Ministri), la seconda categoria ha la funzione di individuare delle misure organizzative. Quindi, la prima potrà essere qualificata come avente natura di indirizzo politico in senso lato o minore, nel senso di essere un indirizzo che predetermina degli scopi che devono orientare la successiva azione dell’Amministrazione, ma senza la totale libertà di cui è titolare solamente il Consiglio dei Ministri; mentre la seconda ha natura di indirizzo

³¹⁶ Cfr. G. Cugurra, *L’attività di alta amministrazione*, cit., 1973, pag. 273.

³¹⁷ Cfr. Crisafulli, *Per una teoria giuridica dell’indirizzo politico*, in Studi urbinati, anno XIII, serie A, nn. 1-2-3-4, 1939, pagg. 37-38. Sul tema si veda anche D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche: una introduzione*, Bologna, Il Mulino, pag. 254, che osserva come gli atti di alta amministrazione, costituendo espressione di un potere discrezionale non puramente politico, devono rispettare le scelte effettuate ai livelli superiori nella definizione degli interessi primari.

³¹⁸ La distinzione è stata ben evidenziata da M.P. Genesin, ult. op. cit., pag. 231.

amministrativo in senso stretto, ovvero un indirizzo che detta esclusivamente delle regole organizzative nei confronti della Pubblica Amministrazione per l'esercizio della sua funzione³¹⁹.

Si tratta di un indirizzo che globalmente considerato (senza scindere tra i due ambiti di competenza) risulta allora essere contestualmente politico (in senso lato o minore), nel senso che viene adottato da un organo politico (Ministro) e che prevede l'individuazione di obiettivi intermedi (in quanto vincolati dagli obiettivi finali predeterminati dal Consiglio dei Ministri) che l'azione amministrativa sarà chiamata a raggiungere, ma anche amministrativo (in senso stretto), nel senso che viene adottato da un organo posto formalmente al vertice della macchina burocratica dall'art. 95 Cost. (Ministro) e che detta delle regole strumentali all'organizzazione e all'esercizio dell'azione amministrativa. Quindi, *“La predeterminazione in via amministrativa dei criteri per l'esplicazione del potere discrezionale trova la propria sede elettiva nell'emanazione di atti a carattere generale pienamente riconducibili ad una generica funzione di indirizzo che può essere esplicitata ai vari livelli dell'apparato amministrativo. Qualora l'atto di autolimita provenga dagli organi politici di governo dell'amministrazione, esso ... è da reputare espressione della funzione di indirizzo amministrativo e, conseguentemente, acquisisce la connotazione di atto di alta amministrazione, implicando l'assunzione di responsabilità politica in capo all'organo procedente”*³²⁰.

Sotto quest'ultimo aspetto, è stato autorevolmente evidenziato come l'attività di alta amministrazione potrebbe essere espressa, a livello centrale, esclusivamente da parte dell'esecutivo (Consiglio dei Ministri, Ministri e Presidente del Consiglio), perché si tratterebbe di attività avente il massimo livello di discrezionalità (idealmente subito al di sotto della “libertà” riconosciuta all'attività politica pura) che necessiterebbe di una legittimazione democratica che l'art. 95 Cost. riconosce esclusivamente a favore del Governo in virtù del rapporto fiduciario con il Parlamento. Le decisioni di alta amministrazione, dunque, potrebbero essere adottate esclusivamente tramite assunzione contestuale della relativa responsabilità politica della decisione, affinché possa ritenersi

³¹⁹ Il riferimento è al contributo di M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966, pag. 152. Sulla natura di indirizzo organizzativo delle nomine, si veda G. Endrici, *Il potere di scelta. Le nomine tra politica e amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 2000, pag. 113.

³²⁰ Cfr. M.P. Genesin, ult. op. cit., pag. 136.

conforme al disegno costituzionale³²¹, anche perchè attraverso tali decisioni si addiène ad una restrizione di una competenza attribuita all'organo amministrativo direttamente dalla Legge³²².

In questo quadro, fiducia, responsabilità politica e indirizzo politico si condizionano reciprocamente³²³.

4.3. La natura dell'attività gestionale dei dirigenti generali e non.

I dirigenti generali e non generali, secondo il disegno tratteggiato dagli artt. 4 e 14 del D.Lgs. n. 165/2001, hanno formalmente una competenza esclusivamente gestionale, di attuazione dell'indirizzo politico-amministrativo (alta amministrazione) dettato dai Ministri. Limitandosi, dunque, ad una lettura superficiale di tale normativa si sarebbe portati ad affermare che nel modello di separazione politica/amministrazione attuato dal Legislatore, vi sarebbe un netto riparto competenziale in termini di indirizzo (politica) e gestione (burocrazia).

In realtà, come è stato già visto, così non è. I commi 1 e 2 dell'art. 14, del D.Lgs. n. 165/2001, rispettivamente, prevedono la partecipazione dei dirigenti generali alla formazione degli atti di alta amministrazione (competenza ribadita e precisata dall'art. 5 del D.Lgs. n. 150/2009) e prevedono il supporto da parte degli uffici di diretta collaborazione nell'esercizio dell'indirizzo politico-amministrativo del Ministro.

Tale partecipazione dei dirigenti nel processo di formazione dell'indirizzo politico-amministrativo dovrebbe vedere gli stessi come esterni alla decisione politica (cioè, la partecipazione dovrebbe limitarsi alla proposta di decisione o ad un aiuto tecnico alla formazione della stessa), questo perché l'alta amministrazione dovrebbe essere esercitata esclusivamente da organi che possano assumersi la necessaria responsabilità politica delle relative decisioni, con la conseguenza che *“non paiono, infatti, legittimati ad esplicare poteri di alta amministrazione, nell'attuale assetto organizzativo degli apparati pubblici, i dirigenti, anche di più alto livello”*³²⁴. Però, i dirigenti hanno la capacità di intervenire,

³²¹ Cfr. G. Cugurra, ult. op. cit., pag. 273. Sul tema anche M.P. Genesin, ult. op. cit., pagg. 143-147.

³²² Cfr. G. Cugurra, ult. op. cit., pag. 275.

³²³ Cfr. G. Guarino, *Il Presidente della Repubblica italiana: note preliminari*, Milano, Giuffrè, 1951, pag. 634.

³²⁴ Cfr. M.P. Genesin, ult. op. cit., pag. 146.

anche in modo sostanziale, all'interno della decisione politica, consentendo così la piena realizzazione del modello della c.d. interconnessione.

Se i dirigenti sono quindi titolari di un potere di influire sostanzialmente sulla decisione politica nell'adozione degli atti di alta amministrazione, ci si deve allora domandare se vi siano altri atti espressione di indirizzo che siano "nascosti" tra i poteri gestionali di esclusiva competenza dirigenziale. In caso positivo, si dovrà verificare la tipologia di indirizzo eventualmente esercitato dal dirigente attraverso i poteri gestionali (se si trattasse di indirizzo amministrativo o politico-amministrativo). Laddove tale indirizzo, poi, fosse qualificabile come politico-amministrativo, bisognerà comprendere l'effettiva legittimazione del dirigente a adottare atti di tale tipologia, stante l'insussistenza del carattere politico dell'organo.

4.3.1. La politicità dell'indirizzo amministrativo dirigenziale.

Circa l'attività di indirizzo esercitata da parte dei dirigenti, quella di maggiore interesse è svolta dal dirigente generale, poiché questo è chiamato, dall'art. 16 del D.Lgs. n. 165/2001, ad adottare atti (formalmente gestionali) ma che risultano avere un contenuto sostanziale di indirizzo nei confronti degli uffici dirigenziali non generali, come quelli di definizione degli *"obiettivi che i dirigenti devono perseguire e [dell'attribuzione delle] conseguenti risorse umane, finanziarie e materiali"*, di organizzazione di tali uffici, nonché significativamente la competenza di direzione, coordinamento e controllo della *"attività dei dirigenti e dei responsabili dei procedimenti amministrativi, anche con potere sostitutivo in caso di inerzia"* e della competenza a decidere *"sui ricorsi gerarchici contro gli atti e i provvedimenti amministrativi non definitivi dei dirigenti"*. I dirigenti non generali sono chiamati dall'art. 17 del D.Lgs. n. 165/2001, ad esercitare un indirizzo di più modesta portata, concorrendo *"all'individuazione delle risorse e dei profili professionali necessari allo svolgimento dei compiti dell'ufficio cui sono preposti anche al fine dell'elaborazione del documento di programmazione triennale del fabbisogno di personale di cui all'articolo 6, comma 4"*, nonché, analogamente ai dirigenti generali, anche i dirigenti non generali devono svolgere l'attività di direzione, coordinamento e controllo però nei confronti *"degli uffici che da essi dipendono e dei responsabili dei procedimenti amministrativi, anche con poteri sostitutivi in caso di inerzia"*.

L'indirizzo dirigenziale sembra diretto a dettare regole di azione e di organizzazione di tipo interorganico e, pertanto, sembra qualificabile all'interno dell'indirizzo di tipo amministrativo: non alta amministrazione, secondo la nozione prima data, ma indirizzo amministrativo "minore" od in senso stretto. Sarebbe un potere di indirizzo "subordinato" a quello di alta amministrazione dettato dal Ministro, in un processo di progressiva riduzione degli ambiti di discrezionalità che viene lasciata a disposizione del decisore finale (il Ministro limita/indirizza il dirigente generale, il dirigente generale limita/indirizza il dirigente non generale e il dirigente non generale limita/indirizza gli uffici), secondo il concetto di autolimita necessario alla predeterminazione delle decisioni amministrative, affinché il provvedimento sia il più possibile conforme all'interesse pubblico o fine ultimo (individuato dal Legislatore e dal Governo, attraverso attività di indirizzo politico).

Se sulla possibilità di qualificare tali poteri gestionali, come sostanzialmente di indirizzo, quindi, non vi dovrebbero essere dei dubbi; altrettanto, dovrebbe essere certa la qualificazione di tale indirizzo come "amministrativo", nel senso appena dato. Rimane, però, da comprendere se questo indirizzo seppure definito come "amministrativo" abbia un (anche solo possibile) contenuto politico, in ipotesi molto limitato.

Per quanto sinora esposto e per la teorica impossibilità da parte degli organi dirigenziali all'adozione di atti dal contenuto politico, sopra illustrata, la risposta dovrebbe essere negativa: gli atti di indirizzo in questione dovrebbero essere privi della qualificazione politica in senso stretto, intesa nel senso di libera determinazione di obiettivi dell'azione pubblica, ma anche in senso lato (alta amministrazione). Si è detto, infatti, che solamente il Consiglio dei Ministri può esercitare l'indirizzo politico in senso stretto e che solamente gli organi politici dell'esecutivo (Ministri e Presidente del Consiglio, oltre allo stesso Consiglio dei Ministri) possono esercitare l'alta amministrazione, in quanto è indispensabile il legame fiduciario con il Parlamento.

Si vuole però affrontare il tema da un altro punto di vista.

In passato, era stata autorevolmente evidenziata la intrinseca sussistenza di una carica politica all'interno di ogni atto di indirizzo, anche laddove questo fosse formalmente qualificato come amministrativo; ciò perchè *"non è possibile tener distinto l'indirizzo amministrativo da quello politico ... ambedue hanno in comune lo stesso elemento strutturale; cioè il potere discrezionale ... l'indirizzo (sia amministrativo che*

politico) è espressione della maggior quota di libertà assegnabile alla pubblica amministrazione in quanto investe non solo la predeterminazione del contenuto (la 'regola generale per la successiva azione dei pubblici poteri') ma anche la doverosità dell'emanazione"³²⁵. Da tale notazione risulterebbe "il principio secondo cui l'indirizzo amministrativo non possa considerarsi mera attività attuativa, ma contenga nella sua stessa natura una quota di creatività, di aleatorietà, ed infine di libertà che lo conduce necessariamente ad interagire con l'indirizzo politico: o come co-determinazione del medesimo, o raggiungendo obiettivi comunque politici"³²⁶.

Altri hanno osservato che esisterebbe "una sola volontà del governo, un unico indirizzo definito insieme politico e amministrativo, in base al quale il gabinetto tende a soddisfare gli interessi e i bisogni della comunità. La loro reciproca distinzione non è quindi fondata su un rapporto di subordinazione, bensì sulla stessa differenziazione che esiste tra l'aggettivo politico e quello amministrativo: il primo si riferisce ad un'entità libera, il secondo ad un'entità parzialmente vincolata nel fine, e quindi discrezionale. Ma l'uno e l'altro confluiscono nella medesima realtà, di cui fanno contemporaneamente parte integrante, e che s'identifica con il programma del governo, nel quale s'inseriscono fini tipicamente politici e fini più strettamente amministrativi, i quali ultimi però mantengono in ogni caso un margine anche esteso di politicità"³²⁷.

Da queste osservazioni si comprende come l'ampiezza del margine discrezionale in capo all'organo decisore determina la tendenza dell'indirizzo amministrativo adottato ad assumere connotati politici: tanto più aumenta lo spazio di "libertà" del decisore che adotta l'atto di indirizzo amministrativo, tanto più questo tenderà ad avere un contenuto politico (seppure in senso lato), il quale risponderà ad un'azione "libera" nei fini.

Oltre a ciò, si devono qui brevemente ricordare le teorizzazioni di Mortati e Crisafulli³²⁸, i quali avevano evidenziato l'impossibilità teorica e pratica di "ingabbiare" l'indirizzo politico all'interno di atti tipici (definibili come atti politici), dato che questo ha la necessità di potere essere espresso con atti estremamente variegati tra loro ed appartenenti trasversalmente a tutte le funzioni dello Stato (potere esecutivo, legislativo

³²⁵ Cfr. E. Picozza, ult. op. cit., pagg. 109-110.

³²⁶ Cfr. E. Picozza, ult. op. cit., pag. 96.

³²⁷ Cfr. Mannino, *Indirizzo politico e fiducia nei rapporti fra Governo e Parlamento*, Milano, Giuffrè, 1973, pagg. 61-62.

³²⁸ Si vedano i precedenti paragrafi 3.3., 3.4. e 3.5.

ed addirittura giudiziario³²⁹), poiché “L’indirizzo politico non ha senso invece se non in rapporto alle altre [funzioni dello Stato], o meglio alle vere funzioni, giacchè appartiene alla sua stessa intrinseca natura ... di non potersi esplicitare se non in strettissimo contatto con queste ultime alle quali, e in particolare alla legislativa e alla esecutiva, esso presta il mutevole contenuto sostanziale segnandone gli scopi e illuminandone il valore e il significato politici”³³⁰. E’ utile ricordare, inoltre, come Crisafulli avesse distinto tra atto-fonte dell’indirizzo politico (atipici³³¹) ed atti di realizzazione od attuazione dell’indirizzo politico (che presuppongono che questo sia stato già stabilito con un atto-fonte)³³²; questi ultimi potranno essere costituiti anche da atti formalmente appartenenti alla funzione esecutiva e legislativa e in questo caso “il valore proprio dell’indirizzo politico viene trasceso da quello dell’atto che lo contiene e si ha pertanto una fissazione in norme giuridiche legali o regolamentari a seconda dei casi, dell’indirizzo stesso con tutte le conseguenze che logicamente ne derivano quanto alla efficacia di esso, che non è più disciplinata allora da quei principi generali ... ma dagli altri principi propri rispettivamente delle leggi costituzionali o delle leggi ordinarie o dei regolamenti e così via”³³³. In altri termini, quindi, l’indirizzo politico, una volta determinato dall’atto-fonte, può (e deve) essere attuato anche con atti formalmente amministrativi, appartenenti alla funzione esecutiva, ma non per questo tali atti perderanno il loro carattere sostanzialmente politico.

Entrambi gli Autori, seppure con argomenti in parte diversi tra loro, concordavano anche nel ritenere che al fianco di un indirizzo politico in senso stretto, di predeterminazione degli scopi ultimi dello Stato, esista anche un indirizzo politico in

³²⁹ Cfr. F. Bassi, *Contributo allo studio delle funzioni dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1969, pagg. 71-73: “si spiega così come un potere politico – ed in primo luogo il c.d. indirizzo politico generale – possa assumere natura diversa a seconda del modo della sua manifestazione esprimendosi in funzione normativa, amministrativa e giurisdizionale e, talora, anche come in un’attività non qualificabile come funzione”.

³³⁰ Cfr. V. Crisafulli, ult. op. cit., pag. 117.

³³¹ L’atto-fonte per eccellenza dell’indirizzo politico viene individuato nel programma dei partiti politici che viene presentato alla consultazione elettorale, cfr. V. Crisafulli, ult. op. cit., pag. 19, laddove il Governo costituisce il “garante dell’attuazione del programma approvato dagli elettori”, cfr. Perini M., voce *Indirizzo politico (postilla di aggiornamento)*, in *Enciclopedia giuridica*, XVI, Roma, Istituto dell’Enciclopedia italiana, 2007, p. 2; si vedano anche G. Pitruzzella, *Artt. 92-93*, in G. Branca-A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1981, pagg. 87 e ss.; P. Calandra, *Il Governo della Repubblica*, Bologna, Il Mulino, 1986; A. Natalini, *Commento al IV Rapporto sull’attuazione del programma di governo 10 giugno 2001 – 10 giugno 2003*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2003, pagg. 1228 e ss..

³³² Cfr. V. Crisafulli, ult. op. cit., pagg. 108-109.

³³³ Cfr. V. Crisafulli, ult. op. cit., pag. 109.

senso lato che serve alla definizione degli strumenti più idonei per il perseguimento di tali scopi³³⁴, tra cui emerge la necessità di unità di funzionamento degli organi dello Stato-apparato, che servisse cioè a “*ricostituire ciò che la divisione delle competenze e degli organi necessariamente divide e di ricostituirlo intorno a un centro unico: il sistema dei fini da essa posti*”³³⁵.

Tutto quanto sopra serve ad osservare che l’indirizzo amministrativo dettato dai dirigenti sembra rivestire, almeno in parte, le caratteristiche essenziali di atti politici attuativi degli atti-fonte dell’indirizzo politico: si tratta di atti adottati da parte di organi, seppure burocratici, che sono dotati di spazi di discrezionalità estremamente ampi per via della posizione che rivestono nella macchina amministrativa (ciò ovviamente è ancora più valido circa i dirigenti generali); sono atti che servono a definire gli strumenti più idonei al raggiungimento degli obiettivi posti attraverso l’indirizzo politico-amministrativo. In sostanza, si vuole dire che l’indirizzo amministrativo è teso a dettare strumenti per il perseguimento dei fini ultimi dello Stato che secondo Mortati e Crisafulli è attività costituente uno dei due corni dell’indirizzo politico e che al tempo stesso l’esercizio di un indirizzo discrezionale, ma non libero (come quello politico), fa sì che all’interno dell’indirizzo amministrativo ci siano delle indiscusse componenti di politicità di cui si deve tenere conto, nella consapevolezza che l’indirizzo amministrativo (seppure così definito per tenerlo distinto dall’indirizzo politico e da quello politico-amministrativo o alta amministrazione) è comunque, in una certa misura, partecipato da una componente politica. D’altra parte, laddove si accetti che il dirigente generale adotti atti di partecipazione alla determinazione dell’indirizzo politico-amministrativo (mascherati da atti di gestione), si accetta implicitamente che questo possa esercitare una funzione latamente politica e, quindi, non vi dovrebbero essere preclusioni ad ipotizzare che anche altre competenze allo stesso attribuite possano avere (seppure in misura minore) una componente politica. E’ la riduzione della discrezionalità decisoria del dirigente determinata dall’indirizzo politico e dall’indirizzo politico-amministrativo dettati a monte, a giustificare la titolarità di una tale competenza da parte dell’organo burocratico, poiché ciò avrà comportato la proporzionale riduzione del carattere politico delle decisioni di indirizzo assunte dal dirigente (invece, nella definizione dell’indirizzo

³³⁴ Cfr. Crisafulli, *Per una teoria giuridica dell’indirizzo politico*, cit., pagg. 37-38.

³³⁵ Cfr. C. Mortati, ult. op. cit., pag. 15.

politico-amministrativo in cui la componente politica risulta essere predominante, il dirigente è legittimato solamente alla partecipazione e non alla decisione).

Sembra potersi concludere che così come politica e amministrazione non possono (e non debbono) essere distinti in modo netto, ma solamente tendenziale, anche l'indirizzo politico e quello amministrativo risultano essere inscindibili, potendosi ritrovare sempre elementi dell'uno all'interno dell'altro.

4.3.2. L'attività di indirizzo degli amministrati.

La conclusione circa la presenza di un contenuto politico nell'indirizzo amministrativo (su cui si tornerà a breve) sembra potersi estendere addirittura nei confronti dei poteri di “mera” gestione (o gestione in senso stretto) attribuiti al dirigente generale e non, dagli artt. 16 e 17 del D.Lgs. n. 165/2001, ovvero quelle competenze dirette ad adottare provvedimenti puntuali espressivi di amministrazione attiva.

Innanzitutto, bisogna comprendere se tali poteri gestionali siano configurabili come attività di indirizzo: la risposta può essere di segno positivo. In proposito, è stato infatti osservato che a seguito del passaggio dal criterio gerarchico, a quello direzionale e, infine, a quello autonomistico, i dirigenti avrebbero acquisito un margine di discrezionalità tale nell'adozione di tali provvedimenti tanto che la relativa attività determinerebbe la creazione di un vero e proprio indirizzo di tipo amministrativo, poichè *“il margine di scelta tra le diverse soluzioni si presenta così ampio, le opzioni risultano così indeterminate, che gli organi amministrativi si troveranno di volta in volta a creare regole operative ad hoc”*³³⁶. Analogamente a quanto era stato osservato circa gli organi giurisdizionali³³⁷, i dirigenti della Pubblica Amministrazione, nell'adottare i provvedimenti definitivi del procedimento amministrativo, compiono delle scelte tra molteplici alternative possibili ed interpretano il quadro normativo vigente ed applicabile: i provvedimenti così adottati, nel tempo, stratificandosi gli uni sugli altri, fanno emergere un orientamento della burocrazia che ha una attitudine ad influenzare il comportamento dei terzi, sono cioè *“determinazioni non normative ma giuridicamente rilevanti (perché creano nel destinatario un dovere di tenere comunque conto della determinazione*

³³⁶ Cfr. G. Gardini, ult. op. cit., pag. 106.

³³⁷ Cfr. precedenti paragrafi 4.1.4. e 4.1.5..

medesima)”³³⁸. Infatti, è stato osservato ormai da tempo che “è proprio l’agente, e non certo il comandante del suo corpo o un qualsiasi alto dirigente di quest’ultimo, che con il suo comportamento determina quale debba essere la direttiva operativa per il caso specifico che egli sta trattando”³³⁹.

Diversamente dagli altri tipi di indirizzo sinora osservati, i quali determinano delle regole per l’esercizio dell’azione libera della Pubblica Amministrazione, l’indirizzo esercitato dai dirigenti attraverso l’adozione di provvedimenti puntuali non si rivolge nei confronti di uffici, organi o soggetti pubblici. Al contrario, i destinatari di tale tipo di indirizzo sono i cittadini, con la conseguenza che attraverso questo vengono determinate delle regole di azione libera degli amministrati (e non della Pubblica Amministrazione), potendosi così parlare di indirizzo degli amministrati.

Chiarito che, quindi, sotto un certo aspetto, gli atti di amministrazione puntuale adottati dai dirigenti possono costituire attività di indirizzo, si evidenzia che questo potrebbe avere natura politica, oltre che amministrativa, proprio per l’autonomia e l’ampia discrezionalità riconosciute ai dirigenti nell’adozione di tali provvedimenti finali e, quindi, nella individuazione di un orientamento proprio (slegato, almeno in parte, dall’indirizzo politico-amministrativo ministeriale)³⁴⁰. Infatti, ogni volta che vi sia discrezionalità il decisore sarà chiamato a perseguire in autonomia³⁴¹ l’interesse pubblico predeterminato dal Legislatore attraverso la scelta di composizione degli ulteriori interessi (pubblici c.d. secondari e privati), la quale si presenta “libera” nei limiti della legittimità della stessa e, quindi, “in quanto tale, è dotata di una valenza politica ineliminabile, che solo una mistificazione potrà circoscrivere ad una semplice attività di accertamento e di verifica”³⁴².

D’altra parte, erano state già illustrate le teorie, appartenenti al *genus* c.d. esistenziale dell’indirizzo politico³⁴³, secondo cui l’indirizzo politico e il fine politico

³³⁸ Cfr. E. Picozza, ult op. cit., pag. 123, con riferimento alle pronunce giurisdizionali.

³³⁹ Cfr. B.G. Peters, *La pubblica amministrazione: un’analisi comparata*, Bologna, Il Mulino, 1999, pag. 21.

³⁴⁰ Cfr. G. Gardini, ult. op. cit., pag. 108: “l’attribuzione della discrezionalità agli organi amministrativi scardina la centralità della funzione di indirizzo politico nella realizzazione dell’interesse generale”.

³⁴¹ Cfr. D.J. Calligan, *La discrezionalità amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1999, pag. 13.

³⁴² Cfr. G. Gardini, ult. op. cit. pag. 96. Secondo M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, Giuffrè, 1939, pag. 42, l’esercizio della discrezionalità è stata accostata all’espressione di “una valutazione di tipo politico”.

³⁴³ Cfr. precedente paragrafo 3.2..

sarebbero concetti distinti: gli organi costituzionali sarebbero chiamati a determinare il fine politico il quale costituirebbe il parametro esterno di coerenza che deve guidare l'esercizio dei poteri di tutte le altre funzioni dello Stato, mentre l'indirizzo politico sarebbe individuabile solamente *ex post*, ovvero guardando unitariamente il complesso indeterminato di atti e provvedimenti che sono stati adottati per il perseguimento del fine politico, la cui coerenza complessiva è garantita proprio da tale fine. Pertanto, può sostenersi che anche i provvedimenti amministrativi, concorrendo al perseguimento del fine politico dettato dai Ministri, rientrano tra quegli atti che determinano, attraverso una visione *ex post*, l'indirizzo politico. In altri termini, l'indirizzo (anche politico) esercitato con i provvedimenti puntuali dell'Amministrazione potrebbe essere ricostruito *ex post* guardandosi al complesso di decisioni adottate (così come avviene per gli orientamenti giurisprudenziali), potendosi così sussumere, dal particolare al generale, dal concreto della prassi all'astratto, l'indirizzo predicato.

Sembra intrinsecamente sussistente nella decisione finale del dirigente che adotti un provvedimento amministrativo un contenuto di indirizzo, peraltro anche politico, il quale normalmente dovrebbe avere una portata estremamente limitata. Però, tanto più nei fatti dovessero mancare gli atti di predeterminazione della decisione amministrativa, tanto più il decisore finale adotterà dei provvedimenti che, oltre a risolvere la questione concreta, stabiliranno prioritariamente una scala di valori che costituisce il presupposto logico e giuridico per la decisione finale; cioè, tanto più la catena di indirizzo (politico-amministrativo ed amministrativo) sarà lasca o, addirittura, insussistente e tanto più potere politico si troverà ad esercitare il decisore finale, in conseguenza della mancata riduzione progressiva degli ambiti di discrezionalità per l'esercizio della funzione pubblica. E' fisiologico che il decisore eserciti un certo margine (insopprimibile ed ineliminabile) di discrezionalità (con conseguente sussistenza di un profilo politico, molto contenuto, della decisione), ma si ricadrà nella patologia qualora la discrezionalità dovesse risultare talmente ampia da fare ritenere la scelta del decisore quasi "libera", con conseguente e proporzionale incremento della sua politicità.

4.3.3. Gli strumenti di legittimazione politica degli organi burocratici. In particolare, l'atto di nomina del dirigente (conferimento dell'incarico dirigenziale).

In considerazione della sopra ricordata teoria della pluriqualificazione degli atti politici, non può sorprendere la presenza di un contenuto politico in atti formalmente e sostanzialmente amministrativi, come gli atti gestionali, la cui competenza è attribuita in via esclusiva agli organi burocratici. Il problema si pone da un altro punto di vista, cioè quello della legittimazione dell'organo burocratico all'adozione di atti aventi questo contenuto.

Partire dall'accettazione della teoria della pluriqualificazione degli atti politici agevola il percorso risolutivo della questione, poiché questa è fondata sul presupposto che gli atti di indirizzo politico possono (o addirittura debbono) essere adottati da parte di tutti i poteri dello Stato, in quanto l'attività politica è necessariamente trasversale a tutte le funzioni al fine di garantirne la coesione e l'unità. Tale presupposto, infatti, determina la necessità logica di ammettere che, da un punto di vista concettuale, anche gli organi burocratici (così come addirittura gli organi giurisdizionali) possano adottare atti aventi un tale contenuto. Si tratta però di comprendere, da un punto di vista giuridico (e non logico), se alla luce del quadro normativo vigente gli organi burocratici siano effettivamente legittimati all'adozione di atti (in parte) politici.

La risposta sembra essere affermativa, nel senso che a seguito dell'introduzione del modello della c.d. interconnessione sembrano rintracciabili nell'attuale tessuto normativo più di uno strumento di legittimazione "politica" degli organi burocratici all'adozione di atti di contenuto non solamente amministrativo, infatti, *"la legittimazione politica del potere amministrativo è assicurata dal costante collegamento tra i due livelli, prima ancora che attraverso un rapporto rigido di specificazione tra l'attività di indirizzo politico e amministrazione"*³⁴⁴. Ciò riflette l'idea che le decisioni discrezionali amministrative o vengono adottate direttamente dagli organi politici (elemento incompatibile con il principio di separazione) oppure devono essere adottate sotto il controllo di questi³⁴⁵.

Le norme organizzative che regolano il rapporto politica/amministrazione sono fondamentali sotto questo aspetto perché se è vero che hanno creato ambiti specifici di competenze esclusive spettanti alle due sfere, è ancora più vero che tale separazione è temperata con una serie di contrappesi che servono a garantire il rapporto circolare

³⁴⁴ Cfr. G. Gardini, ult. op. cit., pag. 108.

³⁴⁵ Cfr. U. Allegretti, *Legge generale sui procedimenti e moralizzazione amministrativa*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Vol. III, Milano, Giuffrè, 1988, pag. 9.

(ascendente-discendente) tra burocrati e politici, anziché verticale (meramente discendente), cioè strumenti che servono ad attuare concretamente quella interconnessione che garantisce e legittima il dialogo continuo tra i due livelli.

Il primo (e principale) strumento organizzativo che assicura la coesione è costituito dalle specifiche modalità di assegnazione degli incarichi dirigenziali³⁴⁶, così come previste dall'art. 19 del D.Lgs. n. 165/2001³⁴⁷. La centralità, l'importanza e la delicatezza di tale norma si evince dal numero di modifiche legislative che sono intervenute sulla stessa nei suoi quasi venti anni di vita (n. 23 interventi del Legislatore, molto spesso d'urgenza), unitamente a due pronunce di Corte Costituzionale (aventi ad oggetto la problematica dello *spoils system*³⁴⁸). L'atto di conferimento dell'incarico, avente natura privatistica³⁴⁹, è adottato in esito ad un'attività che è stata procedimentalizzata dalla riforma Brunetta (D.Lgs. n. 150/2009), la quale ha introdotto l'obbligo di rendere conoscibili, anche mediante pubblicazione di apposito avviso sul sito istituzionale, il numero e la tipologia dei posti di funzione che si rendono disponibili nella dotazione organica ed i criteri di scelta: una volta manifestata la volontà all'affidamento dell'incarico dirigenziale, vengono acquisite le disponibilità dei dirigenti interessati e queste sono valutate (cfr. comma 1 *bis* dell'art. 19 del D.Lgs. n. 165/2001). Tale

³⁴⁶ Così M.C. Cavallaro, *Il rapporto tra politica e amministrazione*, in A. Contieri – M. Immordino (a cura di), *La dirigenza locale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, pag. 28.

³⁴⁷ Sul tema degli incarichi dirigenziali, si vedano i seguenti contributi: A. Corpaci, *Riflessioni sulla dirigenza pubblica alla luce della l. n. 145 del 2002*, Lav. Pubbl. Amm., 2002, pagg. 859 e ss.; C. Colapietro, *La «controriforma» del rapporto di lavoro della dirigenza pubblica (l. 15 luglio 2002, n. 145)*, cit., pagg. 639 e ss.; C. D'Orta, *Gli incarichi dirigenziali nello stato dopo la l. 145/2002*, Lav. Pubbl. Amm., 2002, pagg. 929 e ss.; AA.VV., *La terza riforma del lavoro nelle Pubbliche amministrazioni, parti I-II-III*, Lav. Pubbl. Amm., rispettivamente in 2008, pagg. 949 ss., 2009, pagg. 1 ss. e 2009, pagg. 469 ss.; L. Zoppoli (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009; AA.VV., *La riforma "Brunetta" del lavoro pubblico*, GDA, 2010, pagg. 1 ss.; M. Persiani, *La nuova disciplina della dirigenza pubblica*, Ragiusan, 2010, vol. I, pagg. 2697 ss.; AA.VV., *Il pubblico impiego dopo la riforma del 2009*, RGL, 2010, I, pagg. 447 ss.; F. Carinci – S. Mainardi (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico*, Milanofiori-Assago, Ipsoa, 2011; M. Napoli – A. Garilli (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo : D.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 con aggiornamento alla L. 7 agosto 2012, n. 135 (spending review)*, Padova, Cedam, 2013; AA.VV., *La riforma del lavoro pubblico*, RGL, 2015, vol. I, pagg. 473 ss.; AA.VV., *La riforma della pubblica amministrazione*, GDA, 2015, pagg. 621 ss.; S. BATTINI, *Al servizio della Nazione? Verso un nuovo modello di disciplina della dirigenza e del personale pubblico*, Relazione presentata al convegno di Varenna, 23 settembre 2016.

³⁴⁸ Si tratta delle sentenze di Corte Costituzionale 4 aprile 2011, n. 124 e 20 luglio 2011, n. 246.

³⁴⁹ La giurisprudenza è ormai unanime nel qualificare in tale modo la natura dell'atto di conferimento, sin da Cass. Civ., 20 marzo 2004, seguita successivamente da molte altre, id., 9 dicembre 2004, n. 22990; id. 5 luglio 2005, n. 14252; id., 14 aprile 2008, n. 9814; id., 26 novembre 2008, n. 28274; id., 30 settembre 2009, n. 20979; id., 30 dicembre 2009, n. 27888; id., 12 ottobre 2010, n. 21088; id., 26 settembre 2011, n. 19630; id., 4 aprile 2012, n. 5369; id., 26 marzo 2014, n. 7107; id., 24 settembre 2015, n. 18972; id., 10 novembre 2017, n. 26694.

previsione è fondamentale al fine di comprendere l'esatta natura della procedura di conferimento dell'incarico, poiché *“Ne deriva un obbligo di evidenziare le ragioni per le quali si ritiene un dirigente idoneo a ricoprire un certo incarico, senza che sia imposta l'attivazione di una rigorosa procedura comparativa, né tantomeno l'esplicitazione delle ragioni per le quali si ritiene un dirigente più idoneo rispetto ad un altro”*³⁵⁰. Infatti, sebbene la norma faccia riferimento alla necessità del possesso in capo al candidato di una pluralità di criteri e requisiti oggettivi³⁵¹, la giurisprudenza amministrativa che si era formata sul punto (quando tali atti si ritenevano ancora di natura pubblicistica) ha precisato che, nel procedimento di attribuzione dell'incarico, l'atto di nomina costituirebbe espressione di alta amministrazione, deputato all'esercizio dell'indirizzo politico-amministrativo dell'organo politico, frutto di una scelta essenzialmente fiduciaria, sul presupposto del possesso dei requisiti che consentano al soggetto di accedere alla qualifica in questione³⁵²; nonostante ciò, la decisione finale adottata non sfuggirà però all'obbligo generale di motivazione³⁵³.

³⁵⁰ Cfr. A. Boscati, *La riforma mancata: il ruolo della dirigenza pubblica nei nuovi assetti*, Lav. Pubbl. Amm., 2018; della stessa opinione anche D. Mezzacapo, *Dirigenza pubblica e tecniche di tutela*, Napoli, 2010, pagg. 131 e 257 e G. D'Auria, *Il nuovo sistema delle fonti: legge e contratto collettivo, Stato e autonomie territoriali*, GDA, 2010, pag. 11.

³⁵¹ Come noto, tale norma prevede che per il conferimento dell'incarico dirigenziale si debba tenere conto di criteri oggettivi e, in particolare, *“in relazione alla natura e alle caratteristiche degli obiettivi prefissati ed alla complessità della struttura interessata, delle attitudini e delle capacità professionali del singolo dirigente, dei risultati conseguiti in precedenza nell'amministrazione di appartenenza e della relativa valutazione, delle specifiche competenze organizzative possedute, nonché delle esperienze di direzione eventualmente maturate”*.

³⁵² Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 1 aprile 2011, n. 2059: *“l'Amministrazione dispone di poteri ampiamente discrezionali, in ragione del ruolo di cerniera fra indirizzo politico ed azione amministrativa ad essi demandata ... la scelta dei soggetti da nominare prescinde, quindi, da ogni forma di valutazione comparativa, il che esime anche da adempimenti di partecipazione procedimentale, e deve avvenire sulla base di valutazioni di carattere eminentemente fiduciario, con riferimento alla probabilità di svolgimento ottimale di mansioni pubbliche, secondo i normali criteri della fedeltà del pubblico impiegato rispetto agli organi di vertice e della neutralità rispetto alle persone titolari di tali organi, nonché all'avvicinarsi al governo delle varie correnti politiche”*.

³⁵³ Cfr. TAR Lazio, Sez. I, 5 marzo 2012, n. 2223. *“Se pure, in linea generale, le designazioni degli organi di vertice delle Amministrazioni si configurano come provvedimenti da adottare in base a criteri eminentemente fiduciari, riconducibili nell'ambito degli atti di alta amministrazione, in quanto sono espressione della potestà di indirizzo e di governo delle autorità preposte alle Amministrazioni stesse, si deve osservare nondimeno che il singolo provvedimento di nomina deve esporre le ragioni che hanno condotto alla nomina di uno di essi, comportando una scelta nell'ambito di una categoria di determinati soggetti in possesso di titoli specifici. In altre parole, la motivazione della scelta - sia pure effettuata latamente "intuitu personae" - deve comunque ancorarsi all'esito di un apprezzamento complessivo del candidato, in modo che possa dimostrarsi la ragionevolezza della scelta effettuata che non può logicamente esaurirsi nel mero riscontro da parte dei singoli candidati dei requisiti prescritti dalla legge ma che importa articolate, delicate e talvolta addirittura sfumate valutazioni sulla stessa personalità dei candidati, sulle loro capacità organizzative, sul loro prestigio personale e sul prestigio che eventualmente hanno già conferito agli uffici precedentemente ricoperti e che astrattamente sono in grado di assicurare a quello da*

Emerge, quindi, un legame fiduciario non soltanto tra il vertice politico e i dirigenti apicali e il personale appartenenti agli uffici di diretta collaborazione, ma anche tra il vertice politico e i dirigenti generali³⁵⁴: si tratta però di un legame fiduciario diverso³⁵⁵, nel senso di una “*fiducia professionale ... come momento episodico e puntuale ... fiducia in senso lato, che comprende situazioni diverse ma variamente tutelate proprio sul versante negativo della fiducia*”³⁵⁶. Il fatto di essere di fronte ad una fiducia avente caratteristiche diverse da quella politica è comprovato dall’insussistenza del potere di revoca *ad nutum* dell’incarico dirigenziale, dato che, ai sensi degli artt. 97 e 98 Cost., non può trovare spazio la rimozione dall’incarico al di fuori degli episodi di responsabilità dirigenziale codificati ai sensi dell’art. 21 del D.Lgs. n. 165/2001, da riscontrarsi in esito ad un procedimento da svolgersi in contraddittorio con il dirigente interessato; nonché, per gli stessi motivi, è comprovato dall’impossibilità di applicazione del meccanismo dello *spoils system*³⁵⁷. E’ una fiducia politica non “pura”, appunto, che è stata definita anche come “*tecnico-politica*”; con tale termine si vuole intendere che l’organo politico individua il soggetto cui attribuire l’incarico sulla base del convincimento della capacità di quel determinato dirigente di realizzare il progetto politico-amministrativo dettato³⁵⁸.

ricoprire”; in senso del tutto analogo, TAR Lazio, Sez. III, 22 gennaio 2009, n. 517 e TAR Campania, Sez. I, 26 ottobre 2016, n. 4973.

³⁵⁴ Sul tema si vedano i contributi di, S. Battini - B. Cimino, *La dirigenza pubblica italiana fra privatizzazione e politicizzazione*, Riv. Trim. Dir. Pubbl., 2007, n. 4, pag. 1009; A. Massera, *Il difficile rapporto tra politica e amministrazione: la Corte Costituzionale alla ricerca di un punto di equilibrio*, Giorn. Dir. Amm., 2007, pagg. 1307 e ss.; G. D’Auria, *Fedeltà e merito nella scelta dei dirigenti pubblici*, in AA. VV., *Il diritto amministrativo oltre i confini: omaggio degli allievi a Sabino Cassese*, Milano, Giuffrè, 2008, pagg. 85 e ss.; B.G. Mattarella, *Il principio del merito e i suoi oppositori*, Riv. trim. dir. pubbl., 2007, pagg. 641 e ss.; S. Cassese, *L’ideale di una buona amministrazione: principio del merito e stabilità degli impiegati*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007.

³⁵⁵ L’elemento fiduciario si presta ad avere differenti caratteristiche perché è “*situato al confine, per sua stessa natura, tra il giuridico e il fattuale. Un elemento, tuttavia, non univocamente connotativo, così da venire utilizzato in accezioni e con riferimento a fattispecie molto differenziate*” G. Endrici, *Il potere di scelta*, cit., pag. 206

³⁵⁶ G. Endrici, ult. op. cit., pag. 226.

³⁵⁷ In questi termini, la nota sentenza della Corte Costituzionale, 25 luglio 2011, n. 246, che richiama la precedente n. 81/2010 conforme sul punto. Più di recente si veda la sentenza della Corte Costituzionale, 15 dicembre 2016, n. 269, che ha dichiarato l’illegittimità dell’art. 1, comma 1, L.R. Calabria 3 giugno 2005, n. 12, nella parte in cui aveva previsto l’applicazione dello *spoils system* al presidente del consiglio di amministrazione di Fincalabra s.p.a., laddove questo “*esercita funzioni di «attuazione delle politiche regionali di sviluppo socio-economico», ossia non funzioni di collaborazione alla formazione dell’indirizzo politico, bensì di attuazione di quest’ultimo, sicché il presidente della stessa, che è figura tecnico-professionale, pur nominata fiduciariamente, non è titolare di funzioni di collaborazione all’elaborazione di indirizzi politici, ma di funzioni gestionali e di esecuzione, ed è responsabile del perseguimento di obiettivi definiti in appositi atti di pianificazione ed indirizzo, deliberati dagli organi di governo della Regione*”.

³⁵⁸ Cfr. F. Saitta, *Burocrazia e indirizzo politico: il modello della Corte costituzionale*, Dir. proc. Amm., 2008, pagg. 175 e ss..

La fiducia in questione esprime, quindi, l'affidabilità percepita dall'organo politico circa l'effettiva volontà del dirigente prescelto di raggiungimento degli scopi predeterminati³⁵⁹, aspetto che, a fronte del possesso dei requisiti professionali "minimi"³⁶⁰, risulta essere legittimamente decisivo ai fini dell'attribuzione dell'incarico, anche in comparazione con altri candidati³⁶¹: in sintesi, l'art. 19 descrive una "*investitura fiduciaria oggettivizzata*" dalla procedura ivi prevista³⁶², che viene espressa da parte dell'organo politico come atto di indirizzo organizzativo necessario all'attuazione dei programmi e delle direttive ministeriali³⁶³. D'altra parte, se è vero che l'organo politico non è legittimato alla revoca *ad nutum* del dirigente incaricato, è però senz'altro vero che ricorre l'esercizio (anche doveroso) del potere di controllo e sanzionatorio laddove quest'ultimo non abbia raggiunto gli obiettivi dettati e le direttive adottate in sede politica; qualora la fiducia professionale (intesa nel senso della affidabilità per il raggiungimento degli obiettivi) sia stata disattesa, il dirigente potrà incorrere, in esito ad un procedimento in contraddittorio, nella responsabilità dirigenziale avente triplice forma (mancato rinnovo dell'incarico, revoca dell'incarico e risoluzione del rapporto di lavoro) a seconda della gravità delle circostanze verificatesi³⁶⁴. Ciò che è certo è che attraverso tale diversa tipologia di fiducia, più debole di quella puramente politica, l'organo politico e quello burocratico sono maggiormente coesi³⁶⁵, il che - oltre a costituire un vantaggio in termini di efficacia dell'azione amministrativa (cioè, di capacità di raggiungimento degli obiettivi posti dall'organo politico) - consente anche di concludere che per il tramite di tale legame fiduciario, l'organo burocratico sarà, seppure in minima parte, legittimato ad

³⁵⁹ Cfr. M.P. Genesin, ult. op. cit., pagg. 253-254.

³⁶⁰ Cfr. A. Boscati, ult. op. cit., "*Occorre dimostrare che in applicazione dei criteri definiti dal comma 1 dell'art. 19, come eventualmente specificati nell'av-vi-so (c.d. interpello) del-l'amministrazione, il prescelto possiede le capacità per svolgere l'incarico avendo riguardo alla sua "professionalità" ed alla tipologia di incarico da ricoprire*".

³⁶¹ Cfr. M.P. Genesin, ult. op. cit., pag. 180: "*... non è necessario venga scelto il candidato professionalmente più qualificato, ma quello maggiormente affidabile rispetto all'indirizzo dell'amministrazione procedente. Di modo che la motivazione dell'atto di nomina deve esplicitare quali siano le doti del soggetto prescelto che appaiono idonee a gestire l'incarico in modo ottimale, senza dover spiegare le ragioni di esclusione degli altri candidati, anche se di uguale o eventualmente maggiore qualificazione professionale, ma ritenuti meno affidabili rispetto agli scopi perseguiti*".

³⁶² Cfr. A. Boscati, ult. op. cit..

³⁶³ Cfr. G. Endrici, ult. op. cit., pag. 113.

³⁶⁴ Cfr. G. Gardini, ult. op. cit., pagg. 117-120.

³⁶⁵ G. Gardini, ult. op. cit., pag. 507 osserva che con l'esercizio del potere di nomina e di revoca "*il vertice politico riprende temporaneamente in mano la leva direzionale, senza surrogarsi all'organi tecnico nell'esercizio dell'attività ad esso riservata, ma indicando attraverso una valutazione soggettiva la persona più adatta cui attribuire l'uso del potere discrezionale per il raggiungimento di determinati obiettivi di interesse pubblico*".

adottare atti dal contenuto politico; si passa da una legittimazione legal-razionale, ad una nuova legittimazione di tipo “*funzional-fiduciario, fondata sull’ottenimento dei risultati e sulla unitarietà del disegno politico di fondo*”³⁶⁶. La legittimazione ad adottare atti dal contenuto politico è, quindi, diluita dall’allontanamento del soggetto decisore dall’organo elettivo, democraticamente investito: sussistendo in capo al dirigente una fiducia di “secondo grado od indiretta” (nel senso che gli perviene dall’organo politico non elettivo che a sua volta è già legato fiduciarmente al Parlamento) e, peraltro, di tipo “debole” (nel senso che non si tratta di una fiducia politica in senso stretto, che prevede la possibilità di revoca *ad nutum* e che risponde esclusivamente a logiche di *intuitus personae*), questo si potrà ritenere legittimato ad adottare atti aventi un contenuto politico molto ridotto.

Inoltre, la capacità dell’organo dirigenziale di raggiungimento dei risultati, anche nell’ottica dell’Amministrazione di risultato ai sensi del principio delle c.d. tre E previsto dall’art. 1 della Legge n. 241/1990, costituisce una autonoma forma di legittimazione determinata dal consolidato principio tecnocratico, secondo il quale l’organo si legittima per la capacità tecnica che è in grado di esprimere nell’esercizio della propria azione³⁶⁷. A questo si aggiunge il concetto di burocrazia informata sulla base dei principi di parità di accesso, di partecipazione paritaria e diffusa da parte dei cittadini a livello nazionale: l’attività amministrativa esercitata dalla burocrazia avrebbe connotati democratici, nel senso di potersi considerare espressiva della sovranità popolare, per il solo fatto che è costituzionalmente riconosciuto dall’art. 97 a tutti i cittadini di potere accedere ai ruoli della Pubblica Amministrazione secondo criteri meritocratici³⁶⁸.

Infine, ma ciò riguarda essenzialmente l’indirizzo espresso attraverso gli atti di gestione diretta degli organi burocratici (prima definiti come espressione di indirizzo degli amministrati per la capacità di orientare i comportamenti dei cittadini terzi anche non destinatari diretti del provvedimento finale), si deve ricordare la sempre più centrale importanza assunta dalla partecipazione procedimentale a favore degli amministrati, la quale costituisce uno strumento di legittimazione democratica di organi non politici chiamati ad adottare decisioni ampiamente discrezionali³⁶⁹. A questo proposito, si

³⁶⁶ Cfr. G. Gardini, ult. op. cit., pag. 510.

³⁶⁷ Cfr. G. Gardini, ult. op. cit., pag. 122.

³⁶⁸ Cfr. G. Pastori, *La burocrazia*, Padova, Cedam, 1967, pagg. 409 e ss..

³⁶⁹ Di ciò si è già ampiamente parlato al precedente paragrafo 5.3. del capitolo primo, cui si rimanda.

ricordano i cinque principi della *good governance* individuati in sede europea nella apertura, partecipazione, responsabilità, efficacia e coerenza, i quali sono ritenuti indispensabili per “una governance più democratica [poiché] costituiscono il fondamento della democrazia e del principio di legalità negli Stati membri”³⁷⁰.

4.3.4. (segue) La fiducia *sui generis* verso il Segretario comunale ne legittima il ruolo “propositivo” nella formazione dell’indirizzo politico-amministrativo.

Per meglio comprendere i caratteri e la funzione dell’atto di nomina nel senso di strumento di coesione tra politica e amministrazione, tale da legittimare il dirigente all’esercizio di competenze di indirizzo politico-amministrativo, si deve prendere in considerazione la peculiare figura del Segretario comunale, il quale viene comunemente definito organo “bifronte”³⁷¹ proprio per la peculiarità della sua posizione organizzativa e delle competenze dallo stesso esercitate, le quali insistono, in modo particolare, sul confine tra la politica e l’amministrazione³⁷². La recente sentenza della Corte Costituzionale 22 febbraio 2019, n. 23, che ha dichiarato (oltre che in parte inammissibile) infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata avverso il meccanismo di *spoils system* previsto dall’art. 99 del D.Lgs. n. 267/2000 (TUEL) nei confronti del Segretario comunale³⁷³ – secondo il quale il Sindaco neo eletto ha sostanzialmente il potere di revocare *ad nutum* l’incarico al segretario comunale³⁷⁴ - ha ravvivato

³⁷⁰ Cfr. Libro bianco su *La governance europea* oggetto della Comunicazione della Commissione Europea del 25 luglio 2001.

³⁷¹ Cfr. C. Napoli, *Spoils-system e Costituzione*, Torino, 2017, pagg. 161 e ss; F. Pinto, *Diritto degli enti locali*, Torino, 2012, pag. 230; L. Vandelli, *Il sistema delle autonomie locali*, 2004, pagg. 270 e ss..

³⁷² Sul tema si vedano i seguenti contributi: T. Tessaro, *Status e ruolo del Segretario comunale: una moderna araba fenice*, Comuni d’Italia, 2018, n. 9; C. Amato, *Il ruolo del segretario comunale e i controlli interni nelle autonomie locali*, Tricase, Libellula, 2015; G. Pavani, *Alcune riflessioni sulla figura del segretario comunale nel panorama europeo*, Le istituzioni del Federalismo, 2015, n. 3, pagg. 765-792; G. Diquattro, *Il ruolo del Segretario generale nell’ente locale dopo le riforme. Funzioni, status, criteri di selezione, di formazione e di scelta da parte dell’ente*, Le Istituzioni del Federalismo, 2004, n. 5, pagg. 869-901; O. Gaspari – S. Sepe (a cura di), *I segretari comunali. Una storia dell’Italia contemporanea*, Roma, Donzelli, 2007; L. Camarda, *Il segretario comunale un tecnico-garante con sensibilità politica*, Amm. Civ., 2008, n. 3, pagg. 123-130.

³⁷³ Si veda sul punto M. Nisticò, *Art. 99*, in C. Napoli – N. Pignatelli (a cura di), *Codice degli enti locali*, 2019, II ed., pag. 583.

³⁷⁴ Più precisamente, l’art. 99, comma 3, prevede un meccanismo *sui generis* secondo il quale il Sindaco (o il Presidente della Provincia) ha il potere di nominare un nuovo segretario comunale tra il sessantesimo giorno e il centoventesimo giorno dal suo insediamento; laddove non venisse nominato un nuovo segretario, allora il precedente si intenderebbe confermato nel suo incarico.

l'attenzione della dottrina sulla particolare figura dirigenziale³⁷⁵, sulle sue funzioni e sull'incidenza del legame fiduciario nello speciale rapporto trilaterale che sussiste tra il segretario comunale, il Comune (con cui lo stesso ha il rapporto di servizio) e il Ministero dell'Interno (con cui ha invece il rapporto d'ufficio).

Prima di entrare nel merito del tema è bene ricordare ed evidenziare come le riforme aventi ad oggetto il principio di separazione tra politica e amministrazione siano state avviate proprio con riferimento agli enti locali, per effetto della Legge n. 142/1990³⁷⁶, il cui art. 51, comma 2, aveva espresso il “*principio per cui i poteri di indirizzo e di controllo spettano agli organi elettivi mentre la gestione amministrativa è attribuita ai dirigenti*”; in attuazione di tale principio, l'art. 32, comma 1, della Legge citata, affidava al Consiglio comunale la funzione di indirizzo e di controllo politico-amministrativo, mentre il successivo art. 51, prevedeva che spettassero ai dirigenti tutti i compiti di gestione, compresa l'adozione di atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, con conseguente assunzione di responsabilità, in relazione agli obiettivi dell'ente, circa la correttezza amministrativa e l'efficienza della gestione. Principi che sono stati poi confermati, rispettivamente, dagli artt. 42 e 107 del successivo testo di riordino costituito dal TUEL attualmente in vigore. Però, se tale modello potrebbe sembrare conforme a quello statale, in realtà, si sono registrate delle significative differenze³⁷⁷, tanto da avere fatto ritenere ad alcuni la possibile compromissione nell'organizzazione degli enti locali del principio di separazione³⁷⁸, come ad esempio, per effetto della possibile attribuzione all'assessore di funzioni gestionali, al fine di addivenire a dei risparmi di spesa da parte

³⁷⁵ Sul tema G. Boggero, *I segretari comunali restano 'tra color che son sospesi': lo spoils system non lede l'imparzialità della pubblica amministrazione*, Oss. Cost., AIC, 2019, n. 3; A. Mitrotti, *Considerazioni sulla tormentata figura del Segretario comunale dopo la sentenza n. 23/2019 della Corte Costituzionale*, www.federalismi.it, 2020, n. 4; M. Gorlani, *I segretari comunali e lo spoil system: un compromesso non semplice (e non convincente) per una figura dai profili multiformi (Osservazioni a Corte cost., 22 febbraio 2019, n. 24)*, Giur. Cost., 2019, n. 1, pagg. 284-292; C. Napoli, *La Corte costituzionale interviene sul rapporto tra vertice politico e vertice amministrativo dell'ente locale. Una nuova forma di 'bicefalismo' per i segretari comunali e provinciali?*, Le Regioni, 2019, n. 2, pagg. 501-2019; L. Oliveri, *Spoil system dei segretari comunali: un cambio di assetto della figura?*, www.segretaricomunali.vighenzi.it; G. Virga, *Chi di spoil system ferisce ...*, www.lexitalia.it.

³⁷⁶ Condivisibilmente G. Gardini, ult. op. cit., pag. 492, ha ricordato che è nato “*dissimulato tra i risvolti della riforma dell'ordinamento locale, il principio della c.d. 'separazione' fra politica e amministrazione*”.

³⁷⁷ Cfr. M.C. Cavallaro, *Il rapporto tra politica e amministrazione*, cit., pag. 13 e 32.

³⁷⁸ Cfr. L.A. Mazarroli, *Il dirigente dell'ente locale tra rapporto di fiducia e principio di separazione delle funzioni politico-amministrative e gestionale*, Le Regioni, 2002, pag. 21, che, in particolare, a pag. 33, ha evidenziato come il modello locale ruoti in gran parte intorno a rapporti di tipo fiduciario, con tutte le possibili conseguenze pregiudizievoli in termini di inefficienze e di sovrapposizioni di compiti e responsabilità, ben evidenziate da S. Battini, *Il personale*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, Milano, Giuffrè, Tomo I, 2000, pagg. 499 e ss..

dell'ente comunale (fintanto che tali risparmi siano documentati annualmente da parte dell'ente): si tratta di ipotesi prevista dall'art. 53, comma 23, della Legge n. 388/2000 e riferita ai Comuni con meno di 5.000 abitanti, che, quindi, interessa una relevantissima quota (pari a più della metà) dei Comuni italiani³⁷⁹, tanto da avere fatto affermare lapidariamente che in tali Comuni il principio di “*separazione è de jure assente*”³⁸⁰.

In questo quadro, è di primario interesse notare che l'organo cui spetta il potere di nomina (e di revoca) dei dirigenti è stato individuato nel Sindaco, il quale, ai sensi dell'art. 109 TUEL, conferisce gli incarichi dirigenziali a tempo determinato, con provvedimento motivato ed in esito ad un'attività procedimentalizzata con regolamento comunale, secondo criteri di competenza, individuando quella figura professionale ritenuta più idonea al raggiungimento degli obiettivi indicati nel programma amministrativo del Sindaco: si attua cioè una “investitura fiduciaria oggettivizzata”, così come visto per la dirigenza statale ai sensi dell'art. 19 del D.Lgs. n. 165/2001. Il fatto però che tale nomina sia di competenza del Sindaco, laddove l'organo di indirizzo politico-amministrativo sia il Consiglio comunale³⁸¹, fa emergere delle anomalie e incoerenze nel modello degli enti locali, che sono state in parte spiegate in ragione della investitura democratica diretta del Sindaco, che lo porta ad essere esposto alla immediata responsabilità politica derivante dalla eventuale mancata attuazione del programma amministrativo da parte dei dirigenti³⁸²; dato che il Sindaco risponde (politicamente) in via diretta dell'eventuale fallimento nel raggiungimento degli obiettivi politico-amministrativi e che però l'attività a ciò necessaria deve essere realizzata concretamente da parte dei dirigenti, si è pertanto ritenuto necessario attribuire al Sindaco il potere di scelta dei dirigenti, secondo il criterio di fiducia “debole” illustrato al precedente paragrafo, e contestualmente di revoca in caso di mancato raggiungimento degli obiettivi predeterminati (oltre che di mancato rispetto delle direttive politiche)³⁸³. Vi è una corrispondenza, pertanto, tra responsabilità politica

³⁷⁹ Secondo i rilievi dell'ISTAT, al 31 dicembre 2019 i Comuni con meno di 5.000 abitanti sono 5.495 su un totale 7.903, nei quali vivono 9.782.480 persone su un totale di 60.244.639.

³⁸⁰ Cfr. G. Boggero, *I segretari comunali restano 'tra coloro che son sospesi': lo spoils-system non lede l'imparzialità della pubblica amministrazione*, cit., pag. 65.

³⁸¹ In realtà, dall'art. 109 TUEL emerge che l'indirizzo politico viene espresso con direttive anche da parte del Sindaco, oltre che dalla Giunta e dagli Assessori.

³⁸² Un'altra ragione è stata individuata nella sovrapposizione di modelli di governance dovuti a progetti di riforma incompleti, come evidenziato da G. Pastori, *Governo e amministrazione negli enti locali fra l. 142/1990 e l. 81/1993*, Dir. Amm., 1995, pag. 57, secondo il quale la Legge n. 81/1993 ha innestato un modello “presidenziale” su un preesistente modello “parlamentare” disegnato dalla Legge n. 142/1993, con le ovvie conseguenze in ordine agli incoerenti risultati di sistema.

³⁸³ Cfr. M.C. Cavallaro, ult. op. cit., pag. 49.

e potere di scelta del dirigente che esprime la necessità di un legame tra il Sindaco e i “suoi” dirigenti, ma al tempo stesso tale legame in ossequio al principio di separazione rimane su un piano inferiore rispetto a quello essenzialmente fiduciario, laddove, come prima accennato, il conferimento deve avvenire in esito ad un’attività procedimentalizzata ed è legato a criteri professionali, posto che i burocrati devono esercitare in via esclusiva competenze gestionali secondo principio di imparzialità (art. 97 Cost.).

Laddove, però, le competenze non siano più puramente gestionali e vi sia un rapporto maggiormente diretto tra il dirigente e il Sindaco, allora il legame tra questi due organi in termini fiduciari si intensifica: è il caso dei Segretari comunali. La Corte Costituzionale, intervenuta sul tema - dopo avere ricostruito il quadro normativo (alle volte contraddittorio o quantomeno non coerente) che disciplina tale organo - ha tratteggiato in modo sintetico e significativo gli elementi di assoluta peculiarità del Segretario comunale rispetto alle altre figure dirigenziali: *“Da un lato funzionario statale assunto per concorso, ma dall’altro preposto allo svolgimento effettivo delle sue funzioni attraverso una nomina relativamente discrezionale del sindaco; non revocabile ad nutum durante il mandato (salvo che per violazione dei doveri d’ufficio), ma destinato a cessare automaticamente dalle proprie funzioni al mutare del sindaco (salvo conferma), eppure anche in tal caso garantito nella stabilità del suo status giuridico ed economico e del suo rapporto d’ufficio, permanendo iscritto all’albo dopo la mancata conferma e restando perciò a disposizione per successivi incarichi; decaduto «automaticamente dall’incarico con la cessazione del mandato del sindaco», come si esprime la legge, ciononostante chiamato a continuare nelle sue funzioni per un periodo non breve, non inferiore a due e non superiore a quattro mesi, in attesa di eventuale conferma, a garanzia della stessa continuità dell’azione amministrativa; titolare di attribuzioni multiformi, come si dirà meglio: neutrali, di controllo e di certificazione, da una parte, ma dall’altra di gestione quasi manageriale e di supporto propositivo all’azione degli organi comunali”*³⁸⁴.

Per stabilire le caratteristiche del legame fiduciario che ricorre nella presente fattispecie, è necessario analizzare le motivazioni che hanno portato la Corte Costituzionale a ritenere legittima (*rectius*, non irragionevole) la scelta del Legislatore di assoggettare il Segretario comunale allo *spoils system*; innanzitutto, è stato chiarito che il

³⁸⁴ Cfr. punto 4. della citata decisione della Corte Costituzionale.

carattere apicale della figura e i rapporti diretti, senza intermediazione, dello stesso con il Sindaco sono elementi necessari, ma non sufficienti per addivenire a tale conclusione, poiché, sebbene vi sia una scelta fiduciaria del Segretario, è previsto che vi debba essere anche una valutazione dei profili competenziali (elemento che però ricorre anche per la selezione del personale degli uffici di diretta collaborazione dei ministri), ma soprattutto vi è la scelta anche in chiave comparativa della figura da nominare (elemento che non ricorre per gli uffici di *staff*, mentre invece si ritrova nella nomina dei dirigenti generali e non). E' confermato, quindi, che la scelta discrezionale da parte dell'organo politico del dirigente, anche apicale, non è di per sé elemento costitutivo di un rapporto fiduciario "puro"; il profilo discriminante è allora individuato nella tipologia di funzioni attribuite al Segretario comunale, le quali non si limitano all'esercizio di compiti di certificazione, di controllo di legalità e di attuazione dell'indirizzo politico attraverso atti meramente gestori: gli artt. 97 e 49 del TUEL attribuiscono al Segretario comunale la competenza ad adottare atti che formalmente rientrano tra quelli che servono ad assicurare la conformità dell'azione dell'ente alle leggi, allo statuto e ai regolamenti (coerentemente con la sua figura istituzionale), ma che sostanzialmente contengono "*anche un quid pluris, alludendo ad un suo ruolo ulteriore*"³⁸⁵; il Segretario, infatti, quando assiste alle riunioni degli organi collegiali del Comune (con formali funzioni consultive, referenti e di supporto) lo fa con lo scopo di intervenire nel procedimento di formazione degli atti e (se richiesto) nella fase propriamente decisoria; in modo analogo, si atteggia il parere di regolarità tecnica su ogni proposta di deliberazione di Giunta e Consiglio comunale. Sono quindi funzioni che rivelano un ruolo attivo e, soprattutto, propositivo del Segretario comunale, le quali gli "*consentono di coadiuvare e supportare sindaco e giunta nella fase preliminare della definizione dell'indirizzo politico-amministrativo e non possono quindi non influenzarla: non già nel senso di indicare o sostenere obiettivi specifici, piuttosto nella direzione di mostrare se quegli obiettivi possono essere legittimamente inclusi fra i risultati che gli organi di direzione politico-amministrativa intendono raggiungere, indicando anche, nel momento stesso in cui la decisione deve essere assunta, i percorsi*

³⁸⁵ In dottrina, S. De Gotzen, *L'affermazione di un carattere fiduciario è compatibile con la funzione del segretario comunale?*, Le Regioni, 2019, n. 2, pagg. 487/500 afferma invece la titolarità di funzioni esclusivamente neutrali in capo al Segretario comunale.

preclusi, o anche solo resi più difficoltosi, dalla necessità di rispettare leggi, statuto e regolamenti”³⁸⁶.

Il Segretario comunale, allora, attraverso l’esercizio dei propri poteri di garanzia di legalità dell’azione comunale, “indirizza” le decisioni politiche che saranno assunte da parte degli organi competenti (Sindaco, Consiglio e Giunta), partecipando alle relative sedute ed intervenendo nel corso del processo decisionale; il sapere tecnico del Segretario è di fatto idoneo ad orientare le scelte finali dei decisori politici³⁸⁷ e, quindi, l’esercizio “infedele” dello stesso comporterebbe una deviazione rispetto all’effettiva volontà degli organi politici, che nel caso degli enti locali sono anche direttamente eletti dal popolo (Consiglio e Sindaco): interviene allora lo strumento fiduciario che consente di sterilizzare le possibili distorsioni che naturalmente possono scaturire dalla relazione di agenzia, secondo le stesse dinamiche riscontrate negli uffici di *staff* ministeriali³⁸⁸, che nel caso del Segretario comunale potrebbero astrattamente ricorrere con maggiore facilità dato il rapporto d’ufficio che intercorre con il Ministero dell’Interno.

Tale aspetto è particolarmente rilevante e ci si deve soffermare; infatti, la titolarità di funzione di partecipazione alla formazione dell’indirizzo politico-amministrativo da parte del Segretario comunale - che è stata considerata come elemento discriminante da parte della Corte costituzionale al fine di ritenere legittimo, in quanto necessario, lo *spoils system* nei confronti di tale figura - è in realtà attribuzione che è pacificamente riconosciuta anche a favore dei dirigenti generali, nei confronti dei quali, però, il sistema delle spoglie è stato ripetutamente ritenuto illegittimo. Allora, forse, vi è anche un altro elemento che contribuisce a differenziare il Segretario comunale rispetto alla figura del dirigente generale statale ed è quello del rapporto trilaterale (Segretario, Comune e Ministero dell’Interno), il quale infatti è stato espressamente trattato (anche se non compiutamente) dalla Consulta. In proposito, nella sentenza in questione è stato affermato che è possibile individuare una linea di continuità tra i molteplici interventi riformatori della figura del Segretario comunale (successivi alla entrata in vigore della Costituzione) che è quello di individuare un punto di equilibrio tra esigenze non facilmente conciliabili: *“il riconoscimento dell’autonomia degli enti locali, da una parte, e la necessità, dall’altra, di garantire adeguati strumenti di controllo della loro attività”*; da un lato, il

³⁸⁶ Cfr. punto 5.2. della citata decisione della Corte Costituzionale.

³⁸⁷ Tale posizione era stata sostenuta da F. Pinto, ult. op. cit., pag. 234.

³⁸⁸ Cfr. precedente punto 3.3.2..

Segretario comunale dovrebbe costituire lo strumento attraverso cui lo Stato garantisce la legalità dell'azione amministrativa dei Comuni, ma dall'altro lato tale controllo non può soffocare le esigenze autonomistiche dell'ente locale, costituzionalmente tutelate dagli artt. 5 e 114 Cost., tanto che è stato affermato che “*l'esercizio delle funzioni segretariali rinviene la propria ragione d'essere nel necessario raccordo tra il costituzionale riconoscimento delle Autonomie locali e l'effettiva garanzia del rispetto da parte delle stesse Autonomie dei principi della Costituzione, nonché in particolare dei principi di legalità, buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa*”³⁸⁹: tale doppia anima incide sulla natura del peculiare rapporto fiduciario che sussiste tra il Segretario e il Sindaco, nel senso che l'investitura fiduciaria serve anche a stemperare tale anomalia, permettendo al Sindaco di legare più saldamente alle esigenze dell'autonomia locale l'operato di un soggetto titolare di un rapporto d'ufficio statale.

E' il punto di equilibrio stato-autonomie locali che definisce le peculiarità del Segretario comunale e che consente di spiegare con coerenza quelle apparenti anomalie del suo *status*, come l'impossibilità di revoca *ad nutum* del Segretario³⁹⁰, pur sottoposto al meccanismo di *spoils system*³⁹¹. Infatti, una volta stabilito che il Segretario svolge un'attività molto simile a quella dello *staff* ministeriale (di supporto dell'organo politico) e che per questo motivo è stata ritenuta legittima la previsione del sistema delle spoglie, ci si aspetterebbe anche la titolarità in capo al Sindaco di un potere di revoca *ad nutum*, ma così non è ed è proprio l'insussistenza di questo potere a marcare una differenza netta del Segretario rispetto ai modelli statali. Infatti, i due istituti (*spoils system* e insussistenza di revoca *ad nutum*) rispondono a due esigenze contrapposte, legate alla doppia anima (statale e comunale) del Segretario: come detto, il sistema delle spoglie è strumento di tutela dell'autonomia locale (consentendo un legame più forte tra Sindaco e Segretario), ma questo trova il suo contemperamento nel contestuale disconoscimento di un potere di

³⁸⁹ Cfr. A. Mitrotti, ult. op. cit., pag. 144.

³⁹⁰ L'art. 100 del TUEL dispone che la revoca dell'incarico possa avvenire solamente per violazione dei doveri d'ufficio, con provvedimento motivato.

³⁹¹ E' stato osservato da G. Boggero, ult. op. cit., pag. 66, che il meccanismo di *spoils system* previsto con riferimento ai Segretari comunali è in realtà temperato e, quindi, non sovrapponibile rispetto a quello che opera a livello statale, laddove, come si è detto l'art. 99, comma 3, TUEL, non prevede una decadenza automatica del Segretario comunale allo scadere di un termine in caso di mancata conferma, ma piuttosto viene fornito al Sindaco neo eletto di potere scegliere (entro un certo termine) un nuovo Segretario, determinando così la revoca *ad nutum* quello precedente. Si tratta di un meccanismo che, facendo salvo il principio di continuità dell'azione amministrativa, rende anche “*il rapporto tra Sindaco e segretario assai meno stretto rispetto a quello che investe, invece, gli organi di supporto politico*”.

revoca *ad nutum* in capo allo stesso Sindaco, il quale è volto a tutelare, questa volta, la contrapposta esigenza statale di mettere al riparo l'operato del Segretario da indebite pressioni politiche locali, potenzialmente volte a disfarsi di un soggetto troppo ligio e attento al rispetto del principio di legalità.

Il Segretario si muove al confine tra la dirigenza apicale e lo *staff* ministeriale, costituendo un *unicum* dell'ordinamento, incarna una figura “*a tutti gli effetti ibrida e non assimilabile a quella più genuinamente dirigenziale, tipica del pubblico impiego*”³⁹²: formalmente dirigente con compiti di garanzia di legalità per conto dello Stato, ma sostanzialmente strumento di supporto dell'azione politica degli organi apicali delle autonomie locali, che finisce per influenzarne il contenuto. Tutto ciò si riflette su di un rapporto fiduciario con l'organo politico altrettanto unico, che racchiude in sé le caratteristiche tipiche della fiducia politica o “pura” (tipica del personale degli *staff* ministeriali) e della fiducia tecnico-politica o “debole” (tipica dei dirigenti statali generali e non, oltre che dei dirigenti locali), però al contempo distinguendosi da entrambe; tale peculiare fiducia consente di instaurare un legame forte del Segretario con gli organi politici, tanto da legittimarne l'esercizio di funzioni al limite dell'indirizzo politico e, al tempo stesso, la previsione legislativa di uno *spoils system*³⁹³.

³⁹² Cfr. G. Boggero, ult. op. cit., sempre pag. 66.

³⁹³ In senso critico nei confronti della decisione della Corte costituzionale si rinviene A. Mitrotti, *Considerazioni sulla tormentata figura del Segretario comunale dopo la sentenza n. 23/2019 della Corte costituzionale*, cit., pag. 142, il quale afferma che “*diviene molto difficile poter inquadrare la figura del Segretario comunale e provinciale come pervasa – per i soli effetti dell'atto di nomina sindacale – da un carattere di stretta fiduciarità nei rapporti con il Sindaco che sia tale da poter, davvero, giustificare la legittima applicazione dello spoils system*”.

5. Globalizzazione e tecnica: crisi della sovranità e della decisione politica.

Ai precedenti paragrafi si è provato ad illustrare come l'indirizzo della Pubblica Amministrazione sia espresso sia da parte degli organi politici (Ministro) che da parte degli organi burocratici (dirigenti generali e non), come abbia un contenuto sia politico che amministrativo (in diversa proporzione a seconda del soggetto che lo esercita e del tipo di atto che viene adottato) e come sia espresso principalmente nei confronti della stessa Pubblica Amministrazione (secondo rapporti intersoggettivi od interorganici); altresì, si è provato ad affermare che alcuni tipi di atti (cioè, gli atti di “mera” gestione adottati da parte dei dirigenti) hanno la capacità di potere influenzare ed orientare il comportamento e le decisioni dei privati: per questo motivo, è stata utilizzata l'espressione di indirizzo degli amministrati, trattandosi evidentemente di un tipo di indirizzo diverso rispetto a quello che conforma l'esercizio del potere pubblico e che però costituisce sempre uno strumento di indirizzo politico, perché idoneo a perseguire il fine politico predeterminato dagli atti-fonte.

Rispetto a questo quadro e proprio con riferimento al ruolo dei privati/amministrati, si vuole ora valutare il fenomeno opposto, ovvero quello dove sono questi ultimi ad adottare un indirizzo nei confronti della Pubblica Amministrazione (cioè, un indirizzo “privato” che sia idoneo ad orientare e conformare l'esercizio del potere pubblico), fenomeno che affonda le proprie radici nella globalizzazione³⁹⁴ e nella sempre maggiore rilevanza della tecnica, le quali nel tempo hanno contribuito a determinare la crisi della sovranità e della legge, oltre che della decisione politica.

La globalizzazione potrebbe avere innescato una nuova fase per lo studio dell'attività di indirizzo della Pubblica Amministrazione, in quanto questa “*pone in crisi o comunque erode la sovranità, e dunque la concezione positivistica dell'ordinamento*”

³⁹⁴ Il tema è stato trattato da molti Autori, si richiamano qui i contributi ritenuti di maggiore rilievo: A.K. Sen, *Globalizzazione e libertà*, Milano, 2002; D. Zolo, *Globalizzazione*, Dig. Disc. Pubbl., agg., Torino, 2002; M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, Il Mulino, 2002; G. Guarino, *Il governo del mondo globale*, Firenze, Le Monnier, 2000; U. Allegretti, *Diritti e Stato nella mondializzazione*, Troina, Città aperta, 2002; A. Pizzorusso, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Torino, 2008; L. Levi, *Introduzione a Globalizzazione e crisi dello Stato sovrano*, in L. Levi – A. Mosconi (a cura di), *Globalizzazione e crisi dello Stato sovrano*, Torino, Celid, 2005; G. Della Cananea, *I pubblici poteri nello spazio giuridico globale*, Riv. Trim. Dir. Pubbl., 2003, pag. I e ss.; id., *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, Il Mulino, 2009; M.R. Ferrarese, *Il diritto orizzontale. L'ordinamento giuridico globale secondo Sabino Cassese*, *Politica del Diritto*, 2007, pagg. 639 e ss.

giuridico che in epoca moderna ha connotato lo Stato di diritto, interrompe il legame naturale della sovranità con un territorio, in quanto le relazioni economiche, seguendo la logica del maggior profitto, si svolgono non su un unico territorio nazionale ma su più territori, in ragione della convenienza economica di una o più sedi di questo o quell'ordinamento giuridico, secondo il fenomeno noto come 'shopping del diritto' o scelta dell'ordinamento"³⁹⁵. In questo contesto, lo Stato perde la sua centralità, in quanto i poteri vengono trasferiti dalla politica all'economia, ponendo in crisi i concetti tradizionali del costituzionalismo, tra cui il principio di legalità e la sovranità; "la politica cede spazi all'economia ... il rapporto tra Stato e mercato si è invertito: è il mercato a condizionare e precostituire la decisione politica"³⁹⁶.

L'espansione del mercato e la sua forza hanno reso per molti versi inadeguato il Legislatore statale, il quale nel tempo ha progressivamente abdicato la funzione normativa a favore, da un lato, di atti più snelli e semplici da adottare quali i regolamenti³⁹⁷, e dall'altro lato a favore di soggetti (pubblici o privati) altamente specializzati e tecnici che potessero essere in grado di seguire il repentino mutamento della realtà economico-sociale, anche per consentire la protezione di interessi collettivi di rilevanza costituzionale³⁹⁸; infatti, quando vengono in considerazione "profili caratterizzati da un elevato grado di complessità tecnica" si è riscontrata "la difficoltà a predeterminare con legge in modo rigoroso i presupposti delle funzioni amministrative"³⁹⁹.

³⁹⁵ A. Moscarini, *Fonti dei privati e Globalizzazione*, Roma, Luiss University Press, 2015, pag. 37.

³⁹⁶ A. Moscarini, ult. op. cit., la quale cita sul punto F. Galgano, *La globalizzazione e le fonti del diritto*, Riv. Trim. Dir. Pubbl., 2006, pagg. 313 e ss..

³⁹⁷ Un approfondito esame di questo fenomeno è affrontato da N. Lupo, *Dalla legge al regolamento, Lo sviluppo della potestà normativa del Governo nella disciplina delle pubbliche amministrazioni*, Bologna, Il Mulino, 2003.

³⁹⁸ R. Ferrara, *La procreazione medicalmente assistita fra legge e regolamento*, Foro amm. TAR, 2008, pag. 1049, ha evidenziato che "il peso crescente, e comunque massiccio, rivestito dalla tecnica, in ragione della sua penetrazione nel mondo del diritto (della regolazione giuridica degli interessi e della sua gestione in via amministrativa sul campo) ripropone antichi, e mai risolti, dilemmi: quale è lo spazio doverosamente e necessariamente riservato alla legge? Quando, ed in quale misura, la ritrazione della legge medesima apparirà opportuna, ed anzi ragionevole, facendosi conseguentemente entrare nel gioco le fonti secondarie e segnatamente i regolamenti?".

³⁹⁹ Si tratta della sentenza della Corte Costituzionale, 22 febbraio 2017, n. 69, punto 7.2, che si è pronunciata sul meccanismo di finanziamento dell'ART (Autorità di Regolazione dei Trasporti), che secondo il Giudice *a quo* (TAR Piemonte, Sez. II, 17 dicembre 2015, n. 1746) sarebbe stato introdotto con una norma eccessivamente indeterminata e quindi in violazione degli artt. 2, 23, 41 e 97 Cost.. La Corte Costituzionale ha statuito che in quella fattispecie dal contesto normativo sarebbero emersi "limiti, indirizzi, parametri e vincoli procedurali complessivamente adeguati ad arginarne la discrezionalità", con conseguente legittimità della normativa vagliata.

La tecnica e la globalizzazione hanno quindi consumato negli ultimi decenni la sovranità dello Stato⁴⁰⁰ e, con essa, la centralità delle fonti normative dallo stesso dettate secondo il c.d. modello di Westfalia⁴⁰¹.

Lo spazio lasciato vuoto dallo Stato viene colmato, come detto, da soggetti privati (o anche pubblici, nel caso delle Autorità amministrative indipendenti) che sono chiamati (o intervengono in via autonoma) ad adottare norme dal contenuto estremamente tecnico, al fine di creare regole per il mercato e per gli operatori economici⁴⁰².

5.1. La normazione tecnica dei privati.

I normatori privati sono soggetti (sia di carattere nazionale come associazioni di diritto privato senza scopo di lucro, che di carattere transnazionale come ad esempio le agenzie di *rating* e il Comitato di Basilea istituito dal G8) che adottano delle c.d. norme tecniche, ai sensi della Direttiva 83/189/CEE, che hanno carattere facoltativo e vanno a disciplinare la qualità dei prodotti e dei servizi che vengono offerti sul mercato; attraverso queste norme tecniche possono essere creati degli standard necessari a migliorare la produzione, cui gli operatori economici si adeguano spontaneamente al fine di rimanere competitivi sul mercato⁴⁰³. L'aspetto interessante di questo tipo di norme tecniche è pertanto l'assenza di una loro cogenza giuridica: queste sono rispettate anche in assenza di sanzioni e sulla base di un approccio consensuale, posto che chi si adegua allo standard fissato riesce a rimanere nel mercato, mentre chi non lo rispetta ne viene estromesso. Tali

⁴⁰⁰ S. Cassese, *L'erosione dello Stato: una vicenda irreversibile?*, in S. Cassese – G. Guarino (a cura di), *Dallo Stato monoclasse alla globalizzazione*, Milano, Giuffrè, 2000.

⁴⁰¹ A. Moscarini, ult. op. cit., pagg. 26-29, svolge un interessante approfondimento del tema e analizza come la globalizzazione abbia posto definitivamente fine al modello di Stato c.d. Westfalia, in quanto si ritiene esaurita la fase storica, successiva a quella medievale, nella quale tutte le funzioni normative erano accentrate nello Stato-persona, essendo emersa la competenza dei privati alla produzione di norme in senso oggettivo.

⁴⁰² W. Cesarini Sforza, *Il diritto dei privati*, Milano, Giuffrè, 1963, utilizza la categoria del diritto dei privati, facendo riferimento alla disciplina creata dagli stessi per regolare rapporti di interesse collettivo in caso di difetto della legislazione statale.

⁴⁰³ Sul tema delle norme tecniche si vedano A. Predieri, *Le norme tecniche nello Stato pluralista e prefederativo*, Dir. Ec., n. 2, 1996, pagg. 251 e ss.; A. Zei, *Norme tecniche*, *Il Diritto*, Enc. Giur. Sole 24 ore, Bergamo, 2007, pagg. 68 e ss.; U. Carnevali, *La norma tecnica da regola di esperienza a norma giuridicamente rilevante, ricognizione storica e sistemazione teorica, ruolo dell'Uni e del CEI*, REsp. Civ. e Prev., 1997, pagg. 257 e ss.; A. De Valles, *Norme giuridiche e norme tecniche*, in *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, Milano, Giuffrè, 1963; F. Ancora, *Normazione tecnica, certificazione, qualità e ordinamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 2000, pagg. 200 e ss.; id., *Normazione tecnica e certificazione di qualità. Elementi per uno studio*, Il Consiglio di Stato, Vol. II, 1994, pagg. 1575 e ss.;

norme tecniche di carattere prettamente privatistico, che hanno una certa rilevanza giuridica per quanto appena detto, hanno anche la capacità di essere in qualche modo fatte proprie da parte dell'ordinamento statale, attraverso due distinte modalità. In primo luogo, gli standard stabiliti dal normatore privato possono divenire oggetto di certificazioni⁴⁰⁴ o accreditamenti che vengono rilasciati, al ricorrere dei presupposti, da parte di un soggetto pubblico o un soggetto privato che esercita funzione pubblica (si pensi ai c.d. SOA)⁴⁰⁵; quindi, l'ordinamento riconosce rilevanza giuridica agli standard prestabiliti dal normatore privato, tanto da rilasciare delle certificazioni che ne attestano il possesso in capo ad un operatore economico, così abilitandolo a svolgere determinate attività anche con rilevanza pubblica (come la partecipazione a procedure di gara per l'affidamento di contratti pubblici, per rimanere all'esempio delle SOA). In secondo luogo, la norma tecnica può essere incorporata in una norma giuridica (con conseguente novazione della fonte) oppure può operarsi un rinvio diretto da parte della norma giuridica alla norma tecnica privatistica. In entrambe queste ipotesi, si riscontra dunque una capacità del normatore privato ad influenzare l'esercizio del potere, posto che il decisore pubblico dovrà necessariamente tenere conto delle norme tecniche privatistiche; se questo è autoevidente nel caso del recepimento della norma privata in quella giuridica (attraverso l'incorporazione o il rinvio), ciò si verifica anche nel caso delle certificazioni o accreditamenti, poichè *“non può negarsi che, laddove i criteri di certificazione della qualità siano tenuti in considerazione anche nell'ordinario esercizio dell'attività amministrativa, essi, e dunque le regole tecniche sulla base delle quali la certificazione opera, vadano a costituire un limite per l'esercizio della discrezionalità stessa”*⁴⁰⁶.

Tale meccanismo riesce ad operare in modo estremamente incisivo in alcuni ambiti. E' stato evidenziato il caso della normazione ambientale⁴⁰⁷, nel quale vengono definiti degli *standard* di protezione che costituiscono il livello di tutela base, cioè il rischio considerato tollerabile, al di sotto del quale non è possibile scendere e che quindi costituisce il presupposto per ogni valutazione od esercizio di potere discrezionale da

⁴⁰⁴ M. Strukul, *La certificazione di qualità come strumento di tutela del consumatore. Profili contrattuali e di responsabilità*, Obbligazioni e contratti, 2009, pagg. 732 e ss.; E. Bivona, *Le certificazioni di qualità: vizi del prodotto e responsabilità dell'ente certificatore*, Contratto e Impresa, 2008, pagg. 1331 e ss..

⁴⁰⁵ Cfr. A. Moscarini, *L'accreditamento nel Regolamento CE n. 765/2008 e le "fonti" di produzione privata*, Riv. Dir. Alim., 2012, pagg. 8 e ss..

⁴⁰⁶ Cfr. A. Moscarini, ult. op. cit., pag. 100.

⁴⁰⁷ Cfr. N. Greco, *Le norme tecniche ambientali: una sonda per il nuovo diritto*, Studi parlamentari e di politica costituzionale, 2006, pagg. 7 e ss..

parte della Pubblica Amministrazione⁴⁰⁸. Ebbene questi standard vengono stabiliti sulla base delle c.d. *best available technology* (BAT), ai sensi della Direttiva 96/61 EC, le quali a loro volta vengono individuate attraverso delle procedure nelle quali vi è una grande partecipazione dei privati, i quali, nei fatti, ne sono in realtà i veri autori; come è noto, la normativa europea prevede che la Commissione europea costituisca per ogni settore industriale un gruppo di studio delle BAT, il quale è costituito in gran parte da normatori privati, ovvero esperti del settore industriale di riferimento; questi gruppi di studio hanno l'incarico di redigere i c.d. BREF (*Bat REFerence document*) nei quali sono definiti i BAT. Se è vero che i BREF devono poi essere approvati nella loro stesura definitiva da parte di un organo composto dai rappresentanti degli Stati membri (c.d. *Information Exchange forum*) è altrettanto vero che “*la cogenza della normativa privata non è subordinata alla redazione del BREF ma è immediatamente operativa nel momento in cui detta tecnica sia accessibile sul mercato ... sicchè la vincolatività delle BAT sussiste ed è rimessa alla ragionevole interpretazione degli operatori, indipendentemente dal recepimento in un documento della Commissione*”⁴⁰⁹. Sotto altro aspetto, poi, la valutazione del rischio ambientale viene effettuata anche sulla base di strumenti di mercato, per tenere in piena considerazione anche i profili di libera concorrenza; a questo fine, vengono tenuti in considerazione una serie di strumenti⁴¹⁰ che hanno carattere privatistico, il cui utilizzo “*dà luogo a fonti normative nuove, che vanno ad integrare, dal basso, le direttive in tutti i casi in cui la valorizzazione dei profili di flessibilità possa svolgere effetti ai fini della realizzazione degli obiettivi delle politiche pubbliche. Dunque, l'accordo può svolgere anche un effetto derogatorio rispetto a previsioni normative di rango primario o secondario in alcuni modelli di contratto in cui la parte privata si fa carico di individuare le modalità di attuazione degli obiettivi ambientali e la parte pubblica concede in cambio di non applicare nei suoi confronti le generali previsioni normative*”⁴¹¹.

⁴⁰⁸ Cfr. M. Simoncini, *La regolazione del rischio e il sistema degli standard: elementi per una teoria dell'azione amministrativa attraverso i casi del terrorismo e dell'ambiente*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010.

⁴⁰⁹ A. Moscarini, *Fonti dei privati e Globalizzazione*, cit., pag. 96.

⁴¹⁰ Cfr. M. Simoncini, ult. op. cit., pagg. 261 e ss., che individua i diritti ad inquinare, i crediti di riduzione dell'inquinamento, i diritti di inquinamento trasferibili, ovvero la stipulazione di contratti tra soggetti produttori di rischio e pubblica amministrazione, gli accordi di programma-quadro, i contratti di programma.

⁴¹¹ Cfr. A. Moscarini, ult. op. cit., pagg. 119-120.

Altro settore nel quale l'intervento dei privati è in grado di influenzare l'esercizio della funzione pubblica è quella della determinazione degli standard finanziari globali, i quali sono sempre privi di una loro coerenza e vincolatività giuridica, ma di fatto hanno una capacità regolatoria⁴¹², anche perché sono considerati vincolanti da parte degli operatori: valga per tutti l'esempio della elaborazione dei c.d. principi contabili internazionali.

5.2. La legittimazione democratica dal basso.

I soggetti privati appena descritti, nel complesso quadro della globalizzazione e dei mercati internazionali, sono quindi pacificamente in grado di adottare un indirizzo, inteso sempre nell'accezione prescelta di determinazione di una regola generale d'azione dell'attività libera, che seppure sia rivolto essenzialmente nei confronti degli operatori economici, ha anche la intrinseca capacità di limitare la discrezionalità del decisore pubblico. Il problema giuridico di questo tipo di indirizzo risiede però, come già osservato con riferimento ai dirigenti pubblici, nella individuazione della legittimazione di soggetti privati ad esercitare un indirizzo siffatto nei confronti della Pubblica Amministrazione, laddove questo dovrebbe essere rimesso esclusivamente ad organi politici, legittimati democraticamente. La questione si pone in modo critico poiché, come sopra sinteticamente illustrato, la crisi della sovranità e della decisione politica ha spalancato le porte alla tecnica la quale ha occupato con rapidità ed efficacia gli spazi di potere lasciati vacanti, essendo pertanto possibile che *“gli organismi rappresentativi degli interessi più potenti riescano ad imporre il loro peso e la loro volontà nell'ambito delle strutture pubbliche e delle scelte politiche fondamentali, perseguendo esclusivamente la salvaguardia di interessi particolari, senza assunzione di responsabilità politica”*⁴¹³.

In proposito, si deve escludere che la legittimazione possa ricavarci dalla neutralità che si rinverrebbe nell'adozione di decisioni tecniche. Infatti, si è già detto che sebbene si possa essere portati a ritenere che la tecnica sia di per sé neutrale (nel senso che non vi dovrebbe essere spazio per gli interessi di parte nella individuazione del miglior modo per raggiungere un certo risultato tecnico), ciò non è effettivamente corretto poiché la

⁴¹² Cfr. M. De Bellis, *La regolazione dei mercati finanziari*, Milano, Giuffrè, 2012; S. Cassese, *Oltre lo Stato*, cit.; G. Della Cananea, *Al di là dei confini statuali*, cit.

⁴¹³ Cfr. A. Moscarini, ult. op. cit., pag. 108.

opinabilità intrinseca delle scienze e delle tecnologie, le quali lasciano ampi spazi di scelta tra una molteplicità di vie alternative, consente al decisore tecnico l'esercizio di una discrezionalità (tecnica, appunto) per l'individuazione della via che può essere influenzata da interessi particolari⁴¹⁴; inutile dire che se il decisore tecnico è privato, l'interesse particolare sarà quello del privato che assume la scelta, il che costituisce un problema nel momento in cui la decisione tecnica sia in grado di influenzare anche l'esercizio del potere pubblico.

Il medesimo tema (legittimazione democratica all'esercizio di poteri tipicamente politici e asserita neutralità della tecnica) si è posto anche con riferimento ai normatori tecnici pubblici, quali le Autorità amministrative indipendenti, le quali si trovano notoriamente al di fuori del circuito democratico. Perciò, la Dottrina si è interrogata circa la legittimazione di questi enti, volutamente apolitici⁴¹⁵, ad esercitare dei poteri dal contenuto politico e, al tempo stesso, con importanti spazi di discrezionalità per via dell'alto tecnicismo della materia e dell'elevata competenza degli organi chiamati ad adottare le relative decisioni. Proprio per cercare di giustificare ciò si era ritenuto in passato che con la funzione di "regolazione" si intendesse conferire a tali Autorità l'esercizio di "*direzione non interessata o non autoritario di un settore, ovvero ad un controllo volto a vegliare, senza sconfinare nel terreno politico, sul rispetto delle regole del gioco da parte degli attori sociali*"⁴¹⁶. In altri termini, si è cercato di sostenere che l'Autorità di regolazione dovesse presupporre come neutrale⁴¹⁷, cioè priva di un interesse proprio rispetto alle regole da dettarsi e, poi, sulle quali vigilare: tali attività avrebbero

⁴¹⁴ Cfr. A. Predieri – M. Gigante, *L'attribuzione allo Stato della normazione tecnica tra neutralità e attuazione vincolata*, Giur. Cost., 2003, pagg. 1744 e ss..

⁴¹⁵ Cfr. V. Caianiello, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, Foro amm., 1997, pagg. 341 e ss., il quale ha osservato la necessità di sottrarre la tutela di valori di lungo periodo alla sfera politica che è invece imperniata sulla risoluzione di vicende contingenti.

⁴¹⁶ Cfr. N. Marzona, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in S. Cassese – C. Franchini, *I garanti delle regole*, Bologna, Il Mulino, pag. 89.

⁴¹⁷ Cfr. A.M. Sandulli, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Scritti giuridici*, Napoli, 1990, Vol. II, pagg. 261 e ss..

La neutralità degli enti in questione è giustificata dal bisogno "*di sottrarre all'influenza del potere esecutivo la regolamentazione di specifici settori, per affidarla ad enti caratterizzati dall'imparzialità rispetto ai contendenti e ai diversi interessi dei quali quest'ultimi siano portatori. E proprio per consentire alle autorità amministrative indipendenti di poter svolgere efficacemente il ruolo *super partes* loro assegnato, le stesse non devono trovarsi collocate in un rapporto di tipo gerarchico nei confronti dell'esecutivo e, più in generale, del potere politico. Ed infatti la stessa espressione "amministrazione indipendente" ha trovato rapida diffusione ed è utilizzata soprattutto per indicare la non dipendenza da direttive politiche delle amministrazioni indipendenti, l'alto tasso di imparzialità che caratterizza tali organi e la neutralizzazione o neutralità tecnica e politica della funzione da essi svolta*", in questo senso R. Titomanlio, *Potestà normativa e funzione di regolazione*, Torino, Giappichelli, 2012, pag. 18.

pertanto dovuto essere svolte in modo distaccato dagli interessi coinvolti; la legittimazione di tale funzione sarebbe derivata, quindi, direttamente dalla legge attributiva del potere, della quale avrebbe costituito una mera applicazione priva di discrezionalità in senso puro - ovvero di bilanciamento di interessi contrapposti (il cui giusto rapporto sarebbe già stato predeterminato in via legislativa) – ed imperniata piuttosto sulla discrezionalità tecnica, per cui rileverebbe solamente l'applicazione di regole tecniche⁴¹⁸.

La debolezza intrinseca di queste teorie è però stata correttamente individuata nel fatto che il problema delle decisioni amministrative adottate su istruttorie prettamente tecniche non è tanto “*quello della loro natura tecnica ma quello della loro opinabilità e, conseguentemente, dell'estraneità alla tecnica dei criteri in relazione ai quali va compiuta la scelta ultima tra tutte quelle possibili, per la cui soluzione devono venire in gioco altri elementi, i valori appunto*”⁴¹⁹. Infatti, già in passato anche chi sosteneva il carattere neutrale delle funzioni esercitate dalle Autorità, ovvero la loro veste di mero arbitro, aveva da tempo evidenziato delle anomalie in questa ricostruzione, allorché questi enti si trovano di fronte ad ipotesi in cui “*il precetto normativo non è di per sé compiuto e va, appunto, definito con un provvedimento amministrativo*”⁴²⁰. Si tratta del noto tema dei c.d. concetti giuridici indeterminati dove le Autorità indipendenti sono istituzionalmente chiamate nell'esercizio delle proprie funzioni all'adozione di atti che presuppongono il riempimento di precetti (necessariamente) generici contenuti nella normazione primaria e nel fare ciò viene effettuata un'attività che pretende una ponderazione tra regole e interessi in gioco, che costituisce tipica espressione di una discrezionalità pura⁴²¹: nella selezione della *regola juris* da applicare caso per caso in

⁴¹⁸ Cfr. C. Malinconico, in S. Cassese – C. Franchini, *I garanti delle regole*, cit., pag. 41.

⁴¹⁹ Cfr. A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, cit., pagg. 143-144. In senso contrario, si veda A. Cariola, *Discrezionalità tecnica ed imparzialità*, Dir. proc. amm., 1997, pag. 479, che sostiene piuttosto come la discrezionalità tecnica costituisca la “*punta avanzata di affermazione dell'imparzialità amministrativa, per la forte limitazione discendente a carico degli organi di derivazione politica*”.

⁴²⁰ Cfr. C. Malinconico, ult. op. cit., che sostiene la tesi della neutralità a pag. 40 e 43, mentre la parte citata nel testo è riportata a pag. 42.

⁴²¹ Cfr. A. Police, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri: profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Torino, Giappichelli, 2007, pagg. 127 e ss.. In generale, sul tema dei concetti giuridici indeterminati si vedano D. De Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, Cedam, 1995; P. Lazzara, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, Cedam, 2001, pagg. 118 ss.; G. F. Licata, *Provvedimento antitrust a contenuto normativo*, in S. Cognetti – A. Contieri – S. Licciardiello – M. Nettesheim – S. Perongini – A. Zito (diretto da), *Studi per un nuovo diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2013, pagg. 143 e ss..

ogni singolo procedimento non vi è più traccia di quella natura neutrale dei poteri esercitati, i quali assumono invece la veste tipica amministrativa. E' stata quindi la Corte Costituzionale, anticipata da autorevole Dottrina⁴²², a confutare definitivamente il “mito” della neutralità di questi enti, affermando espressamente che le Autorità indipendenti sono portatrici di un proprio specifico interesse pubblico come tutte le “normali” Pubbliche Amministrazioni, con la conseguenza che non sono “*in posizione di indifferenza e neutralità rispetto agli interessi e alle posizioni soggettive che vengono in rilievo nello svolgimento della [loro] attività istituzionale*”⁴²³.

Se, quindi, l'azione di regolazione delle Autorità indipendenti, per via della natura di tale attività, si colora di carattere politico⁴²⁴, nonostante la pretesa neutralità di tali enti⁴²⁵, e se la tecnica non può considerarsi *ex se* legittimata in virtù di una sola apparente neutralità, il problema è individuare la “copertura” democratica delle decisioni tecniche che siano chiamate, per i meccanismi sopra descritti, ad orientare l'esercizio della funzione pubblica e, in via finale, a garantire la realizzazione dell'interesse pubblico. La risposta all'interrogativo è identica a prescindere dalla natura del regolatore tecnico. Sia questo pubblico o privato ciò non rileva, l'unico strumento individuato, sebbene non considerato risolutivo, è quello della ampia partecipazione da parte degli interessati⁴²⁶;

⁴²² Cfr. A. Police, *Il potere discrezionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in C. Rabiti Bedogni – P. Barucci (a cura di), *20 anni di antitrust*, Giappichelli, Torino 2010, pagg. 369 e ss., il quale aveva segnalato l'esigenza di ripensare il mito della neutralità delle *authorities*.

⁴²³ Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 31 gennaio 2019, n. 13, punti 6 e 8; inoltre, tale pronuncia ha consequenzialmente negato la natura di giudice di tali Autorità e la natura giurisdizionale della loro attività, anche perché i relativi provvedimenti sono impugnabili di fronte ad un organo giurisdizionale e nel relativo processo l'Autorità risulta essere parte resistente, quindi non è possibile considerarla neutrale rispetto al destinatario del provvedimento, esistendo una “*ontologica incompatibilità tra la posizione di giudice e di parte processuale nel giudizio avverso i propri provvedimenti*”. Per un commento a tale sentenza, si rimanda a M. Clarich, *L'autorità garante della concorrenza e del mercato come 'giudice a quo' nei giudizi di costituzionalità*”, www.federalismi.it, 2018, n. 14; V. Turchini, *L'antitrust non è un giudice. Nemmeno 'ai limitati fini'*, Nota a Corte cost., sentenza 31 gennaio 2019, n. 13, *Giorn. Dir. Amm.*, 2019, fasc. 4, pagg. 467 e ss..

⁴²⁴ Sul tema si veda P. Schlesinger, *Natura e limiti della responsabilità delle Autorità*, in AA.VV., *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le Autorità amministrative indipendenti*, Milano, 1997, pag. 69.

⁴²⁵ M. Manetti, *Poteri neutrali e costituzione*, Milano, Giuffrè, 1994, pagg. 83 e ss. aveva già sottolineato che il tentativo di riforma dell'organizzazione della Pubblica Amministrazione in senso “neutrale” costituiva una illusione, poiché come sostenuto già in passato da C. Schmitt, *Il custode della costituzione*, cit., pagg. 167 e ss., la politica “è inevitabile e inestirpabile”, pertanto laddove si tenti di spostare decisioni politiche in capo ad organi tecnici, che si assumono essere neutrali (cioè, apolitici), non si farà altro che assistere alla loro politicizzazione; ciò perché la discrezionalità amministrativa porta con sé una inevitabile politicità derivante dall'esercizio della discrezionalità, come evidenziato da C. Marzuoli, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, Giuffrè, 1985, pagg. 108-114 e ss..

⁴²⁶ S. Cassese, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche*, *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, pagg. 13 e ss..

ciò è certamente vero sia per i normatori privati, che per le Autorità indipendenti. Circa queste ultime, infatti, per porre rimedio a tale inadeguata condizione, si è stabilito che fosse indispensabile provvedere a recuperare “dal basso” ciò che non era stato predeterminato “dall’alto”⁴²⁷, attraverso quei meccanismi di rafforzamento di legalità procedurale che avrebbero dovuto consentire di colmare il *gap* in termini di legittimazione e democraticità, che altrimenti avrebbe pregiudicato il principio di legalità⁴²⁸: gli atti amministrativi generali sono partecipati grazie al modello statunitense del c.d. *notice and comment*⁴²⁹, mentre per gli atti di amministrazione puntuale la partecipazione assume la forma di un contraddittorio rinforzato rispetto alle normali garanzie procedimentali di cui alla Legge n. 241/1990⁴³⁰. Allo stesso modo, si ritiene che anche per i normatori privati il “correttivo”, per quanto criticato, sia il medesimo, posto che “l’assenza di legittimazione democratica dei regolatori è colmata sia dalla intensità dei processi di partecipazione delle categorie interessate al procedimento di formazione della regola, in ossequio ai principi di trasparenza, sia dall’obbligo di motivazione di chi compie l’attività formale di redazione della regola stessa: entrambi i profili limitano la discrezionalità del regolatore e ne garantiscono la ragionevolezza”⁴³¹.

E’ però interessante notare che, con riferimento alle Autorità indipendenti, lo stesso istituto della partecipazione che dovrebbe legittimare l’esercizio delle funzioni predette, costituisce contemporaneamente uno dei modi con i quali gli operatori di mercato possono divenire di fatto dei normatori, posto che si può verificare il fenomeno della cattura del decisori (in questo caso, l’Autorità indipendente), da parte dei c.d. regolati (cioè, gli operatori economici privati)⁴³², i quali si trovano nella posizione di fatto per potere condizionare il contenuto della decisione, sebbene ne siano i diretti destinatari.

⁴²⁷ M. Clarich, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento innanzi alle Autorità amministrative indipendenti*, intervento al convegno Le Autorità amministrative indipendenti, in *giustizia-amministrativa.it*.

⁴²⁸ Lo specifica la stessa Corte Costituzionale, 22 febbraio 2017, n. 69, punto 7.3..

⁴²⁹ Nella tradizione statunitense, sin dall’*Administrative Procedure Act* del 1946, è stata data l’opportunità agli amministrati di partecipare alla fase di creazione della disciplina (sul tema, cfr. M.J. Horwitz, *The Transformation of American Law – 1870-1960. The crisis of Legal Orthodoxy*, Oxford, 1992, pagg. 213 e ss.). L’importanza di tali meccanismi partecipativi è stata riaffermata nell’ordinamento italiano dal Consiglio di Stato in sede consultiva, con parere 6 febbraio 2006, n. 355.

⁴³⁰ Cfr. M. Ramajoli, *Consolidamento e metabolizzazione del modello delle Autorità di regolazione nell’età delle incertezze*, Riv. Reg. Mercati, fasc. 2, 2018, pag. 178.

⁴³¹ Cfr. A. Moscarini, ult. op. cit., pag. 121.

⁴³² Cfr. F. Merusi, *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo quasi giallo*, Bologna, 2000.

Sebbene tale meccanismo di asserita legittimazione del potere attraverso strumenti di partecipazione (per quanto rinforzata) sia stato duramente criticato⁴³³, ai fini della presente ricerca la questione rileva di per sé, ovvero per il fatto di potersi riscontrare un filo rosso nello strumento dell'indirizzo: l'esercizio della funzione pubblica fondato su basi democratiche e sul principio di legalità⁴³⁴ esige la sua predeterminazione (prima, nei fini e, poi, negli strumenti e mezzi) attraverso un potere di indirizzo politicamente legittimato, che riduca progressivamente l'ambito di discrezionalità (cioè, di politicità) in capo al decisore finale; laddove questo indirizzo non sia dettato dall'alto (da un organo politico, legato fiduciariamente agli organi rappresentativi democraticamente eletti), questo deve essere recuperato dal basso⁴³⁵, per mezzo degli istituti di partecipazione che consentano agli interessati, secondo un concetto di democrazia diretta o di prossimità, di potere incidere sull'esercizio del potere in via per l'appunto diretta (e non in via mediata, per mezzo degli organi politici). Il potere deve essere quindi limitato e conformato dal soggetto titolare (indirettamente o direttamente) della sovranità, nei cui confronti e a cui vantaggio collettivo questo viene esercitato.

⁴³³ Cfr. M. Ramajoli, ult. op. cit., pag. 179.

⁴³⁴ Sul tema della democraticità dell'esercizio della funzione pubblica da parte delle Autorità indipendenti, si vedano i due contributi di F. Merusi, *Democrazia e autorità indipendenti*, cit., nonché *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, Dir. Amm., 2002, pagg. 181 e ss..

⁴³⁵ Correttamente A. Patroni Griffi, *Le Autorità amministrative indipendenti nell'ordinamento costituzionale: profili problematici di ieri e di oggi*, Rass. Dir. Eur., 2015, nn. 1-2, pag. 6, osserva che ci sono altri strumenti oltre alla partecipazione procedimentale che garantiscono un raccordo con il principio democratico, tra cui essenzialmente spicca l'obbligo già vigente per molte Autorità di presentazione periodica al Parlamento di relazioni circa l'attività svolta. Evidenzia, inoltre, condivisibilmente, che la partecipazione di istanze dal basso, sebbene sia elemento di importante rafforzamento della legittimazione, non può di per sé essere sufficiente, in considerazione del fatto che “*sono qualitativamente diverse, e si pongono su di un differente piano, le pur importanti forme di partecipazione dinanzi alle autorità e le mediazioni democratiche raggiunte dinanzi alle sedi rappresentative*”, cfr. pag. 11.

Conclusioni

La natura equivoca e sfuggente dell'indirizzo amministrativo, per la sua stretta interconnessione con l'indirizzo politico, scaturisce dalla essenza del potere esecutivo, il quale è costituito contestualmente di due distinti corni: l'attività di governo e quella amministrativa. La fine dello Stato assoluto e l'avvento dello Stato di diritto hanno portato alla necessità di delimitare questi due aspetti, perché da un lato l'attività di governo, in quanto espressione di sovranità, deve potere essere esplicita in modo insindacabile, nel senso che questa deve essere assoggettata esclusivamente alla responsabilità politica, ma al tempo stesso, dall'altro lato, l'attività amministrativa deve rispettare il principio di legalità, in quanto l'esercizio del potere pubblico può ritenersi legittimato esclusivamente qualora questo rispetti la volontà popolare cristallizzata nel dato normativo prestabilito dagli organi democraticamente eletti.

Nell'esperienza dell'ordinamento post-unitario, si è sottovalutata la centralità di questi aspetti, sebbene la Dottrina fosse già attenta alla doppia veste dei ministri di matrice cavouriana (politici e burocrati al tempo stesso), in quanto l'appartenenza di un burocrate ad una "parte" politica era stata ben individuata come possibile causa di distorsioni nell'esercizio del potere amministrativo. Tale trascuratezza è terminata quando, per effetto dell'art. 3, comma 2, della Legge 31 marzo 1889, n. 5992, è stata stabilita l'insindacabilità da parte degli organi giurisdizionali degli atti politici; a partire da questo momento, si è imposta con forza e non poteva più essere ignorata la problematica della distinzione tra attività politica e attività amministrativa. Le categorie giuridiche e gli strumenti concettuali, necessari ad affrontare il complesso tema, sono stati forniti da due illustri Autori, Crisafulli e Mortati, che durante la vigenza dell'ordinamento fascista (più precisamente, a partire dall'entrata in vigore della Legge n. 2263/1925) hanno iniziato ad interrogarsi su di una ricostruzione giuridica che potesse fornire risposte più convincenti di quelle date dalla giurisprudenza formatasi in quegli anni, del tutto ondivaga ed insoddisfacente nell'individuare gli atti politici (o la politicalità degli atti). In particolare, entrambi gli Autori si sono cimentati nella definizione dell'attività di governo: Mortati elaborando la nozione di funzione di governo, Crisafulli quella di attività di governo produttiva di indirizzo politico. Nonostante le inevitabili differenze caratterizzanti le due diverse tesi, queste sono accomunate da una presa di consapevolezza dell'esistenza di

un'attività superiore, che da impulso e direzione suprema a tutta la vita e l'azione dello Stato, avente ad oggetto l'interesse dello Stato inteso nella sua unità e non come mera sommatoria degli interessi individuali. Questa attività avente natura prettamente politica definisce quindi lo scopo ultimo dell'azione pubblica, cioè il fine politico dello Stato, che può e deve essere espresso con qualsiasi tipo di atto, non essendo rilevante la qualificazione giuridico-formale dello stesso, né l'organo che lo adotta. Quindi, l'attività o funzione di governo prevede due distinti momenti (in ordine logico, giuridico e temporale): la predeterminazione del fine ultimo dello Stato-comunità (c.d. fine politico, stabilito con gli atti-fonte di indirizzo politico) e la predisposizione degli strumenti necessari affinché tale fine sia raggiunto attraverso l'esercizio unitario ed armonico delle attribuzioni inevitabilmente frazionate tra gli organi dello Stato-apparato (c.d. indirizzo politico minore o alta amministrazione). L'attuazione dell'indirizzo politico deve essere realizzata da parte di tutti i poteri dello Stato e, quindi, con atti appartenenti sia alla funzione esecutiva, che legislativa (e secondo alcuni, anche a quella giudiziaria).

Si giunge quindi alla conclusione della pluriqualificazione degli atti di indirizzo, in quanto l'indirizzo politico trascende l'atto con il quale viene adottato e rende pertanto estremamente difficoltoso discernere in concreto tra l'esercizio del potere politico e di quello amministrativo, in quanto il primo deve trovare espressione con una pluralità indefinita di strumenti diversi tra loro, sfuggendo quindi ontologicamente ad una tipizzazione formale degli atti con cui viene realizzato. Queste conclusioni certificano il fallimento di un tipo di indagine che si incentri sul dato formale degli atti o dell'attività realizzata, dovendosi piuttosto affrontare il tema con un approccio di tipo organizzativo, ovvero studiare il rapporto tra gli organi politici ed organi burocratici.

Sul presupposto dell'impossibilità nel distinguere tra il contenuto politico e amministrativo dell'atto di indirizzo (c.d. teoria unionista), la migliore dottrina è arrivata a teorizzare alla fine del secolo scorso il c.d. indirizzo della Pubblica Amministrazione, il quale avrebbe un contenuto estremamente ampio e coprirebbe tutti gli spazi dell'attività dei pubblici poteri in cui è possibile ed opportuna la delimitazione di criteri generali per la successiva azione. Questa tesi prescinde quindi dalla distinzione circa il contenuto politico o amministrativo dell'attività di indirizzo e dalla natura dell'atto (legislativo o amministrativo), ma guarda esclusivamente al dato funzionale dello stesso: l'atto di indirizzo è necessario a soddisfare l'esigenza di un'attività e di una organizzazione

formalizzatrice di criteri ed obiettivi intermedi tra la norma ed il provvedimento; si focalizza l'attenzione esclusivamente sulla potestà riconosciuta alle Pubbliche Amministrazioni di adottare degli atti aventi la capacità di conformare l'esercizio della funzione pubblica.

Come detto, i presupposti della teorizzazione affondano nelle c.d. teorie unioniste, secondo le quali non sarebbe stato possibile ritenere distinguibili l'indirizzo politico e quello amministrativo, poiché la formazione del c.d. indirizzo politico non avviene sulla base di un processo di tipo verticale (discendente), nel senso che tale indirizzo viene determinato dall'organo politico e applicato meramente dall'organo burocratico, ma piuttosto si riscontra quel processo circolare (ascendente e discendente) nel quale l'indirizzo politico si forma attraverso la partecipazione indistinta (o indistinguibile) tra i due organi: i fini condizionano i mezzi, che ne sono a loro volta condizionati. Tali tesi unioniste si presentavano in modo estremamente variegato tra loro, ma erano tutte unite dall'idea che l'indirizzo amministrativo debba essere ricondotto all'interno dell'indirizzo politico (minore), inteso come definizione degli strumenti necessari al raggiungimento del fine politico.

E' stato quindi necessario verificare la tenuta di questo presupposto alla luce dell'attuazione nel nostro Ordinamento del principio di separazione tra politica e amministrazione, la quale ha costituito uno dei punti cardine del c.d. *New Public Management* (NPM), ovvero quella dottrina globale che ha portato ad un ripensamento dei sistemi di amministrazione degli Stati delle democrazie occidentali, al fine di applicare dei modelli di gestione più efficienti ed efficaci, capaci cioè di raggiungere meglio e con minore spesa la soddisfazione delle necessità dei cittadini/utenti. Una valutazione, in chiave comparatistica, dell'applicazione di tale principio negli ordinamenti inglese, statunitense, francese e tedesco, ha portato a concludere per l'impossibilità logico-concettuale, prima ancora che giuridica, di una netta separazione tra le due sfere, posto che l'attività di scelta dei fini si pone in un *continuum* con l'attività di scelta dei mezzi, la quale è stata ben colta dalla Costituzione italiana che, proprio agli artt. 95, 97 e 98, ne ha dettato conseguentemente l'impossibilità giuridica. Pertanto, si è ritenuto di potere affermare che quando si discute di applicare il principio di separazione tra politica e amministrazione, nel senso di attribuire alla prima la funzione di indirizzo e alla seconda quella di gestione, non si intende realizzare una netta cesura tra questi due

poli, ma si tratta di individuare un virtuoso equilibrio tra il potere politico e la burocrazia; ciò si è tentato di fare negli ordinamenti delle democrazie occidentali, tanto da essere stato suggestivamente affermato che nel rapporto tra politica e amministrazione si assiste a delle oscillazioni di un pendolo, a seconda del punto di equilibrio di volta in volta trovato.

La separazione tra politica e amministrazione anche quando è affermata a livello di principio, come nel nostro Ordinamento, esprime in realtà un principio organizzativo di ripartizione di competenze (indirizzo all'organo politico e gestione all'organo burocratico) solamente di tipo tendenziale; infatti, non risulta possibile separare in modo netto i due momenti (determinazione di indirizzo e gestione) e questo perché il burocrate, in quanto dotato di una capacità tecnica e di una professionalità non posseduta da parte del politico, è naturalmente in grado di influenzare o completare la decisione politica, con la conseguenza che il dirigente non può essere solamente il destinatario di un indirizzo che è chiamato a realizzare, ma è lui stesso che deve, quantomeno, partecipare alla determinazione di tale indirizzo. La natura del fenomeno è particolarmente vivida nella figura del Capo di Gabinetto del Ministro, il quale assume nei fatti la posizione di vero e proprio decisore sebbene la normativa gli assegna il ruolo di mero organo di supporto del Ministro; la spiegazione di ciò può individuarsi facendo ricorso alla teoria economica definita *Principal-Agent theory*, nella quale un soggetto (c.d. Principale) delega un altro soggetto (c.d. Agente) allo svolgimento di un compito che quest'ultimo può realizzare in virtù del possesso di proprie specifiche abilità e competenze di cui il primo non dispone; in questo contesto, il Principale, sebbene rimanga titolare del potere di controllo sul delegato, a causa della tipica asimmetria informativa di tali rapporti, è privo degli strumenti tecnici per potere svolgere una verifica effettiva e, quindi, è possibile che l'Agente/delegato influenzi la decisione che sarà assunta dal Principale attraverso l'alterazione o selezione delle informazioni fornite allo stesso a tali fini. La letteratura delle scienze economiche ha individuato una serie di correttivi a queste possibili distorsioni, tra cui, per quanto di nostro interesse, si rinviene anche il legame fiduciario tra Principale e Agente, che dovrebbe permettere di disinnescare le patologie appena descritte e che non a caso costituisce l'elemento fondante del rapporto tra Ministro e Capo di Gabinetto.

La conferma dell'assunto per cui la separazione tra politica e amministrazione è un principio tendenziale, che sottintende sempre che le due sfere rimangano in collegamento

tra loro, è stata raggiunta grazie allo studio analitico della normativa interna, che ha disciplinato nel tempo il rapporto tra gli organi politici (Ministro) e gli organi burocratici (dirigenti). Infatti, anche l'attuale modello della c.d. interconnessione (che ha seguito nel tempo, il modello gerarchico e quello direzionale), sebbene preveda una nominale separazione tra attività di indirizzo (attribuita al politico) e di gestione (attribuita al burocrate), in realtà, attribuisce comunque ai dirigenti generali e non, anche poteri di indirizzo veri e propri.

L'indirizzo del Ministro, definito dalle norme come indirizzo politico-amministrativo, è un indirizzo non libero nella predeterminazione dei fini, in quanto tale prerogativa spetta nel nostro Ordinamento esclusivamente in via collegiale al Consiglio dei Ministri. Si tratta di un indirizzo che è contestualmente politico (in senso lato o minore), nel senso che viene adottato da un organo politico (Ministro) e che prevede l'individuazione di obiettivi intermedi (in quanto vincolati dagli obiettivi finali predeterminati dal Consiglio dei Ministri) che l'azione amministrativa sarà chiamata a raggiungere, ma anche amministrativo (in senso stretto), nel senso che viene adottato da un organo posto formalmente al vertice della macchina burocratica dall'art. 95 Cost. (Ministro) e che detta delle regole strumentali all'organizzazione e all'esercizio dell'azione amministrativa.

Invece, gli organi burocratici, attraverso dei poteri formalmente di sola gestione, esercitano tre distinti tipi di indirizzo: la partecipazione alla formazione dell'indirizzo politico-amministrativo del Ministro; l'adozione di un proprio indirizzo amministrativo che andrà a conformare l'attività dei dirigenti non generali o degli uffici; l'adozione di un c.d. indirizzo degli amministrati, ovvero quell'indirizzo che può essere ricostruito a posteriori, sulla base di una serie di singoli atti amministrativi di mera gestione che, nel tempo, hanno determinato la formazione di una casistica creativa di una regola, che è in grado di influenzare i comportamenti e le decisioni dei soggetti destinatari (cioè i privati). Tutti e tre i tipi di indirizzo sono dotati di una propria politicità: se per il primo di questi (cioè, partecipazione all'indirizzo politico-amministrativo) ciò appare auto-evidente, così non è per gli altri due (indirizzo amministrativo ed indirizzo degli amministrati), per i quali la predetta conclusione si è allora giustificata facendo richiamo alle tesi secondo la quale ogni spazio di discrezionalità porta con sé un certo grado di politicità della decisione, nel senso che tanto più aumenta lo spazio di "libertà" del decisore che adotta

l'atto di indirizzo amministrativo, tanto più questo tenderà ad avere un contenuto politico (seppure in senso lato), il quale risponderà ad un'azione "libera" nei fini. Il che è in realtà perfettamente in linea con la teoria della pluriqualificazione degli atti di indirizzo, secondo la quale l'attività politica può e deve essere realizzata attraverso qualsiasi atto appartenente ad una qualunque delle funzioni dello Stato. Per quanto riguarda, i dirigenti il problema si pone, piuttosto, non in termini generali (nel senso di una pretesa impossibilità in astratto che il dirigente adotti atti dal contenuto politico), quanto sotto il profilo del principio di legalità: si deve cioè legittimare l'esercizio di un potere politico, per quanto dal contenuto ridotto, da parte del dirigente. Tale giustificazione si rinviene facendo utilizzo di tre diversi istituti: innanzitutto, l'attribuzione dell'incarico dirigenziale su base fiduciaria (in senso lato) da parte dell'organo politico e, poi, ma in misura minore, per il principio di legittimazione tecnocratica (concetto debole e forse da ritenersi superato) e per la partecipazione procedimentale diretta da parte degli amministrati. E' soprattutto la fiducia a potere giustificare l'attribuzione di un (minimo) potere politico in capo ai dirigenti e, per questo motivo, è stato oggetto di particolare approfondimento la figura dirigenziale *sui generis* del Segretario Comunale, il quale è legato al Sindaco da una particolare forma di fiducia che ha aiutato a comprendere meglio la problematica.

L'indagine si è poi avviata alla sua conclusione affrontando, per sommi capi, le nuove sfide lanciate dalla globalizzazione e dall'avvento della tecnica sugli ordinamenti moderni, i quali hanno acuito la perdurante crisi della sovranità e della decisione politica; in questo quadro, lo Stato ha visto tramontare la propria centralità secondo il c.d. modello di Westfalia, abdicando la propria funzione normativa a favore di privati, i quali sono maggiormente idonei a garantire, attraverso la propria specializzazione e tecnica, il continuo adeguamento delle fonti normative alla realtà economico-sociale in repentino mutamento. Ai normatori privati è stata riconosciuta la capacità di limitare la discrezionalità in capo al decisore pubblico, conformandone l'esercizio del potere; ad oggi e sempre più, questi soggetti hanno in mano l'esercizio dell'attività di indirizzo in vasti e importanti ambiti, tanto che si pone con forza l'interrogativo della loro effettiva legittimazione ad esercitare poteri di questa tipologia che dovrebbero spettare esclusivamente ad organi politici democraticamente eletti: una volta scartata l'ipotesi della autolegittimazione della tecnica, la giustificazione a questo *gap* democratico si ritiene individuata nell'ampia partecipazione che viene garantita nei processi decisionali.

In via finale, si può concludere che l'indirizzo (politico/amministrativo o amministrativo) dello Stato viene esercitato con atti (sia di indirizzo, che di gestione), adottati da organi politici e burocratici, aventi lo scopo di drenare progressivamente gli spazi di "libertà" del decisore finale al momento dell'adozione del provvedimento amministrativo: la restrizione della discrezionalità dovrebbe infatti consentire di ottenere una maggiore aderenza della decisione rispetto agli obiettivi finali predeterminati attraverso l'indirizzo politico e, quindi, garantire un'omogeneità dell'azione pubblica al perseguimento degli scopi e delle priorità dettati dagli organi elettivi, investiti democraticamente. In altri termini, l'attività di indirizzo amministrativo si conferma essere una "*determinazione di una regola generale d'azione dell'attività libera*" che, avendo ad oggetto un segmento libero di attività della pubblica amministrazione, può prevedere criteri ed obiettivi che debbono essere applicati dalla stessa amministrazione (norma organizzativa interorganica) oppure da altre amministrazioni subordinate all'indirizzo (norma organizzativa intersoggettiva).

Bibliografia

- AA.VV., *Il pubblico impiego dopo la riforma del 2009*, RGL, 2010, I, pagg. 447 ss..
- AA.VV., *La riforma "Brunetta" del lavoro pubblico*, GDA, 2010, pagg. 1 ss..
- AA.VV., *La riforma del lavoro pubblico*, RGL, 2015, vol. I, pagg. 473 ss..
- AA.VV., *La riforma della pubblica amministrazione*, GDA, 2015, pagg. 621 ss..
- AA.VV., *La terza riforma del lavoro nelle Pubbliche amministrazioni, parti I-II-III*, Lav. Pubbl. Amm., rispettivamente in 2008, pagg. 949 ss., 2009, pagg. 1 ss. e 2009, pagg. 469 ss..
- Adonis A., *La riforma della funzione pubblica in Gran Bretagna. Il programma Next Steps*, in Mèny Y. –Wright V. (a cura di), *La riforma amministrativa in Europa*, Bologna, Il Mulino, 1994.
- Agrò A.S., *Rapporti costituzionali tra governo e pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1978.
- Ainis M., Ruggeri A., Silvestri G., Ventura L. (a cura di), *Indirizzo politico e Costituzione. A quarant'anni dal contributo di Temistocle Martines*, Milano, Giuffrè, 1998.
- Alesse R., *Il lento e inarrestabile declino della dirigenza dello Stato*, Giur Cost., 2000, pag. 1941.
- Allegretti U., *L'imparzialità amministrativa*, Padova, Cedam, 1975.
- Allegretti U., *Legge generale sui procedimenti e moralizzazione amministrativa*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Vol. III, Milano, Giuffrè, 1988.
- Allegretti U., *Diritti e Stato nella mondializzazione*, Troina, Città aperta, 2002.
- Amato C., *Il ruolo del segretario comunale e i controlli interni nelle autonomie locali*, Tricase, Libellula, 2015.
- Amato G., *L'indirizzo degli enti di gestione*, Riv. trim. dir. pubbl., 1969, pagg. 529 e ss.
- Amato G., *Nuove tendenze nella formazione degli atti governativi di indirizzo*, Riv. Trim. Dir. Pubbl., 1970, pagg. 92-171.
- Amorosino S., *Note su alcune configurazioni reali dei rapporti tra direzione politica e dirigenza amministrativa nel contesto italiano*, Foro amm., 1995, pagg. 1151 e ss..
- Amorth A., *La nozione di gerarchia*, Milano, Vita e pensiero, 1936.
- Ancora F., *Normazione tecnica e certificazione di qualità. Elementi per uno studio*, Il Consiglio di Stato, Vol. II, 1994, pagg. 1575 e ss.;

Ancora F., *Normazione tecnica, certificazione, qualità e ordinamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 2000.

Angiello L., *La valutazione dei dirigenti pubblici. Profili giuridici*, Milano, Giuffrè, 2001.

Arcidiacono L., *Profili di riforma dell'amministrazione statale*, Milano, Giuffrè, 1980.

Azzariti G., *Brevi note su tecnici, amministrazione e politica*, in *Giur. cost.*, 9-10/1990, pagg. 2713 e ss..

Bachelet V., *Evoluzione del ruolo e delle strutture della pubblica amministrazione*, in *Scritti Giuridici*, Milano, Giuffrè, 1981.

Bachelet V., *Responsabilità del Ministro e competenza esterna degli uffici direttivi dei Ministeri*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975.

Barile P., *Le regioni: politica o amministrazione?*, Edizioni di Comunità, 1973.

Barlow J. –Farnham D. –Horton S. – Ridley F., *Comparing Public Managers*, in *New Public Managers in Europe. Public servant in transition*, London, Palgrave Macmillan, 1996.

Bartole S., *Funzione di indirizzo politico e competenza amministrativa delle giunte nelle Regioni ad autonomia speciale*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1969.

Bartolini S., *I rapporti tra i supremi organi regionali*, Padova, Cedam, 1961.

Bassanini F., *Sui poteri del Parlamento e sulle competenze delle Regioni in materia di programmazione economica*, Milano, Giuffrè, 1969.

Bassi F., *Contributo allo studio delle funzioni dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1969, pagg. 71-73.

Battini S. – Cimino B., *La dirigenza pubblica italiana fra privatizzazione e politicizzazione*, *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2007, n. 4, pag. 1009.

Battini S., *Al servizio della Nazione? Verso un nuovo modello di disciplina della dirigenza e del personale pubblico*, Relazione presentata al convegno di Varenna, 23 settembre 2016.

Battini S., *Gli uffici di staff dei Ministri, diversi ma uguali?*, *Riv. trim. dir. pubbl.* 2006, pag. 671 e ss..

Battini S., *Il personale*, in Cassese S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, Milano, Giuffrè, Tomo I, 2000.

Benedetto P., *Dati sulla presenza dei magistrati amministrativi negli uffici ministeriali di collaborazione diretta (1948-2001)*, *Dir. Pubbl.*, 2001, vol. 7, fasc. 2, pagg. 759 e ss..

Benvenuti F., *Disegno della amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, Cedam, 1996.

Bernatzik E., *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft: verwaltungsrechtliche Studien*, Vienna, Manz, 1886.

Berti G., *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975.

Betti E., *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1971.

Bevilacqua D., *Gli 'uffici di diretta collaborazione' dei Ministri e dei vice-Ministri*, *Giorn. Dir. amm.*, 2006, pagg. 384 e ss..

Bin R., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992.

Bivona E., *Le certificazioni di qualità: vizi del prodotto e responsabilità dell'ente certificatore*, *Contratto e Impresa*, 2008, pagg. 1331 e ss..

Boggero G., *I segretari comunali restano 'tra color che son sospesi': lo spoils system non lede l'imparzialità della pubblica amministrazione*, *Oss. Cost., AIC*, 2019, n. 3.

Bognetti G., *La divisione dei poteri*, Milano, Giuffrè, 2001.

Boscato A., *La riforma mancata: il ruolo della dirigenza pubblica nei nuovi assetti*, *Lav. Pubbl. Amm.*, 2018.

Burdeau G., *Le régime parlementaire dans les Constitutions Européennes d'après guerre*, Paris, 1932, tr. it., *Il regime parlamentare nelle costituzioni europee del dopo guerra*, Milano, Edizioni di Comunità, 1950.

Caianiello V., *I compiti della dirigenza amministrativa nel quadro costituzionale*, *Giur. It.*, 1993, Vol. IV.

Caianiello V., *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, *Foro amm.*, 1997, pagg. 341 e ss..

Calamandrei P., *La Cassazione civile*, in Cappelletti M. (a cura di), *Opere giuridiche*, Napoli, Morano, 1976, Vol. VI e VII.

Calandra P., *Il Governo della Repubblica*, Bologna, Il Mulino, 1986.

Calandra P., *Storia dell'amministrazione pubblica in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1978.

Calligan D.J., *La discrezionalità amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1999.

Camarda L., *Il segretario comunale un tecnico-garante con sensibilità politica*, *Amm. Civ.*, 2008, n. 3.

Camastra S., *Formazione e grandes écoles dell'Alta dirigenza territoriale francese*, Riv. trim. sc. amm., 1993, p. 113 ss..

Campbell G.A., *The Civil service in Britain*, London, 1965.

Canzio G., *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, Dir. Pubbl., 2017, pagg. 21 e ss..

Caponigro R., *La giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nel sistema delle fonti*, Federalismi.it, n. 2/2017.

Caporale F., *Funzione nomofilattica e vincolo del precedente nella giustizia amministrativa*, Giorn. Dir. Amm., 2018, n. 5, pagg. 629 e ss..

Caracciolo L.B., *Funzione amministrativa e amministrazione neutrale nell'ordinamento U.S.A. Profili comparativi con l'esperienza italiana*, Torino, Giappichelli, 1997.

Carinci F. – Mainardi S. (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico*, Milanofiori-Assago, Ipsoa, 2011.

Cariola A., *Discrezionalità tecnica ed imparzialità*, Dir. proc. amm., 1997.

Carlassare L., *Amministrazione e potere politico*, Padova, Cedam, 1974.

Carnevali U., *La norma tecnica da regola di esperienza a norma giuridicamente rilevante, ricognizione storica e sistemazione teorica, ruolo dell'Uni e del CEI*, Resp. Civ. e Prev., 1997, pagg. 257 e ss..

Caroli Casavola H., *L'amministrazione centrale*, in AA.VV., *Le amministrazioni pubbliche tra conservazione e riforme: omaggio degli allievi a Sabino Cassese*, Milano, Giuffrè, 2008.

Cassese S. – Battini S., *Dall'impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Milano, Giuffrè, 1997.

Cassese S., *L'erosione dello Stato: una vicenda irreversibile?*, in Cassese S. – Guarino G. (a cura di), *Dallo Stato monoclasse alla globalizzazione*, Milano, Giuffrè, 2000.

Cassese S., *L'ideale di una buona amministrazione: principio del merito e stabilità degli impiegati*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007.

Cassese S., *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche*, Riv. Trim. Dir. Pubbl., pagg. 13 e ss..

Cassese S., *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, Garzanti, 1995; M. Nigro, *L'azione dei pubblici poteri. Lineamenti generali*, in G. Amato – A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 1997.

Cassese S., *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1995.

- Cassese S., *Maggioranza e minoranza: il problema della democrazia in Italia*, Milano, Garzanti, 1995.
- Cassese S., *Oltre lo Stato*, Roma, La Terza, 2007.
- Cassese S., *Riflessioni sul posto dell'alta burocrazia in quattro paesi europei*, Quad. Cost., 1985, pagg. 469 e ss..
- Cavallaro M.C., *Il rapporto tra politica e amministrazione*, in Contieri A. – Immordino M. (a cura di), *La dirigenza locale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012.
- Celotto A., *Eguaglianza e ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2557/11.pdf>.
- Celotto A., *L'“abuso” del decreto-legge*, in *Profili teorici, evoluzione teorica e analisi morfologica*, Vol. I, Padova, Cedam, 1997.
- Cerese M., voce *Indirizzo politico*, in Cassese S. (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006, vol. IV.
- Cerri A., *Imparzialità e indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1975.
- Cerulli Irelli V., *Corso di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1997.
- Cerulli Irelli V., *Principi di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2005, Vol. I.
- Cesarini Sforza W., *Il diritto dei privati*, Milano, Giuffrè, 1963.
- Cheli E., *Atto politico e funzione di indirizzo*, Milano, Giuffrè, 1961.
- Cheli E., *La sovranità, la funzione di governo, l'indirizzo politico*, in G. Amato-A. Barbera, *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, Vol. II, 1984.
- Cheli E., *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1967.
- Chiassoni P., *Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto*, Comanducci P. - Guastini R. (a cura di), *Analisi e diritto*, Torino, 2004.
- Chimenti C., *Un parlamentarismo agli sgoccioli. Lineamenti della forma di governo italiana nell'esperienza di dieci legislature*, Torino, Giappichelli, 1992.
- Chiti M.P., *Partecipazione popolare e pubblica amministrazione*, Pisa, Pacini Editore, 1977.
- Ciarlo P., *L'indirizzo politico*, in Fioravanti M. – Guerrieri S. (a cura di), *La Costituzione italiana*, Roma, Carocci, 1999.
- Ciarlo P., *Mitologie dell'indirizzo politico e identità partitica*, Napoli, 1988.

Cirillo G.P., *La frammentazione della funzione nomofilattica tra le corti Supreme nazionali e le corti comunitarie*, Riv. it. dir. pubbl. com., 2014, pagg. 23 e ss..

Clarich M. – Iaria D., *La privatizzazione del pubblico impiego. Commento al d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29*, Rimini, Maggioli, 1993.

Clarich M., *Garanzia del contraddittorio nel procedimento innanzi alle Autorità amministrative indipendenti*, intervento al convegno Le Autorità amministrative indipendenti, in giustizia-amministrativa.it.

Clarich M., *L'autorità garante della concorrenza e del mercato come 'giudice a quo' nei giudizi di costituzionalità*", www.federalismi.it, 2018, n. 14.

Colapietro C., *La 'Controriforma' del rapporto di lavoro della dirigenza pubblica*, Le nuove leggi civili commentate, 2002, n. 4-5.

Colapietro C., *Politica e amministrazione: riflessioni a margine di un rapporto controverso*, Studi parlamentari e di politica costituzionale, 2011, n. 171-172.

Consolo C., *La funzione nomofilattica della Corte di cassazione, tra nuove (auspicabili) prospettive e (gravi) rischi di deriva dallo ius litigatoris*, Rass. For. 2014, pagg. 621 e ss..

Conti G., *Organizzazione gerarchica e Stato democratico*, Padova, Cedam, 1989.

Corpaci A., *Riflessioni sulla dirigenza pubblica alla luce della l. n. 145 del 2002*, Lav. Pubbl. Amm., 2002, pagg. 859 e ss..

Corso G., *L'Adunanza plenaria e la funzione nomofilattica*, Rass. For., 2014, pagg. 633 e ss..

Costantino G., *Appunti sulla nomofilachia e sulle 'nomofilachie di settore'*, Riv. dir. proc., 2018, n. 6, pagg. 1443 e ss..

Costantino G., *La riforma dell'appello tra nomofilachia e 'hybris' (Nota a Cass., ord. 17 aprile 2014, nn.8943, 8942, 8941, 894, e 27 marzo 2014, n.7273)*, Foro it., 2014, pagg. 1451 e ss..

Crisafulli V., *La Corte Costituzionale ha vent'anni*, in Occhiocupo N. (a cura di), *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale: bilancio di vent'anni di attività*, Bologna, Il Mulino, 1978.

Crisafulli V., *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in Studi urbinati, anno XIII, serie A, nn. 1-2-3-4, 1939.

Crisafulli V., *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, S.t.e.u., 1939, pag. 16.

Cugurra G., *L'attività di alta amministrazione*, Padova, Cedam, 1973.

- Cuocolo F., *Lezioni di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2002.
- Cuomo G., *Unità ed omogeneità*, Napoli, Jovene, 1957.
- D'Albergo S., Voce *Direttiva*, in Enc. Del Dir., Vol. XII, pagg. 603 e ss..
- D'Alberti M., *L'alta burocrazia*, Bologna, Il Mulino, 1994.
- D'Alberti M., *Per una dirigenza pubblica rinnovata*, in M. D'Alberti (a cura di), *La dirigenza pubblica*, Bologna, Il Mulino, 1990.
- D'Alessio G., *La 'privatizzazione' dei dirigenti generali*, in Carinci F. – D'Orta C. (a cura di), *I contratti collettivi per le aree dirigenziali : ministeri, enti pubblici non economici, regioni, autonomie locali, aziende ed amministrazioni autonome dello Stato, sanità, università, istituzioni ed enti di ricerca*, Milano, Giuffrè, 1998.
- D'Alessio G., *La legge di riordino della dirigenza, nostalgie antilogie ed amnesie*, Lav. Pubbl. Amm., 2002, n. 2, pag. 219.
- D'Auria G., *Fedeltà e merito nella scelta dei dirigenti pubblici*, in AA. VV., *Il diritto amministrativo oltre i confini: omaggio degli allievi a Sabino Cassese*, Milano, Giuffrè, 2008, pagg. 85 e ss..
- D'Auria G., *Il nuovo sistema delle fonti: legge e contratto collettivo, Stato e autonomie territoriali*, GDA, 2010.
- D'Auria G., *La tormentata riforma della dirigenza pubblica*, Lav. nelle Pubbl. Amm., 2001, pagg. 15 e ss..
- D'Orta C. – Boscati A., *Politica e Amministrazione*, in Carinci F. – Zoppoli L. (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, Utet, 2004.
- D'Orta C. – Meoli C., *La riforma della dirigenza pubblica*, Padova, Cedam, 1994.
- D'Orta C., *Gli incarichi dirigenziali nello stato dopo la l. 145/2002*, Lav. Pubbl. Amm., 2002, pagg. 929 e ss..
- D'Orta C., *La riforma della dirigenza: dalla sovrapposizione alla distinzione fra politica e amministrazione?*, Riv. Trim. Dir. Pubbl., 1994, pag. 166.
- D'Orta C., *La seconda fase di riforma della dirigenza pubblica: verso la fine del guado cercando di evitare gli scogli*, Lav. Pubbl. Amm., 1998, pagg. 352 e ss..
- D'Orta C., *La sopraordinazione dei Ministri secondo il d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29. Poteri di avocazione, annullamento e decisione dei ricorsi gerarchici sugli atti dei dirigenti*, in Foro Amm., 1994, pagg. 1329 e ss..

- D'Orta C., *Politica e Amministrazione*, in Corpaci A. – Rusciano M. – Zoppoli L. (a cura di), *Commentario al d.lgs. 29/93*, Le Nuove Leggi civili commentate, n. 5-6, 1999, pag. 250.
- D'Orta C., *sub. artt 16-17*, Nuove Leggi Civili Commentate, 1999, pag. 1148.
- D'Orta, *La nuova disciplina della dirigenza pubblica alla prova dei fatti: un'attuazione strabica*, [Relazione al forum-tavola rotonda organizzato da 'Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni' sul tema: 'La riforma della dirigenza pubblica: attuazione e problemi applicativi', Roma, 30 novembre 2000], Lav. Pubbl. Amm., Vol. 4, fasc. 1, 2001, pag. 107.
- De Bellis M., *La regolazione dei mercati finanziari*, Milano, Giuffrè, 2012.
- De Forges J. M., *Gli alti funzionari in Francia e il ruolo dell'E.N.A.*, in D'Alberti M. (a cura di), *Studi su Gran Bretagna, Stati Uniti d'America, Spagna, Francia, Italia*, Bologna, Il Mulino, 1994.
- De Gioannis, *Corso di diritto pubblico amministrativo*, Firenze, 1879, Vol. II.
- De Gotzen S., *L'affermazione di un carattere fiduciario è compatibile con la funzione del segretario comunale?*, Le Regioni, 2019, n. 2.
- De Pretis D., *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, Cedam, 1995.
- De Siano A., *Precedente giudiziario – Il principio di diritto espresso dall'Adunanza plenaria quale norma giuridica*, Giur. It., 2018, n. 7, pagg. 1688.
- De Siano A., *Precedente giudiziario e decisioni della P.A.*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, pagg. 146 e ss..
- De Valles A., *Norme giuridiche e norme tecniche*, in *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, Milano, Giuffrè, 1963.
- De Valles A., *Sulla teoria degli atti politici*, Annali della Riv. Università di Macerata, Vol. 5, 1929, pagg. 8 e ss..
- De Valles A., *Teoria giuridica dell'organizzazione dello Stato*, Padova, Cedam, 1931, Vol. I.
- Dell'Acqua C., *Atto politico ed esercizio di poteri sovrani*, Padova, Cedam, 1983.
- Della Cananea G., *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, Il Mulino, 2009.
- Della Cananea G., *I pubblici poteri nello spazio giuridico globale*, Riv. Trim. Dir. Pubbl., 2003, pag. I e ss..

Delledonne G., *Decretazione d'urgenza, indirizzo politico programma di governo nella XVI Legislatura*, Osservatoriosullefonti.it, fasc. 2/2011.

Di Casola A., *Dirigenza fiduciaria ed uffici di diretta collaborazione: è legittimo uno spoils system 'rafforzato'*, Riv. it. dir. lav., 2001, Vol. 30, fasc. 2, pagg. 351 e ss..

Di Gaspare G., *Considerazioni sugli atti di governo e sull'atto politico: l'esperienza italiana e francese nello stato liberale*, Milano, Giuffrè, 1984.

Di Mascio F. – Natalini A., *Oltre il New Public Management. Le riforme amministrative tra meccanismi e contesti*, Roma, Carocci Editore, 2018.

Diciotti E., *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, Giappichelli, 1999.

Diquattro G., *Il ruolo del Segretario generale nell'ente locale dopo le riforme. Funzioni, status, criteri di selezione, di formazione e di scelta da parte dell'ente*, Le Istituzioni del Federalismo, 2004, n. 5, pagg. 869-901.

Dogliani M., *Indirizzo Politico, riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, Napoli, Jovene, 1985.

Dogliani M., *voce Indirizzo politico*, in Dig. Disc. Pubbl. Torino, 1993, Vol. VIII, pagg. 244 e ss..

D'Orazio G., *Le sentenze costituzionali additive tra esaltazione e contestazione*, Riv. Trim. Dir. Pubbl., 1992, pagg. 74 e ss..

Elia L., *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, in Barile P. – Cheli E. – Grassi S., *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1982.

Elia L., *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, Cedam, 1985.

Elia L., *Problemi costituzionali dell'amministrazione centrale*, Milano, Giuffrè, 1965.

Endrici G., *Il potere di scelta. Le nomine tra politica e amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 2000.

Fabbrini S. – Vassallo S., *Il governo: gli esecutivi nelle democrazie contemporanee*, Laterza, 2002.

Falcon G., *Riforma della Pubblica Amministrazione e responsabilità della dirigenza*, Le Regioni, XXVI, n. 5, 1998.

Fanelli O., *La funzione nomofilattica della Corte di cassazione*, Foro it., 1988, Vol. I, pagg. 3302 e ss..

Ferrara R., *La procreazione medicalmente assistita fra legge e regolamento*, Foro amm. TAR, 2008.

Ferrarese M.R., *Il diritto orizzontale. L'ordinamento giuridico globale secondo Sabino Cassese*, Politica del Diritto, 2007..

Ferrarese M.R., *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, Il Mulino, 2002.

Ferrari G.F., *Pubblico impiego (diritto comparato)*, in Digesto, IV ed., 1995, Vol. VIII, pagg. 300 e ss..

Ferri G.D., *La funzione di governo e il Gran Consiglio del fascismo*, Roma, 1939, p. 119.

Fiorentino L. – Milani V., *Gli uffici di diretta collaborazione del Ministro dell'Economia e delle Finanze*, Riv. trim. dir. pubbl., 2006, vol. 56, fasc. 3, pagg. 727 e ss..

Fleiner F., *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen, 1928.

Fois S., *Legalità (principio di)*, Enc. dir., Vol. XXIII, Milano, 1973, pag. 697; F. Satta, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, Cedam, 1969.

Follieri E. – Barone A., *Introduzione*, in E. Follieri-A. Barone (a cura di), *I principi vincolanti dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo (2010-2015)*, Padova, Cedam, 2015, pagg. IX e X.

Follieri E., *L'introduzione del principio dello stare decisis nell'ordinamento italiano, con particolare riferimento alle sentenze dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, Dir. proc. Amm., 2012, pagg. 1237 ss..

Fracchia F. – Pantalone P., *Nomofilachia, uniforme applicazione del diritto e funzioni della Corte dei Conti*, Nuove autonomie, 2019, n. 1, pagg. 95 e ss..

Franchini C., *La riforma dei Ministeri*, in G. Vesperini (a cura di), *La riforma dell'amministrazione centrale*, Milano, Giuffrè, 2005, pagg. 13-14.

Friedrich C.J., *Responsible Government Service under the American Constitution*, in AA.VV., *Problems of the American Public Service*, New York-London, McGraw-Hill, 1935.

Gains F., *Implementing Privatization Policies in 'Next steps' Agencies*, Public Administration, Oxford, Vol. 77, n. 4, pagg. 713-730.

Galgano F., *La globalizzazione e le fonti del diritto*, Riv. Trim. Dir. Pubbl., 2006, pagg. 313 e ss..

Galloni G., *La interpretazione della legge: con particolare riguardo ai rapporti fra interpretazione autentica e giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1955.

Gardini G., *L'imparzialità amministrativa e nuovo ruolo della dirigenza pubblica*, Dir. Amm., 1, 2001, pagg. 39 e ss..

Gardini G., *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, Milano, Giuffrè, 2003.

Garrone G.B., voce *Atto politico (disciplina amministrativa)*, in Dig. Disc. Pubbl., Torino, 1987, Vol. I.

Gaspari O. –Sepe S. (a cura di), *I segretari comunali. Una storia dell'Italia contemporanea*, Roma, Donzelli, 2007.

Genesin M.P., *L'attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa. Riflessioni critiche su un sistema di governo multilivello*, Napoli, Jovene, 2009.

Giangaspero P., *Le strutture di vertice della pubblica amministrazione. Vincoli costituzionali e prospettive di riforma*, Milano, Giuffrè, 1988, pagg. 69 e ss..

Giannini M. S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi*, Milano, Giuffrè, 1939.

Giannini M.S., *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1970, vol. I.

Giannini M.S., *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, Il Mulino, 1983.

Giannini M.S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, Giuffrè, 1939.

Giannini M.S., *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1950.

Giannini M.S., *Parlamento e amministrazione*, in Amm. Civ., n. 47-51, pagg. 145 e ss..

Giannini M.S., *Parlamento e amministrazione*, in S. Cassese (a cura di), *L'amministrazione pubblica in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1974.

Giannini M.S., Voce *Attività Amministrativa*, Enc. Dir., 1958, pag. 990.

Giovenco L., *L'ordinamento comunale*, Milano, Giuffrè, IX ed., 1983.

Giuliani A., *Le disposizioni sulla legge in generale: gli articoli da 1 a 15*, P. Rescigno (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Torino, Utet, 1982.

Goodnow F.J., *Politics and Administration. A Study in Government*, New York, The MacMillan Company, 1900.

Goria G., *Introduzione alla Raccolta di saggi sull'interpretazione e sul valore del precedente giudiziale in Italia*, in *Quaderni de 'Il Foro italiano'*, Foro it., 1966, vol. V, pagg. 8 e ss..

Gorlani M., *I segretari comunali e lo spoil system: un compromesso non semplice (e non convincente) per una figura dai profili multiformi (Osservazioni a Corte cost., 22 febbraio 2019, n. 24)*, Giur. Cost., 2019, n. 1, pagg. 284-292.

Gournay B., *L'alta burocrazia in Francia*, Quad. Cost., 1985.

Greco N., *Le norme tecniche ambientali: una sonda per il nuovo diritto*, Studi parlamentari e di politica costituzionale, 2006, pagg. 7 e ss..

Grisolia M., *In tema di competenza amministrativa del Presidente della Repubblica*, Milano, Giuffrè, 1960.

Guarino G., *Il governo del mondo globale*, Firenze, Le Monnier, 2000.

Guarino G., *Il Presidente della Repubblica italiana: note preliminari*, Milano, Giuffrè, 1951.

Guarino G., *Tecnici e politici nello stato contemporaneo*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano, Giuffrè, 1962.

Guastini R., *Legalità (principio di)*, Dig. Disc. Pubbl., Vo. IX, Torino, 1994, pagg. 86 e ss..

Gueli V., *Il regime politico*, Roma, 1939.

Guicciardi E., *L'atto politico*, in Arch. Dir. pubbl., 1937, pagg. 265 e ss..

Holmström B., *Moral Hazard and Observability*, The Bell Journal of Economics, Vol. 10, n. 1, pagg. 74-91, 1979.

Hood C., *A public management for all seasons?*, Public Adm., 1991.

Horwitz M.J., *The Transformation of American Law – 1870-1960. The crisis of Legal Orthodoxy*, Oxford, 1992.

Insolera G., *Nomofilachia delle Sezioni unite, non obbligatoria, ma dialogica: il fascino discreto delle parole e quello indiscreto del potere*, Arch. Pen., 2018, vol. 1/S, pagg. 733 e ss..

Irti N., *Un diritto incalcolabile*, Torino, Giappichelli, 2016.

Jacini S., *Pensieri sulla politica italiana*, Firenze, Civelli, 1889.

Jellinek W., *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung*, Tubingen, Mohr, 1913.

Jensen M. C. – Meckling W.H., *Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure*, Journal of financial economics, 1976.

Kelsen H., *La grantie jurisdictionelle de la constitution (La justice constituionnelle)*, Rev. Dr. Pub. Sc. Pol., 1928.

Kelsen H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1962, pag. 136.

Krasner M.A. – Chabersli S.G., *Il sistema di governo degli Stati Uniti d'America. Profili istituzionali*, Torino, Giappichelli, 1994.

La Spina A. – Cavatorto S. (a cura di), *La consultazione nell'analisi di impatto della regolazione*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2000.

Lamberti C., *Stare decisis, nomofilachia e supremazia nel diritto amministrativo*, in Giur. It., 2013, IV, pagg. 976 e ss..

Laporta S., *La formazione della burocrazia. Scuola superiore della pubblica amministrazione ed Ecole Nationale d'Administration: due modelli a confronto*, Dir. econ., 2000, pagg. 125 e ss..

Lavagna C., *Contributo alla determinazione dei rapporti giuridici fra Capo del Governo e Ministri*, Roma, Edizioni Universitarie.

Lazzara P., *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, Cedam, 2001.

Ledda F., *La legalità nell'amministrazione: momenti di sviluppo e fattori di crisi*, in Marongiu G. – De Martin G.C., Milano, Giuffrè, 1992.

Lessona S., *La potestà di governo nello Stato fascista*, Il dir. del lav., 1929, vol. III.

Levi L., *Introduzione a Globalizzazione e crisi dello Stato sovrano*, in Levi L. –Mosconi A. (a cura di), *Globalizzazione e crisi dello Stato sovrano*, Torino, Celid, 2005.

Leyland P. – Woods T., *Administrative Law*, Oxford University Press, 2002.

Licata G. F., *Provvedimento antitrust a contenuto normativo*, in Cognetti S. – Contieri A. – Licciardiello S. – Nettesheim M. – Perongini S. – Zito A. (diretto da), *Studi per un nuovo diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2013.

Licciardello S., *Profili giuridici della nuova amministrazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2000.

Liuzzi B., *Sulla nozione di atti di governo*, in Foro amm., 1927, Vol. IV.

Luiso F.P., *Il vincolo delle Sezioni semplici al precedente delle Sezioni unite*, Giur. It., 2003, IV, pagg. 817 e ss..

Lupo N., *Dalla legge al regolamento, Lo sviluppo della potestà normativa del Governo nella disciplina delle pubbliche amministrazioni*, Bologna, Il Mulino, 2003.

M.S. Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1981.

Manetti M., *Poteri neutrali e costituzione*, Milano, Giuffrè, 1994.

Manna G., *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1876, vol. I.

Mannino A., *Indirizzo politico e fiducia nei rapporti tra Governo e Parlamento*, Milano, Giuffrè, 1973.

Marandola A., *La nomofilachia 'orizzontale': prime riflessioni*, *Studium Iuris*, 2019, n. 1, pagg. 15 e ss..

Marinelli V., voce "Precedente giudiziario", in *Enc. Dir., Agg.*, Milano, 2002, pagg. 871 e segg..

Marongiu G., *Direzione dei ministeri e unità di indirizzo politico e amministrativo del governo*, in *La riorganizzazione dei ministeri nel quadro della riforma dell'amministrazione*, in *La riorganizzazione dei ministeri nel quadro della riforma dell'amministrazione*, Atti del convegno organizzato a Catania (23-30 giugno 1974) dal Centro italiano di studi amministrativi, Padova, Cedam, 1975.

Marongiu G., *La direzione nella teoria giuridica dell'organizzazione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1965.

Marshall G.S. – Abresch C., *New Public Management*, in *Global Encyclopedia of Public Administration, Public Policy and Governance*, Springer International Publishing, Switzerland, 2016.

Martelli P., *Analisi delle istituzioni politiche*, Torino, Giappichelli, 2012.

Martines T., *Diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1990.

Martines T., *Indirizzo politico*, in *Opere I, teoria generale*, Giuffrè, Milano, 2000.

Martines T., *Studi sull'autonomia politica delle Regioni in Italia*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, pagg. 100 e ss..

Martines T., *Voce indirizzo politico*, in *Enciclopedia del diritto*, XXI, Milano, Giuffrè, 1971.

Marzona N., *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in Cassese S. – Franchini C., *I garanti delle regole*, Bologna, Il Mulino.

Marzuoli C., *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, Giuffrè, 1985.

Mashaw J.L., *I funzionari pubblici negli Stati Uniti*, in D'Alberti M. (a cura di), *Studi su Gran Bretagna, Stati Uniti d'America, Spagna, Francia, Italia*, Bologna, Il Mulino, 1994.

Massera A., *Il difficile rapporto tra politica e amministrazione: la Corte Costituzionale alla ricerca di un punto di equilibrio*, *Giorn. Dir. Amm.*, 2007, pagg. 1307 e ss..

Mattarella B.G., *Il principio del merito e i suoi oppositori*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, pagg. 641 e ss..

Mazzaroli L.A., *Il dirigente dell'ente locale tra rapporto di fiducia e principio di separazione delle funzioni politico-amministrative e gestionale*, *Le Regioni*, 2002.

Melis G., *Storia dell'amministrazione italiana (1861-1993)*, Bologna, Il Mulino, 1996.

Mèni Y., *Istituzioni e politica: le democrazie: Stati Uniti, Francia, Gran Bretagna, Italia e Repubblica Federale Tedesca*, Rimini, Maggioli, 1990.

Mèni Y., *La dirigenza pubblica e l'innovazione amministrativa: il caso francese*, in S. Gambino (a cura di), *Dirigenza pubblica e innovazione amministrativa. Esperienze a confronto*, Rimini, Maggioli, 1992.

Meoli C., *Il nuovo ruolo della dirigenza pubblica*, in D'Orta C. – Meoli C. (a cura di), *La riforma della dirigenza pubblica*, Padova, Cedam, 1994.

Merloni E., *Amministrazione 'neutrale' e amministrazione imparziale (a proposito dei rapporti tra 'politica' e 'amministrazione')*, *Dir. Pubbl.*, n. 2, 1997.

Merloni E., *Commento agli artt. 3 e 14 del d.lgs. 29/93*, in A. Corpaci – M. Rusciano – L. Zoppoli (a cura di), *La riforma dell'organizzazione dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche: (D.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 e successivi aggiornamenti fino al d.lgs. n.80 del 1998)*, *Le nuove leggi civili commentate*, Padova, Cedam, 1999.

Merloni F., *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale: il modello italiano in Europa*, Bologna, Il Mulino, 2006.

Merusi F., *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo quasi giallo*, Bologna, 2000.

Merusi F., *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, *Dir. Amm.*, 2002, pagg. 181 e ss..

Merusi F., *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Milano, Giuffrè, 1964.

Merusi F., *Per uno studio sui poteri della banca centrale nel governo della moneta*, Milano, Giuffrè, 1972.

- Meucci L., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1909.
- Mezzacapo D., *Dirigenza pubblica e tecniche di tutela*, Napoli, 2010.
- Mezzetti L., *Legittimazione democratica e tecniche interpretative della Corte Costituzionale italiana*, in *Pensamiento constitucional*, n. 14, 2012.
- Michoud L., *Etude sur le pouvoir discrètionnaire de l'administration*, Rev. Gen. d'admin., 1915, Vol. I.
- Michoud, *Les actes de gouvernement*, in *Annales de L'enseignement supèrieur de Grenoble*, 1899, Vol. I, n. 2.
- Miele G., *Principi di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1953.
- Minghetti M., *I partiti politici e l'ingerenza loro nella giustizia e nell'amministrazione*, Bologna, Zanichelli, 1881.
- Mirkinè-Guètèzèvitch B., *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, Paris, 1936.
- Mirrlees J.A., *Information and Incentives: the Economics of Carrots and Sticks*, The Economic Journal, Vol. 107, n. 444, pagg. 1311-1329, 1997.
- Mitrotti A., *Considerazioni sulla tormentata figura del Segretario comunale dopo la sentenza n. 23/2019 della Corte Costituzionale*, www.federalismi.it, 2020, n. 4.
- Mobilio G., *L'esclusione del Senato dal rapporto fiduciario: una riflessione a partire dalla nozione di indirizzo politico*, in A. Cardone (a cura di), *Le proposte di riforma della Costituzione*, in Atti del seminario fiorentino del 13 febbraio 2014, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014.
- Mortati C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1976.
- Mortati C., *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Milano, Giuffrè, ristampa inalterata del 2000.
- Mortati C., *Sulla competenza amministrativa del Presidente della Repubblica*, (Oss. alla sent., C. conti, Sez. contr., 19 febbraio 1959, n. 166), Giur. Cost., Vol. 5, n. 1, pag. 1191.
- Moscarini A., *Fonti dei privati e Globalizzazione*, Roma, Luiss University Press, 2015.
- Moscarini A., *L'accreditamento nel Regolamento CE n. 765/2008 e le "fonti" di produzione privata*, Riv. Dir. Alim., 2012, pagg. 8 e ss..
- Napoli C., *La Corte costituzionale interviene sul rapporto tra vertice politico e vertice amministrativo dell'ente locale. Una nuova forma di 'bicefalismo' per i segretari comunali e provinciali?*, Le Regioni, 2019, n. 2.
- Napoli C., *Spoils-system e Costituzione*, Torino, Giappichelli, 2017.

Napoli M. – Garilli A. (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo: D.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 con aggiornamento alla L. 7 agosto 2012, n. 135 (spending review)*, Padova, Cedam, 2013.

Natalini A., *Commento al IV Rapporto sull'attuazione del programma di governo 10 giugno 2001 – 10 giugno 2003*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2003, pagg. 1228 e ss..

Neri S., *La politica dell'amministrazione. Problemi e prospettive dello spoils system italiano*, *Riv. It. di Publ. Man.*, Vol. 3, n. 1, 2020.

Nicita A. – Scoppa V., *Economia dei contratti*, Carocci Editore, Roma, 2005.

Nigro M., *Civil Service Reform in the United States*, in *Public Administration*, 1982.

Nigro M., *Il Consiglio di Stato Giudice d'appello*, *Foro it.*, 1982, Vol. V.

Nigro M., *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in Trimarchi F. (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Milano, Atti del convegno Messina-Taormina 25-26 febbraio, 1990, p. 9.

Nigro M., *L'azione dei pubblici poteri. Lineamenti generali*, in Amato G. – Barbera A. (a cura di), *Manuale di Diritto Pubblico*, Bologna, il Mulino, 1994.

Nigro M., *La pubblica amministrazione fra costituzione formale e costituzione materiale*, in *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1996, vol III.

Nigro M., *Profili pubblicistici del credito*, Milano, Giuffrè, 1969.

Nigro M., *Riforma dell'amministrazione riorganizzazione dei Ministeri*, in *Foro Amm.*, 1974.

Nigro M., *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966.

Nisticò M., *Art. 99*, in C. Napoli – N. Pignatelli (a cura di), *Codice degli enti locali*, 2019, II ed..

Notarmuzi C. – Bevilacqua D., *Gli uffici di diretta collaborazione del Ministero dell'interno*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, Vol. 56, fasc. 3, pag. 712.

O'Flynn J., *From New Public Management to Public Value: Paradigmatic Change and Managerial Implications*, in *The Australian Journal of Public Administration*, 2007, Vol. 66, n. 3, pag. 354.

Oliveri L., *Spoil system dei segretari comunali: un cambio di assetto della figura?*, www.segretaricomunali.vighenzi.it; G. Virga, *Chi di spoil system ferisce ...*, www.lexitalia.it.

Olivito E., *Le inesauste ragioni e gli stridenti paradossi della governabilità*, Costituzionalismo.it, fasc. 3, 2015.

Onida V., *Discrezionalità amministrativa e il sindacato giurisdizionale*, *Giorn. Dir. Amm.*, 1995, pag. 669.

Osborne D. –Gaebler T., *Reinventing Government*, *Journal of Leisure Research*, Arlington, Vol. 27, Fasc. 3, 1995, pagg. 302 e ss.

Ottaviano V., *Studi sul merito degli atti amministrativi*, Roma, Ed. Ist. italiano di studi legislativi, 1947.

Padilla A., *The property Economics of Agency Problems*, Mises Institute Working Paper, Mises Institute, 2002.

Pajno A., *Appello nel processo amministrativo e funzioni di nomofilachia*, *Riv trim. dir. proc. Civ.*, 1990, pagg. 541 e ss..

Pajno A., *Nomofilachia e giustizia amministrativa*, *Rass. For.*, 2014, pagg. 641 e ss..

Paladin L., *Considerazioni sul principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano, Giuffrè, 1962.

Palma G., *Indirizzo politico statale e autonomia comunale*, Napoli, Jovene, 1974.

Panunzio S., *Teoria generale dello Stato fascista*, Padova, Cedam, 1939.

Pastori G., *Governo e amministrazione negli enti locali fra l. 142/1990 e l. 81/1993*, *Dir. Amm.*, 1995.

Pastori G., *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e autoamministrazione*, in AA.VV., *Scritti in onore di Pietro Virga*, Milano, Giuffrè, 1994, Vol. II.

Pastori G., *La burocrazia*, Padova, Cedam, 1967.

Patroni Griffi A., *Dimensione costituzionale e modelli legislativi della dirigenza pubblica. Contributo ad uno studio del rapporto di 'autonomia strumentale' tra politica e amministrazione*, Napoli, Jovene, 2002.

Patroni Griffi A., *La dimensione costituzionale del rapporto tra politica e amministrazione nel dettato della Costituzione e nelle più recenti pronunce del Giudice delle leggi*, in www.federalismi.it, 11 febbraio 2009, n. 3.

Patroni Griffi A., *Le Autorità amministrative indipendenti nell'ordinamento costituzionale: profili problematici di ieri e di oggi*, Rass. Dir. Eur., 2015, nn. 1-2.

Patroni Griffi A., *Politica e amministrazione nella funzione di Governo in Italia, Francia e Regno Unito*, Londra, Esperia, 1999.

Patroni Griffi F., *La funzione nomofilattica: profili interni e sovranazionali*, Federalismi.it, n. 19/2017.

Pavani G., *Alcune riflessioni sulla figura del segretario comunale nel panorama europeo*, Le istituzioni del Federalismo, 2015, n. 3, pagg. 765-792.

Pericu G., *I procedimenti di massa*, in Trimarchi F. (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Atti del convegno di Messina-Taormina (25-26 febbraio 1988), Milano, Giuffrè.

Perini M., voce *Indirizzo politico (postilla di aggiornamento)*, in *Enciclopedia giuridica*, XVI, Roma, Istituto dell'Enciclopedia italiana, 2007.

Persiani M., *La nuova disciplina della dirigenza pubblica*, Ragiusan, 2010, vol. I, pagg. 2697 ss..

Persico F., *Principii di diritto amministrativo*, Napoli, 1890, Vol. I.

Perticone G., *Elementi di una dottrina generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1939.

Pesce G., *L'adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e il vincolo del precedente*, Napoli, 2012.

Peters B.G., *La pubblica amministrazione: un'analisi comparata*, Bologna, il Mulino, 1999.

Picozza E., *L'attività di indirizzo della pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1988.

Picozza E., *Introduzione al diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 2006.

Picozza E., *Intelligenza artificiale e diritto – politica, diritto amministrativo and artificial intelligence*, Giur. It., 2019, pagg. 1657 e ss..

Pierandrei F., *L'interpretazione delle norme costituzionali in Italia*, Giur. Cost., 1962, 571.

Pilati M. – Salvemini S., *Il contributo della teoria dell'agenzia allo sviluppo del capitalismo manageriale*, Giornale degli Economisti e Annali di Economia, Nuova serie, anno 47, n. 3/4, pagg. 203-207.

Pinelli C., *Politica e amministrazione: una distinzione per l'ordine convenzionale*, in Giur. cost., 9-10/1990, pagg. 2720 e ss..

- Pinto F., *Diritto degli enti locali*, Torino, Giappichelli, 2012.
- Pisaneschi A., *Diritto Costituzionale*, Torino, Giappichelli, II ed., 2017.
- Pitruzzella G., Artt. 92-93, in G. Branca-A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1981.
- Pizzorusso A., *Fonti del diritto*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro Italiano, 1977, pagg. 503 e ss..
- Pizzorusso A., *Fonti del diritto. Art. 1-9*, in Comm. C.C., Scialoja-Branca (a cura di), *Disposizioni sulla legge in generale*, a cura di Galgano F., Bologna-Roma, 2011, pagg. 705 e ss..
- Pizzorusso A., *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Torino, 2008.
- Police A., *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.
- Police A., *Tutela della concorrenza e pubblici poteri: profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Torino, Giappichelli, 2007.
- Police A., *Il potere discrezionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in Rabiti Bedogni C. – Barucci P. (a cura di), *20 anni di antitrust*, Giappichelli, Torino 2010.
- Pollitt C. - Van Thiel S.- Homburg V., *New Public Management in Europe: adaptations and alternatives*, Basingstoke, Palgrave MacMillan, 2007.
- Porrini R., *I Ministeri*, in V.E. Orlando, *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, Società Editrice Libreria, vol. I, 1900.
- Predieri A. – Gigante M., *L'attribuzione allo Stato della normazione tecnica tra neutralità e attuazione vincolata*, *Giur. Cost.*, 2003, pagg. 1744 e ss..
- Predieri A., *Le norme tecniche nello Stato pluralista e prefederativo*, *Dir. Ec.*, n. 2, 1996, pagg. 251 e ss..
- Proto Pisani A., *Su alcuni problemi organizzativi della Corte di cassazione: contrasti di giurisprudenza e tecniche di redazione della motivazione*, *Foro it.*, 1988, Vol. V.
- Putnam R., *Atteggiamenti politici dell'alta burocrazia nell'Europa occidentale*, *Rivista Italiana di scienza politica*, 1973, n. 3.
- Quadri R., *Dell'applicazione della legge in generale: art. 10-15*, Bologna, Zanichelli, 1974.
- Raimondi S., *Dirigenza*, *Enc. Giur.*, Roma, 1988.

Ramajoli M., *Consolidamento e metabolizzazione del modello delle Autorità di regolazione nell'età delle incertezze*, Riv. Reg. Mercati, fasc. 2, 2018.

Ranelletti O., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1940.

Ranelletti O., *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1937.

Ranelletti O., *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1902, Vol. I.

Raselli A., *Studi sul potere discrezionale del giudice civile*, Milano, Giuffrè, 1975.

Rebuffa G., *Lo Statuto albertino*, Bologna, Il Mulino, 2003.

Ridley F.F., *The British Civil service and politics: principles in question and traditions in flux*, Parliamentary Affairs, 1983.

Rinaldi L., *Autonomia, poteri e responsabilità del dirigente pubblico: un confronto con il manager privato*, Torino, Giappichelli, 2002.

Rivosecchi G., *L'indirizzo politico finanziario tra costituzione italiana e vincoli europei*, Padova, Cedam, 2007.

Rober M., *Germany*, in Farnham D. – Horton S. – Barlow J. – Handeghem A. (a cura di), *New Public Managers in Europe. Public servants in transition*, 1996.

Roehrsen G., *L'atto di potere politico e la sua sindacabilità in sede giudiziaria*, in Riv. dir. pubbl., 1936, Vol. I.

Romano S., *Corso di diritto amministrativo. Principi generali*, Padova, Cedam, 1937.

Rordorf R., *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano*, in Foro it., 2006, V, pagg. 279 e ss..

Rosenbloom D. H., *Le riforme amministrative USA, 1993-1999*, in G. Gardina (a cura di), *La riforma della Pubblica Amministrazione in Italia e negli USA*, Bologna, Cooperativa Libreria Universitaria Editrice Bologna, 2000.

Rotelli E., *La Presidenza del Consiglio dei ministri. Il problema del coordinamento dell'amministrazione centrale in Italia (1848-1948)*, Milano, Giuffrè, 1972.

Rouban L., *La politica di modernizzazione amministrativa e la trasformazione della pubblica amministrazione francese*, in Mèny Y. – Wright V. (a cura di), *La riforma amministrativa in Europa*, Bologna, Il Mulino, 1994.

Russo S., *Il management amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2000.

Saitta F., *Burocrazia e indirizzo politico: il modello della Corte costituzionale*, Dir. proc. Amm., 2008, pagg. 175 e ss..

Sala G., *Il principio del giusto procedimento nell'ordinamento regionale*, Milano, Giuffrè, 1985.

Salandra A., *Corso di diritto amministrativo*, Roma-Napoli, 1915.

Salandra A., *La giustizia amministrativa nei governi liberi: con speciale riguardo al vigente diritto italiano / per l'avvocato Antonio Salandra*, Torino, Unione Tipografico editrice, 1904.

Salvia F., *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, Dir. Proc. Amm., 1992, pag. 687.

Sandulli A.M., *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Scritti giuridici*, Napoli, 1990, Vol. II, pagg. 261 e ss..

Sandulli A.M., *Governo e amministrazione*, in *Studi in memoria di C. Esposito*, Padova, Cedam, 1972, vol. I.

Sandulli A.M., *Governo e amministrazione*, Riv. Trim. Dir. Pubbl., 1966, pag. 749.

Sassani B., *Il nuovo giudizio di Cassazione*, Riv. dir. proc., 2006, pagg. 217 e ss..

Scaccia G., *Indirizzo politico e amministrazione*, Lo Stato, Anno V, numero 9.

Schlesinger P., *Natura e limiti della responsabilità delle Autorità*, in AA.VV., *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le Autorità amministrative indipendenti*, Milano, 1997.

Schmitt C., *Il custode della costituzione*, Milano, Giuffrè, 1981.

Schmitt C., *La tirannia dei valori*, Milano, Adelphi, 2008.

Sciullo G., *Modelli di disciplina della dirigenza in Italia e profili di fiduciarietà della nomina*, Le istituzioni del federalismo, Regione e Governo locale, 1997, pagg. 783 e ss..

Sciullo G., *Pianificazione amministrativa e partecipazione*, Milano, Giuffrè, 1984.

Sen A.K., *Globalizzazione e libertà*, Milano, 2002.

Sepe S., *Amministrazione e storia. Problemi dell'evoluzione degli apparati statali dall'Unità ai nostri giorni*, Rimini, Maggioli, 1995.

Shapiro M., *Agenzie Indipendenti: Stati Uniti ed Unione Europea*, Dir. Pubbl., 1996, pagg. 667 e ss..

Siedentopf H., *The public Service*, in König K. - Von Oertzen H.J. - Wagener F. (a cura di), *Public Administration in the Federal Republic of Germany*, Baden-Baden, Nomos, 1981.

Silvestri G., voce *Legge (controllo di costituzionalità)*, in *Digesto delle discipline Pubblicistiche*, IX, Torino, 1994, pagg. 128 e ss..

Simon H.A., *Administrative Behavior*, Simon and Schuster, 1997.

Simoncini M., *La regolazione del rischio e il sistema degli standard: elementi per una teoria dell'azione amministrativa attraverso i casi del terrorismo e dell'ambiente*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010.

Sorace D., *Diritto delle amministrazioni pubbliche: una introduzione*, Bologna, Il Mulino.

Sorace D., *Politica-amministrazione. Discrezionalità-autorità*, Amm., 1989.

Spadaro A., *Dalla Costituzione come <<atto>> (puntuale nel tempo) alla Costituzione come <<processo>> (storico)*, Quad. Cost., 1998.

Spagna Musso E., *Natura giuridica degli ordinamenti regionali*, Milano Giuffrè.

Spasiano M.R., *Linee evolutive del rapporto politica-amministrazione tra esigenze di continuità e tentazioni di contiguità*, Nuove Aut., 2010, pagg. 69 e ss..

Speranza N., *Governo e pubblica amministrazione nel sistema costituzionale italiano*, Napoli, Jovene, 1971.

Staderini F., *L'ordinamento della Presidenza del Consiglio*, in E. Spagna Musso (a cura di), *Costituzione e struttura del Governo. Il problema della Presidenza del Consiglio*, Padova, Cedam, 1979.

Staderini F., *Principi di diritto degli enti locali*, Padova, Cedam, 1978.

Stewart R.B., *Administrative law in the twenty-first century*, NYU Law Rev 437, 2003.

Sticchi Damiani E., *Efficacia nel tempo delle pronunce nomofilattiche dell'Adunanza plenaria*, Dir. proc. Amm., 2012.

Strukul M., *La certificazione di qualità come strumento di tutela del consumatore. Profili contrattuali e di responsabilità*, *Obbligazioni e Contratti*, 2009, pagg. 732 e ss.

Talamo V., *Le funzioni dei dirigenti*, in Carinci F. – D'Antona M. (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche: dal D.LGS. n. 29/1993 ai D.LGS. nn. 396/1997, 80/1998 e 387/1998*, Milano, Giuffrè, 2000.

Talamo V., *Le funzioni, le competenze, i poteri e le attribuzioni della dirigenza pubblica*, in F. Carinci – L. Zoppoli (a cura di), *Il Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in F. Carinci (diretto da), *Diritto del Lavoro (commentario)*, Vol. V, Torino, Utet, 2004.

Tarello, *L'interpretazione della legge*, Mengoni L. (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, Giuffrè, 1980.

Teresi F., *Il governo regionale: aspetti funzionali*, Milano, Giuffrè, 1974.

Terranova S., *I dirigenti nell'amministrazione dello Stato, secondo la nuova disciplina del D.P.R. n. 748 del 1972*, Foro amm., 1973.

Tessaro T., *Status e ruolo del Segretario comunale: una moderna araba fenice*, Comuni d'Italia, 2018, n. 9.

Tezner F., *Zur Lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörde*, Vienna, 1888.

Titomanlio R., *Potestà normativa e funzione di regolazione*, Torino, Giappichelli, 2012.

Torchia L., *L'attività amministrativa nella (vecchia e nella nuova) Costituzione*, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., n. 2, 1995.

Torchia L., *La responsabilità dirigenziale*, Padova, Cedam, 2000.

Trimarchi F., *Poteri dei dirigenti e partecipazione*, Riv. Trim. Dir. Pubbl., 1975, Vol. I.

Tripodina C., *L'indirizzo politico nella dottrina costituzionale al tempo del fascismo*, Riv. Ass. Ita. Cost., 2018, n. 1.

Tucci I., *Aspetti storici del problema della Presidenza del Consiglio*, in E. Spagna Musso (a cura di), *Costituzione e struttura del Governo. Il problema della Presidenza del Consiglio*, Padova, Cedam, 1979.

Turchini V., *L'antitrust non è un giudice. Nemmeno 'ai limitati fini'*, Nota a Corte cost., sentenza 31 gennaio 2019, n. 13, Giorn. Dir. Amm., 2019, fasc. 4, pagg. 467 e ss..

Turpin C., *I funzionari civili dello Stato in Gran Bretagna: vecchie realtà e nuove iniziative*, in D'Alberti M. (a cura di), *Studi su Gran Bretagna, Stati Uniti d'America, Spagna, Francia, Italia*, Bologna, Il Mulino, 1994.

Vandelli L., *Il sistema delle autonomie locali*, Bologna, Il Mulino, 2004.

Vetritto G., *Gabinetti e uffici legislativi ministeriali tra storia e dato normativo*, Riv. trim. sc. Amm., 2000, pagg. 117 e ss..

Vignocchi C., *Attività amministrativa e di Governo delle Regioni. Appunti e riflessioni*, Riv. trim. Dir. pubbl., 1975, pagg. 576 e ss..

Vignocchi G. – Ghetti G., *Comuni e province nell'ordinamento italiano*, Torino, UTET, 1980.

Vipiana P.M., *L'autolimita della pubblica amministrazione. L'attività amministrativa fra coerenza e flessibilità*, Milano, Giuffrè, 1990.

- Vitale, *Il modello organizzativo dell'ordinamento del credito*, Riv. Trim. Dir. Pubbl., 1972, pag. 1411.
- Von Laun R., *Das freie Ermessen und seine Grenzen*, Vienna, 1910.
- Walsh K., *Public Services and Market Mechanisms: Competition, Contracting and the New Public Management*, London, Macmillan, 1995.
- Weber M., *Economia e Società*, Milano, Edizioni di Comunità, 1961.
- Wilson G.K. – Barker A., *The End of the Whitehall Model*, in *West European Politics*, n. 4, 1995, pagg. 130 e ss..
- Wilson W., *Congressional Government a study in american politics*, Houghton Mifflin Company, New York, 1885.
- Zagrebelsky G., *Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale: atti*, in AA.VV., *Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Annuario 2002*, Padova, Cedam, 2004.
- Zagrebelsky G., *La giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1988.
- Zagrebelsky G., *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Torino, Einaudi, 2005.
- Zei A., *Norme tecniche*, *Il Diritto, Enc. Giur. Sole 24 ore*, Bergamo, 2007, pagg. 68 e ss..
- Zolo D., *Globalizzazione*, Dig. Disc. Pubbl., agg., Torino, 2002.
- Zoppoli A., *Dirigenza, contratto di lavoro e organizzazione*, Napoli, Jovene, 2000.
- Zoppoli L. (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009.