

Il potere di organizzazione della pubblica amministrazione fra legalità e autonomia^(*)

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Alle origini della questione: principio di legalità e organizzazione pubblica. - 3. Gli sviluppi successivi alla luce della Costituzione. - 4. La privatizzazione del potere organizzativo. - 5. Le esigenze 'istituzionali' di garanzia: la legalità-indirizzo. - 6. Il principio del buon andamento e l'affermazione dell'organizzazione come questione tecnica. - 7. L'economicità imprenditoriale come regola tecnica dell'organizzazione. - 8. Rilievi problematici.

1. Il concetto di organizzazione implica sempre quello di potere: secondo Giannini «l'elemento "organizzazione" in ogni ordinamento (anzi in ogni gruppo organizzato) esprime l'autorità»⁽¹⁾; peraltro, le organizzazioni (in particolare le organizzazioni pubbliche) esistono per «servire gli uomini»⁽²⁾ e per fungere dunque da strumenti per l'esercizio dei diritti e delle libertà⁽³⁾. Già queste considerazioni rendono palese il nesso fra i problemi dell'organizzazione e le esigenze di garanzia che spesso trascendono l'ambito della relazione intersoggettiva, per divenire in qualche misura 'oggettive'.

In questo quadro il principio di legalità -scaturendo dalla necessità di evitare «il rischio di arbitrii nell'esercizio del potere»⁽⁴⁾- interessa anche il potere d'organizzazione degli apparati pubblici, rispetto al quale rivela per giunta alcune peculiarità. Anzitutto, si tratta storicamente di un campo nel quale si sono scontrate opposte tendenze, tese ad affermare -per ragioni via via diverse, ma con esiti interpretativi molto simili- la soggezione di tale potere alla legge, o all'inverso, la sua parziale o totale sottrazione al diritto⁽⁵⁾. Inoltre, l'assoggettamento dell'organizzazione ad una specifica riserva di legge (art. 97 Cost.) consente di esaminare il problema in una prospettiva in parte diversa da quella propria delle trattazioni generali sul principio (occupate, com'è ovvio, prima di tutto ad individuare un fondamento generale). Infine, sempre in quest'ambito, le questioni proprie del principio di legalità s'intrecciano oggi, per effetto del processo di privatizzazione, con quelle relative all'uso da parte di soggetti pubblici di strumenti di diritto comune: proprio il potere organizzativo del dirigente

(*) Il presente scritto riproduce, con alcune modifiche, la comunicazione dal titolo «Principio di legalità e potere di organizzazione della pubblica amministrazione», presentata al LIII Convegno di Scienza dell'amministrazione su «Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia» (Varenna 20-22 settembre 2007), in corso di pubblicazione sul volume degli atti del Convegno.

¹ GIANNINI M.S., *Corso di diritto amministrativo*, Tomo I, Milano, 1965, 109. Analoga posizione è espressa fra gli economisti da COASE R.H., *Impresa, mercato e diritto*, Bologna, 1995, 148, che ravvisa proprio nel potere organizzativo la *ratio* dell'esistenza dell'organizzazione imprenditoriale come alternativa all'acquisto 'atomizzato' dei fattori produttivi sul mercato. Secondo WEBER M., *Economia e società* (trad. dell'originale del 1922), vol. I: *Teoria delle categorie sociologiche*, Milano, 1968, 211, vi sono «organi di autorità» che «esistono naturalmente» in tutte le organizzazioni (fra le quali l'A. annovera, esemplificativamente, le grandi imprese private, i partiti, gli eserciti, lo Stato e la Chiesa).

² ALLEGRETTI U., *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, 1996, 11.

³ Secondo BARTOLOMEI F., *Libertà e organizzazione*, in AA.VV., *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1998, 166, «la quantità di libertà realizzabile in uno Stato non dipende dalla libertà proclamata nei documenti costituzionali, ma dalla garanzia offerta dall'organizzazione e dall'effettivo esercizio della libertà»; il concetto si può riassumere, secondo l'A., nella formula «libertà mediante organizzazione».

⁴ CARLASSARE L., *Legalità (principio di)*, in *Enc. giur.*, vol. XVIII, Torino, 1990, 1; cfr. anche SILVESTRI G., voce *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, Milano, vol. XXXIV, 1985, 688 s.

⁵ SORDI B., *Tra Weimar e Vienna*, Milano, 1987, 166.

-espressione della capacità del «privato datore di lavoro» (art. 5, comma 2, d.lgs. 165/2001)⁽⁶⁾ e riguardante tanto l'organizzazione degli uffici quanto la gestione dei rapporti di lavoro- costituirà l'oggetto principale del presente scritto⁽⁷⁾.

2. Una breve -e inevitabilmente parziale- ricostruzione storica consente di far emergere con maggiore chiarezza la genesi dei problemi connessi al rapporto fra principio di legalità e fenomeno organizzativo nell'amministrazione.

Coerentemente con l'originaria vocazione del principio, teorizzato soprattutto a garanzia dei più rilevanti diritti e libertà dell'individuo⁽⁸⁾, un problema di legalità dell'organizzazione si pose solo con lo Stato liberale, quando sovrano e parlamento iniziarono a contendersi il potere di organizzare gli apparati. Fino a quel momento era risultata assolutamente dominante «una concezione che limita la legge ed il giuridico alle norme che vincolano il suddito»: perciò, «le disposizioni relative allo Stato e ai suoi organi» erano considerate giuridicamente irrilevanti e l'organizzazione pubblica era fatta rientrare tra le prerogative del monarca⁽⁹⁾. In Italia questa concezione ebbe seguito a lungo e si tradusse nella teoria della libertà dell'amministrazione⁽¹⁰⁾.

L'esercizio delle potestà organizzative si riduceva così a fenomeno puramente interno, in quanto non rilevante su relazioni intersoggettive⁽¹¹⁾: restava perciò confinato in una dimensione nella quale l'incidenza della legge -se non assente- era assolutamente marginale; in altre parole, il disconoscimento del rilievo intersoggettivo del potere organizzativo implicava pure la sua sottrazione al principio di legalità.

⁶ In base all'art. 5, comma 2, d.lgs. 165/2001 «le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti la gestione dei rapporti di lavoro sono assunte dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro».

⁷ Il tema del potere di organizzazione privatistico è stato oggetto, per citare solo le monografie recenti, dei lavori di PIOGGIA A. (*Giudice e funzione amministrativa*, Padova, 2004), di SGROI M. (*Dalla contrattualizzazione dell'impiego all'organizzazione privatistica dei pubblici uffici*, Torino, 2006), e del mio *Potere organizzativo e modello imprenditoriale nella pubblica amministrazione*, Padova, 2007.

⁸ A questo proposito FOIS S., *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973, 662, ricorda che in origine il principio si traduceva in una «riserva a favore del Parlamento in materia di imposizione dei tributi, di determinazione dei reati e delle pene e di approvazione del bilancio». Si tratta di una concezione del principio di legalità affermatasi fin dall'età feudale e tutta incentrata, a differenza dell'attuale, sul «punto di vista dell'individuo che se ne giova» (NICOLINI U., *Il principio di legalità nelle democrazie italiane*, Padova, 1955, 23): si spiega allora che, a fronte di una simile concezione, pure successivamente «l'autonomia dell'amministrazione [abbia confermato] la sua durezza di principio costituzionale e la 'libertà' amministrativa [abbia accettato] di essere 'limitata' dalla legge soltanto nei casi più evidenti di conflitto con la libertà individuale» (SORDI B., *Tra Weimar e Vienna*, cit., 168).

⁹ SORDI B., *Tra Weimar e Vienna*, cit., 174. In questo senso cfr. già BACHELET V., *Profili giuridici dell'organizzazione amministrativa*, Milano, 1965, 12 s., secondo il quale «l'antico dominio dell'esecutivo (o meglio del potere assoluto rappresentato dal sovrano e dai suoi ministri) sembrava mantenere anche nei nuovi regimi una sua autonoma investitura originaria: limitata, corretta, ridotta *sub lege*, ma autonoma perché derivante in fondo dalla prerogativa sovrana»; ciò, unitamente alla «accentuata separazione dei poteri», aveva fatto della pubblica amministrazione «un apparato dotato di potere di auto-organizzazione escludente perfino ogni controllo giurisdizionale che non fosse quello di un giudice interno (come veniva configurato il Consiglio di Stato)».

¹⁰ Come rileva SORDI B., *Giustizia e amministrazione nello Stato liberale*, Milano, 1985, 252, tale libertà -sebbene in certa misura costruita tramite l'analogia con la posizione di autonomia del privato- non implicava certo come esito l'assoggettamento dell'amministrazione al diritto comune, quanto piuttosto il tentativo di esaltare al massimo grado la sua specialità.

¹¹ Secondo la nota definizione di VON SAVIGNY F.K., *Sistema del diritto romano attuale* (trad. di Scialoja V.), vol. I, Torino, 1898, 1, «ogni rapporto giuridico consiste nella relazione di una persona con un'altra persona».

Ma una simile concezione mostrò tutta la sua artificiosità non appena s'affermò, anche nell'ordinamento interno degli uffici, un'esigenza di tutela soggettiva (soprattutto, ma non solo, dei preposti agli uffici medesimi)⁽¹²⁾. La prevalenza della tendenza alla giuridicizzazione risultò già chiara a cavallo fra la fine del secolo XIX e l'inizio del secolo XX: infatti, secondo Cammeo, le regole di organizzazione incidono molto spesso sui diritti dei cittadini ed erano perciò da considerarsi di «diritto obiettivo», cioè aventi «carattere giuridico e sanzione giurisdizionale»⁽¹³⁾.

Nonostante la posizione contraria espressa ancora a lungo da una parte della dottrina⁽¹⁴⁾, si pervenne alle medesime conclusioni anche per gli atti organizzativi non incidenti su rapporti intersoggettivi: la rilevanza istituzionale degli apparati⁽¹⁵⁾ -in particolare nel XIX secolo si era affermata un'esigenza di controllo della spesa pubblica⁽¹⁶⁾- rese infatti ineludibile la loro emersione nell'ordinamento giuridico.

Questa emersione avvenne con l'applicazione della disciplina propria del potere amministrativo: infatti, «la disciplina del potere è derivata principalmente dalla considerazione dei rapporti con i terzi», sì che «le esigenze del potere come strumento di azione hanno ... condizionato la disciplina generale di carattere unitario, la quale è stata poi applicata al potere amministrativo, anche quando è stato utilizzato come mezzo di organizzazione»⁽¹⁷⁾. D'altra parte, nel diritto privato dell'epoca i pubblici impiegati -la categoria più interessata dall'esercizio del potere organizzativo- avrebbero trovato una tutela molto limitata: infatti, un diritto del lavoro -inteso come insieme di garanzie per la parte debole del rapporto- si formò solo successivamente.

L'affermazione del principio di legalità sull'organizzazione -e quindi l'esigenza di portare quest'ultima sotto il dominio della legge⁽¹⁸⁾- si accompagnò (e per certi versi si confuse) perciò con

¹² Da ultimo pare giunta ad un approdo simile anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale -ampliando progressivamente il concetto di «diritti e doveri di carattere civile» (cui l'art. 6, § 1 della Convenzione riconnette una serie di garanzie 'minime' di tutela giurisdizionale)- vi ha incluso anche buona parte delle pretese azionate dai pubblici dipendenti, in precedenza escluse in ragione del coinvolgimento di prerogative sovrane dello Stato (Corte eur. dir. uomo, grande camera, 19 aprile 2007, 63235/00, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 935, con nota di CIMINO B.).

¹³ CAMMEO F., *Della manifestazione di volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo a cura di V.E. Orlando*, vol. III, Milano, 1901, 134.

¹⁴ Cfr. RANELLETTI O., *Principii di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, 238; per la completa ricostruzione del dibattito dell'epoca cfr. MASSERA A., *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, Milano, 1986, 222 ss.

¹⁵ ROMANO SANTI, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1946, 89 ss., sostiene che la teoria secondo cui gli atti di organizzazione hanno rilevanza giuridica solo quando interessino i funzionari o i terzi è una «falsa concezione», poiché non tiene conto del fatto che per l'ordinamento giuridico statale il primo problema «non è come si debbano regolare i rapporti dello Stato con i sudditi e coi funzionari, ma è l'altro circa il modo in cui si debbano distinguere i suoi uffici, coordinarli, separarli, raggrupparli, sottoporre o anteporre gli uni agli altri, controllarli e così via».

¹⁶ Secondo GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, tomo I, Milano, 1993, 387, nell'800, con l'affermazione del «principio del controllo della spesa pubblica, ... si ritenne che anche nell'esercizio della sua attività privata l'amministrazione pubblica, spendendo denaro pubblico, dovesse sottostare a quella stessa disciplina a cui sottostava nello svolgimento dell'attività di cura degli interessi della collettività».

¹⁷ GUARINO G., *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994, 106 s., il quale precisa inoltre che «l'amministrazione pubblica utilizza come materiale giuridico per la propria organizzazione quasi esclusivamente il potere amministrativo soggetto, salvo varianti minori, alla stessa disciplina che vale per i poteri amministrativi, quando i poteri sono utilizzati come strumento di azione verso i terzi».

¹⁸ Secondo SORDI B., *Tra Weimar e Vienna*, cit., 177, questo processo è importante soprattutto perché «rompe l'esclusiva attribuzione al monarca della *Organisationsgewalt*, apre la problematica dell'organizzazione e dei rapporti interorganici al diritto e quindi reimmette una gelosa potestà amministrativa nell'ordinamento e nelle necessarie auto-

un'altra garanzia, distinta seppure connessa: l'assoggettamento al controllo giurisdizionale di taluni rapporti che fino ad allora ne erano rimasti sottratti⁽¹⁹⁾ (c.d. principio di «giurisdizionalità»⁽²⁰⁾).

Tale principio fu decisivo -per le ragioni appena illustrate- nel determinare la disciplina da applicare al potere organizzativo. Almeno in linea teorica, l'applicazione della disciplina provvedimento assicurava contemporaneamente il rispetto di entrambi i principi: quello di legalità, poiché in ultima analisi era garantita la riconducibilità dell'atto alla legge, e quello di giustiziabilità, poiché l'atto era sindacabile dal giudice nelle forme proprie della giustizia amministrativa.

Questa impostazione trasse ulteriore forza dalla concezione soggettivistica allora dominante, che faceva dipendere l'aspetto oggettivo dell'amministrazione da quello soggettivo, così che «l'attività amministrativa è l'attività dell'amministrazione in senso soggettivo e ne porta il sigillo» e il «concetto di potere o potestà amministrativa» è «il sigillo più potente che la concezione soggettivistica impone all'amministrazione»⁽²¹⁾. Si ritenne pertanto che pure l'attività di organizzazione -promanando dallo Stato persona più che dalla società- assumesse in tale contesto i connotati del potere amministrativo⁽²²⁾. Anzi, sulla base di questa impostazione, persino le prime esperienze di organizzazione imprenditoriale pubblica vennero ricondotte entro la disciplina provvedimento⁽²³⁾.

Pur nel diverso contesto ordinamentale che seguì l'entrata in vigore della Costituzione questa impostazione rimase -almeno in un primo tempo- inalterata, in linea con la più generale tendenza 'continuista' che caratterizzò la dottrina dell'epoca⁽²⁴⁾: del resto formalmente essa salvaguardava pienamente la sovranità popolare solennemente affermata dal testo costituzionale, sebbene di fatto comportasse una perpetuazione dell'amministrazione tradizionale e dei suoi caratteri pre-costituzionali⁽²⁵⁾.

3. La situazione mutò quando da una più meditata analisi del dato costituzionale emerse una concezione dinamica della funzione: in altre parole, assunse assoluta preminenza sul piano concet-

rizzazioni legislative»: in questo senso il principio di legalità diviene strumento «di liberazione degli istituti amministrativi dalla imbarazzante commistione col principio monarchico».

¹⁹ Secondo SORDI B., *Tra Weimar e Vienna*, cit., 176, «la riconosciuta insostenibilità teorica della distinzione fra *Rechts* e *Verwaltungsverordnungen* ... non rappresenta una 'formalistica' estensione del giuridico ai processi di espressione del potere, ma costituisce una precisa sottrazione delle potestà organizzative alla rigida autonomia degli apparati pubblici».

²⁰ Questa differenza è delineata con chiarezza da FOIS S., *Legalità (principio di)*, cit., 670, in part. nota 64.

²¹ Così sintetizza la concezione all'epoca dominante ALLEGRETTI U., *Il valore della Costituzione nella cultura amministrativistica*, in *Dir. pubbl.*, 2006, in part. 761 e 770.

²² Secondo SORDI B., *Giustizia e amministrazione*, cit., 438 s., prevale in questo periodo la «prospettiva soggettivistica» e «la natura pubblica dell'atto risulta in ultima analisi determinata dal riassorbimento dell'interesse, che giustifica l'emanazione dell'atto stesso, fra gli interessi» dello Stato; accade perciò che amministrativa sia considerata tutta «l'attività esterna e interna, giuridica o meno, che ha per compito di provvedere ai bisogni sia dello Stato come unità a sé, sia del popolo, cioè in genere soddisfare gli interessi collettivi che rientrano tra i fini dello Stato» (RANELLETTI O., *Principii di diritto amministrativo*, cit., 267).

²³ SORDI B., *Giustizia e amministrazione*, cit., 445.

²⁴ Cfr. la ricostruzione critica di ALLEGRETTI U., *Il valore della Costituzione*, cit., 761 ss.

²⁵ BERTI G., *Figure del diritto amministrativo: procedura, controllo, responsabilità*, in AA.VV. (a cura di Lanfranchi L.), *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, 1997, 147, rileva a questo proposito «il conferimento allo Stato di una nuova legittimità, che attraverso il potere legislativo si fa derivare dal popolo e comunque dalla sovranità», ma precisa poi che nella sostanza l'amministrazione viene «raccolta dalla storia così come costituita e tramandata, quale un'organizzazione a sé stante appoggiata al monarca».

tuale l'amministrazione in senso oggettivo e non quella in senso soggettivo⁽²⁶⁾, della quale era ormai evidente il carattere di finzione storicamente data⁽²⁷⁾. In questo modo iniziò ad incrinarsi la teoria soggettivistica e con essa, per quello che qui rileva, l'elemento unificante della disciplina della potestà amministrativa e di quella organizzativa, vale a dire lo Stato persona come matrice unica di entrambe. Non tardò a farsi strada nella dottrina la consapevolezza che l'assoggettamento della potestà organizzativa, nella sua interezza, alla medesima disciplina del potere amministrativo fosse ormai puramente convenzionale e non indispensabile⁽²⁸⁾.

Il 'distacco' dalla disciplina provvedimentoale avvenne però solo per profili molto circoscritti: per il rapporto di lavoro di alcune categorie di impiegati o per gli atti a rilievo prettamente patrimoniale, mai per profili organizzativi 'in senso stretto'. Per questi ultimi si ritenne invece che la tradizione di specialità non potesse essere abbandonata, sulla base di argomentazioni che -seppure attraverso l'aggancio al 'sopravvenuto' art. 97 Cost.- finivano in realtà per riaffermare un modello di amministrazione preesistente alla Costituzione stessa, quello weimariano⁽²⁹⁾, in contrappunto all'esperienza fascista caratterizzata dal tentativo di esautorare il parlamento dalle scelte sull'organizzazione⁽³⁰⁾.

E' probabile che questa impostazione riflettesse le preoccupazioni garantiste a suo tempo emerse nell'Assemblea costituente⁽³¹⁾; tuttavia, portata alle estreme conseguenze, essa implicava l'accettazione dell'idea che l'amministrazione fosse attività di esecuzione della legge⁽³²⁾, anche per i

²⁶ BENVENUTI F., *Dalla sovranità dello Stato persona alla sovranità dell'ordinamento*, in *Jus*, 1995, 194 ss.; in proposito ALLEGRETTI U., *La verità è nell'assunto: Stato e Istituzioni nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, in *Jus*, 2000, 403 s., afferma che «l'organizzazione non può non adeguarsi alle necessità della funzione» ed «è la funzione che determina il modo d'essere dell'organo».

²⁷ Secondo KELSEN H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (traduzione di Treves G. dell'originale del 1934), Torino, 2000, III ed., 199, «il dualismo fra stato e diritto sorge dall'ipotesi della personificazione, cioè dall'affermare che questa espressione figurata è essere reale, e dall'opporla così al diritto».

²⁸ Cfr. GIANNINI M.S., voce *Impiego pubblico (teoria e storia)*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, 1970, 303, secondo il quale «l'opinione che la potestà di organizzarsi o l'assunzione al servizio di un dipendente sarebbero cura di un interesse pubblico perché è pubblico il soggetto -la pubblica amministrazione- da cui promanano, è veramente priva di senso, perché non considera che ovunque le amministrazioni pubbliche esercitano poteri organizzativi e addivengono a contratti a finalità organizzative agendo nell'ambito del diritto privato comune»; secondo l'A., fu solo per la «esigenza di controllare il modo in cui le amministrazioni spendevano il pubblico denaro nel settore del personale» che «una larga parte dell'attività organizzativa dell'amministrazione pubblica fu, per parte sua, funzionalizzata».

²⁹ Secondo MERUSI F., *Vicende e problemi della contrattazione collettiva nell'impiego ospedaliero*, in AA.VV., *Pubblico impiego e contrattazione collettiva*, Atti del XXV Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, Milano, 1980, 42, il Costituente «con gli artt. 98, 97 e 51 (che rappresenta il riflesso soggettivo dei primi due) ha optato per il modello weimariano dell'amministrazione neutrale»; cfr. anche CARIOLA A., *La nozione costituzionale di pubblico impiego*, Milano, 1991, 253.

³⁰ Secondo SATTA F., voce *Imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Enc. giur.*, vol. XV, 1989, 2, la formulazione dell'art. 97 Cost. «sancisce la reazione al principio della l. 21 gennaio 1926, n. 100, che riservava al Governo la materia dell'organizzazione, introducendo una riserva di legge».

³¹ Secondo CARETTI P., *Commento all'art. 97, I comma, Cost.*, in AA.VV., *La pubblica amministrazione*, Bologna-Roma, 1994, 9, come reazione all'impostazione della l. 100/1926, al centro del dibattito si posero «preoccupazioni di tipo prevalentemente garantista, tese ad assicurare una riappropriazione da parte del Parlamento di un terreno dal quale era stato formalmente espulso».

³² CARIOLA A., *La nozione costituzionale*, cit., 244; tale A. si rifà a KELSEN H., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1954 (trad. it. a cura di Cotta S. e Treves G. dell'originale del 1945), 278, secondo il quale amministrazione e giurisdizione sono entrambe attività di esecuzione di norme generali, al punto che «è impossibile una rigida separazione

profili di ordine organizzativo⁽³³⁾: idea che mal si concilia però con l'esigenza, che già allora cominciava a farsi strada nell'interpretazione dell'art. 97 Cost. (e di altre norme costituzionali), di porre in correlazione organizzazione ed istanze sociali e individuali⁽³⁴⁾, sì da concepire queste ultime come matrici della prima. Una simile correlazione è chiarissima nel principio autonomistico⁽³⁵⁾, ma è in fondo implicita nei principi di elasticità e di efficienza (entrambi riconducibili al canone costituzionale del buon andamento⁽³⁶⁾) e, da ultimo, in quello di sussidiarietà⁽³⁷⁾; si tratta di principi dai quali si può desumere pure che il modularsi delle strutture amministrative dipende dalle esigenze cui fare fronte (e non viceversa)⁽³⁸⁾.

Ma se si riconosce un rapporto diretto fra individui, collettività e organizzazione, in qualche misura non mediato dall'intervento del legislatore, l'amministrazione non può essere o non può essere solo -anche sotto l'aspetto organizzativo- attività esecutiva della legge: perciò insieme a tale concezione venne meno anche la giuridica sostenibilità dell'organizzazione come fenomeno integralmente riconducibile alla legge⁽³⁹⁾.

dei due poteri, poiché i due tipi di attività abitualmente designati con questi termini non sono funzioni essenzialmente distinte».

³³ Osserva in proposito BERTI G., *Diritto e Stato: riflessioni sul cambiamento*, Padova, 1986, 315, che «in questa lettura l'art. 97 Cost. ha fatto venir meno «la completezza dell'ordinamento amministrativo sotto il profilo della capacità di organizzarsi e regolarsi da se stesso».

³⁴ FIORAVANTI M., *Giuristi e Costituzione politica nell'ottocento tedesco*, Milano, 1979, 423.

³⁵ Cfr. BERTI G., *Caratteri dell'amministrazione comunale e provinciale*, Padova, 1969, 27; nel medesimo senso cfr., più di recente, SORRENTINO F., *Legalità e delegificazione*, in AA.VV. (a cura di Pinelli C.), *Amministrazione e legalità*, Milano, 2000, 10.

³⁶ Cfr. NIGRO M., *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, *passim*, e più recentemente CORSO G., *Le norme costituzionali sull'organizzazione*, in AA.VV., *La pubblica amministrazione nella Costituzione: riflessioni e indicazioni di riforma*, Atti del XXXIX Convegno di studi di Scienza dell'amministrazione (Varenna 1993), Milano, 1995, 32.

³⁷ Sebbene introdotto espressamente solo di recente nel nostro ordinamento, il principio di sussidiarietà (quantomeno nella sua accezione c.d. orizzontale) era stato già ampiamente teorizzato da ALLEGRETTI U., *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, 148, appunto sulla base dell'imparzialità: infatti, secondo l'A. «il passaggio dalle sfere private alla sfera pubblica di una certa attività potrà avvenire solo quando le libertà private abbiano dimostrato di non potersi svolgere in funzione di quel fine globale se non attraverso il loro trasporto ed inserimento nell'ambito dell'attività amministrativa». L'idea in base alla quale il principio di sussidiarietà conferma la preesistenza della società rispetto allo Stato è espressa da BERTI G., *Sussidiarietà e organizzazione dinamica*, in *Jus*, 2004, 175 (in senso conforme cfr. PIZZOLATO F., *La sussidiarietà tra le fonti: socialità del diritto ed istituzioni*, in *Pol. dir.*, 2006, 391).

³⁸ Cfr. CERRI A., *Principi di legalità, imparzialità, efficienza*, in AA.VV. (a cura di Lanfranchi L.), *Garanzie costituzionali*, cit., 177; il concetto era stato espresso chiaramente anche da FORSTHOFF E., *L'assistenza e i Comuni* (1957), in *Lo stato di diritto in trasformazione*, Milano, 1973, 153, con l'affermazione che «l'amministrazione esiste per l'uomo e non viceversa». Invece, nella concezione precedente il rapporto era impostato in termini inversi: secondo SPAVENTA S., *Il potere temporale e l'Italia nuova*, in *La politica della Destra*, Bari, 1910, 199, lo Stato «dirige un popolo verso la civiltà» e «non si restringe solamente a distribuire la giustizia ed a difendere la società, ma vuole dirigerla per quelle vie che conducono ai fini più alti dell'umanità»; per questa ragione, secondo CHIODI G.M., *La giustizia amministrativa in Silvio Spaventa*, Bari, 1969, 121, nella concezione dello Stato di Spaventa «il principio di legalità ... assomiglia ad uno scultore che modella la pietra sociale» e rappresenta la causa di un «autoritarismo nella forma del dispotismo della maggioranza, tanto più grave quanto più questa è di fatto minoranza sociale».

³⁹ Secondo GIANNINI M.S., *Corso di diritto amministrativo*, Tomo I e II, cit., 95, una «concezione rigida» del principio di legalità -inteso come previsione di «volontà, motivi, oggetto ed effetti» dell'atto- «corrispondeva alla concezione del potere amministrativo come potere esecutivo, e quindi dell'amministrazione come esecuzione»; in questo senso già BENVENUTI F., *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1959, 43, aveva chiarito che amministrazione e giurisdizione sono attività che solo «in senso ampio si possono chiamare esecutive», poiché presentano notevoli differenze.

Nell'impossibilità di affidare l'intera organizzazione alla legge, si interpretò allora l'art. 97 Cost. nel senso che la riserva di legge implicasse pure una riserva di (atti a) regime pubblicistico⁽⁴⁰⁾, quindi di atti funzionalizzati, sull'organizzazione non disciplinabile direttamente con norma primaria: venne fatta dunque salva, per tale via, la riconducibilità delle scelte organizzative alla legge. Questa soluzione parve preferibile anche in ragione dell'indubbia difficoltà di far assumere rilievo, nell'ambito della causa del negozio privatistico, ai «fini normativamente determinati e concretamente esistenti»⁽⁴¹⁾.

In tale quadro il principio di legalità risultava ancora una volta formalmente rispettato, ma al prezzo della sua sostanziale ineffettività⁽⁴²⁾. Infatti, la difficoltà pratica e anche giuridica di racchiudere il fenomeno organizzativo entro una previa norma legislativa condusse dottrina e giurisprudenza, se non a negare esplicitamente la vigenza del principio con riferimento all'organizzazione, quantomeno ad attenuarne progressivamente la vincolatività: in taluni casi si configurò la potestà organizzativa come potere implicito⁽⁴³⁾ o comunque caratterizzato da ampia discrezionalità⁽⁴⁴⁾, in ragione della estrema difficoltà di rispettare il canone della tipicità⁽⁴⁵⁾.

Sulla scorta di tali difficoltà il primo tentativo di sistemazione organica delle fonti dell'organizzazione non produsse alcun risultato apprezzabile: infatti, la legge quadro sul pubblico impiego (l. 29 marzo 1983, n. 93) -pur se caratterizzata dall'introduzione generalizzata di accordi con i sindacati nel sistema delle fonti del lavoro pubblico- aderì per l'organizzazione ad una concezione legalistica⁽⁴⁶⁾, risultando di conseguenza stretta «tra incostituzionalità e inattuabilità»⁽⁴⁷⁾. In questa medesima fase storica si dubitò persino della coerenza interna delle disposizioni costituzionali sull'organizzazione⁽⁴⁸⁾.

⁴⁰ Secondo NIGRO M., *Studi*, cit., 173, dall'art. 97 Cost. non era dato desumere «soltanto una riserva (relativa) di potere del Parlamento (in termini usuali ed abbreviati: riserva di legge)», ma anche «una riserva (limitata) di potere dell'apparato esecutivo (in termini usuali ed abbreviati: riserva di regolamento)».

⁴¹ ALLEGRETTI U., *L'imparzialità amministrativa*, cit., 365 s., il quale aggiunge pure che «difficilmente l'imparzialità è compatibile con le forme di organizzazione privatistica» e perciò l'atto privatistico di organizzazione è inidoneo sia a «contemplare tutti i fatti rilevanti» che a «comprendere tutte le finalità specifiche e le posizioni soggettive coinvolte».

⁴² BACHELET V., *Evoluzione del ruolo e delle strutture della pubblica amministrazione*, in *Scritti scelti*, vol. I, Milano, 1981, 427.

⁴³ Secondo SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1969, X ed., 131 s., «non vi è ente pubblico che non sia quanto meno dotato di un *minimum* di potestà pubblica di certificazione e di un *minimum* di poteri pubblici di auto-organizzazione ..., i quali vengono necessariamente a ripercuotersi sui rapporti col personale dipendente».

⁴⁴ Si tratta dell'impostazione di Cons. Stato, ad. gen., par. 31 agosto 1992, n. 146/92, in *Cons. Stato*, 1992, 1513.

⁴⁵ Secondo CERRI A., *Principi di legalità, imparzialità, efficienza*, cit., 173, «il principio di legalità, rispetto alla semplice e generale soggezione alla legge, presenta una stringatezza incomparabilmente superiore: implica infatti proprio la necessità di un'esplicita e analitica attribuzione di poteri eccedenti rispetto alle capacità di diritto comune». Si tratta di una concezione molto simile a quella di CAPACCIOLI E., *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1980, 8, secondo il quale la tipicità comporta non solo che gli atti sono previsti e regolati dal diritto (questo è un tratto che caratterizza anche i negozi di diritto privato), ma anche che l'amministrazione può «compiere esclusivamente i tipi di atti previsti dalla legge».

⁴⁶ Si veda in particolare l'art. 2 l. 93/1983, che demandava alla legge o, sulla base di essa, ad un regolamento o ad un atto amministrativo la disciplina dei principali aspetti dell'organizzazione pubblica.

⁴⁷ ORSI BATTAGLINI A., *La legge quadro sul pubblico impiego: una tigre di carta?*, in *Pol. dir.*, 1984, 17.

⁴⁸ Cfr. NIGRO M., *La pubblica amministrazione fra Costituzione formale e Costituzione materiale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1985, 171.

4. All'insuccesso della legge quadro ha fatto seguito la scelta della privatizzazione, che -oltre ai rapporti di lavoro con le amministrazioni pubbliche- ha interessato il potere di gestione di tali rapporti, per estendersi poi con taluni limiti al potere d'organizzazione degli uffici, con l'obiettivo dichiarato di favorirne la flessibilità e l'elasticità; per giunta, la contestuale progressiva distinzione fra organi politici e organi di gestione ha posto in evidenza l'intento di dotare la burocrazia in quanto tale (e non l'amministrazione genericamente intesa) di un proprio potere organizzativo.

L'ostacolo costituito dalla tesi della riserva di regime pubblicistico è stato superato grazie ai fondamentali contributi di Orsi Battaglini prima e D'Antona poi⁽⁴⁹⁾, che hanno avuto immediato seguito anche nella giurisprudenza costituzionale⁽⁵⁰⁾. Al cuore del pensiero di tali autori vi è la considerazione che la Costituzione impone solo il rispetto dei canoni di imparzialità e di buon andamento, non una particolare disciplina del potere d'organizzazione: il legislatore può dunque scegliere, «non affidandosi alla pregiudiziale che la forma pubblicistica per sua natura sempre aderisca in modo più coerente ai principi costituzionali»⁽⁵¹⁾; l'imparzialità ed il buon andamento possono essere dunque assicurati anche senza il ricorso ad un sistema «analitico», imperniato cioè sulla conformità del singolo atto alla legge⁽⁵²⁾.

Ne è conseguita l'affermazione che «le eventuali configurazioni 'pubblicistiche' dei rapporti sono frutto di scelte del legislatore, non anche dei principi di sistema»⁽⁵³⁾. Perciò, quando nel 1998 il legislatore ha stabilito che «le determinazioni per l'organizzazione degli uffici ... sono assunte dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro»⁽⁵⁴⁾, secondo Marzuoli è caduto «definitivamente [il tabù] dell'intrinseca natura pubblica del potere di organizzazione»⁽⁵⁵⁾. Si tratta a questo punto di capire qual è la sorte del principio di legalità, soprattutto a fronte della tendenza -riscontrabile anche in taluni settori del diritto comunitario⁽⁵⁶⁾- a ritenerlo applicabile solo con riferimento ai poteri autoritativi⁵⁷.

⁴⁹ Si tratta dei noti lavori di ORSI BATTAGLINI A., *Fonti normative e regime del rapporto di impiego con gli enti pubblici*, in *Riv. dir. lav. rel. ind.*, 1993, 463 s., e D'ANTONA M., *L'autonomia contrattuale delle pubbliche amministrazioni in materia di lavoro*, in *Foro it.*, 1995, V, 38 s., concordi nell'escludere che la riserva di legge dell'art. 97 Cost. implichi pure una riserva di regime pubblicistico.

⁵⁰ La prima fondamentale pronuncia in materia è Corte cost. 25 luglio 1996, n. 313, in *Giur. cost.*, 1996, 2584, seguita da un'ampia giurisprudenza conforme.

⁵¹ MARZUOLI C., *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 420.

⁵² ORSI BATTAGLINI A., *Fonti normative*, cit., 471.

⁵³ CERRI A., *Atto giuridico (diritto pubblico)*, in *Enc. giur.*, vol. IV, Torino, 1993, 6.

⁵⁴ Cfr. l'art. 4, comma 2, d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, nel testo modificato dal d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 (poi riprodotto nell'art. 5, comma 2, d.lgs. 165/2001).

⁵⁵ MARZUOLI C., *Un diritto 'non amministrativo'?*, in *Dir. pubbl.*, 2006, 145.

⁵⁶ Questa impostazione risulta a volte seguita nel diritto comunitario, ove si afferma che è amministrazione pubblica solo quella che «dispone di poteri che eccedono quelli che risultano dalle normali regole applicabili al rapporto tra privati» (Corte giust. 12 luglio 1990, C-188/89, *Foster c. British gas*, in *Racc.*, 1990, I, 1313); sulla base di tale giurisprudenza MASSERA A., *I principi generali*, in Chiti M.P. e Greco G. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, parte generale, Tomo I, Milano, 2007, 295, afferma che l'elemento differenziante è la «titolarità di poteri autoritativi».

⁵⁷ CERRI A., *Principi di legalità, imparzialità, efficienza*, cit., 173; *contra* MARZUOLI C., *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, *passim*; di recente Cass., sez. lav., 11 giugno 2007, n. 13626, ha evidenziato -sia pure incidentalmente- la «necessità di un adattamento» del principio di legalità dell'azione amministrativa «alla materia del rapporto di lavoro con le p.a., caratterizzato da una posizione di parità delle parti».

L'esame del problema presuppone una precisazione. Come si è detto⁽⁵⁸⁾, il principio di legalità si è affermato nell'organizzazione contestualmente a quello di giurisdizionalità. Quest'ultimo opera però sul piano delle garanzie per i soggetti interessati dall'esercizio del potere organizzativo; indubbiamente tali garanzie devono permanere pure a fronte della privatizzazione del potere, soprattutto alla luce dei principi costituzionali sulla tutela giurisdizionale. Tuttavia, se è indubbio che il principio di legalità implichi anche la giustiziabilità, non è necessariamente vero il contrario. Anche il potere privatistico conosce limiti legali e convenzionali, posti nell'interesse dei lavoratori e dei sindacati (ed in questo senso risulta in certo senso tipizzato)⁽⁵⁹⁾ e l'interessato può far valere in sede giurisdizionale le violazioni di tali limiti: ciò di per sé non implica però l'assoggettamento degli atti organizzativi al principio di legalità. La garanzia propria del principio di giurisdizionalità importa dunque che avverso quell'atto l'interessato possa esperire la propria difesa in giudizio, non che l'atto stesso debba avere peculiari requisiti connessi al principio di legalità⁽⁶⁰⁾.

Né a conclusioni diverse si può pervenire in relazione al mutamento di posizione soggettiva tutelata (da interesse legittimo a diritto soggettivo), a meno di non voler affermare che il lavoratore o comunque l'interessato abbia una pretesa costituzionalmente fondata a conservare la titolarità di una specifica posizione soggettiva (di interesse legittimo appunto): si tratterebbe però di un'impropria inversione concettuale⁽⁶¹⁾, che la Corte costituzionale ha mostrato di non condividere fin dall'epoca della privatizzazione del rapporto di lavoro con i dipendenti delle Ferrovie dello Stato⁽⁶²⁾.

La visuale cambia completamente se si abbandona la prospettiva della tutela soggettiva per porsi nella dimensione istituzionale: infatti, il principio di legalità si correla pur sempre -prima e a prescindere dalla limitata prospettiva della tutela soggettiva- all'esigenza di assoggettamento dell'amministrazione alla sovranità popolare⁽⁶³⁾, la quale si sostanzia nella «direzione del potere

⁵⁸ Cfr. il precedente § 2.

⁵⁹ Cfr. ZOLI C., *Amministrazione del rapporto e tutela delle posizioni soggettive dei dipendenti pubblici*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1993, 642; dello stesso A. si veda anche *La tutela delle posizioni strumentali del lavoratore*, Milano, 1988, 115; FERRAJOLI L., *Diritto civile e principio di legalità*, in *Europa e diritto civile*, 2006, 662.

⁶⁰ Secondo D'ALBERTI M., *Attività amministrativa e diritto comune*, in AA.VV. (a cura di Allegretti U. e altri), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa in un decennio di giurisprudenza*, tomo II, Rimini, 1987, 441 s., le peculiarità della disciplina del pubblico impiego sono il frutto della qualificazione degli atti emanati dall'amministrazione nell'ambito del rapporto come provvedimenti, e non viceversa.

⁶¹ Secondo la dottrina assolutamente dominante «per l'area a disciplina privatistica non è istituzionalmente predicabile la sussistenza di interessi legittimi (in senso proprio), sicché non ha senso prospettare l'eventualità che l'affidamento delle controversie di lavoro al giudice ordinario possa implicare il venir meno della tutela degli interessi legittimi» (CORPACI A., *La tutela giurisdizionale dei pubblici dipendenti*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1993, 609; ORSI BATTAGLINI A., *Fonti normative e regime del rapporto*, cit., 474). In giurisprudenza, cfr. Cass., sez. un., 24 febbraio 2000, n. 41, in *Lav. pubbl. amm.*, 2000, 306.

⁶² Secondo Corte cost. 16 luglio 1987, n. 268, in *Giur. cost.*, 1987, 2113, ai fini del giudizio di costituzionalità rileva solo l'eventuale presenza di «coni d'ombra» nella tutela: cosa che non accade se il giudice del lavoro è «abilitato a conoscer[e] integralmente» del rapporto.

⁶³ Secondo CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, cit., 5, «al di là delle ragioni dei privati -difesa dal potere arbitrario, tutela giurisdizionale-, anche dove non sono direttamente in causa posizioni individuali ... resta sempre la fondamentale ragione che le scelte, in democrazia, debbono spettare al popolo o agli organi ad esso direttamente collegati».

pubblico da parte del popolo»⁽⁶⁴⁾ e, correlativamente, nei principi d'imparzialità e buon andamento⁽⁶⁵⁾.

Per questi profili è difficile negare il permanere di un'esigenza di legalità, quale che sia la veste giuridica assunta dal potere di organizzazione⁽⁶⁶⁾; ciò è tanto più vero per l'organizzazione, espressamente assoggettata ad una riserva di legge (quella dell'art. 97 Cost.) che, come si è visto, trova la propria ragion d'essere storica nella necessità di evitare una sottrazione degli apparati pubblici alla legge.

Da questa esigenza 'democratica' ne discende immediatamente un'altra, di non arbitrarietà: in assenza di una disciplina specifica, la valutazione della 'correttezza' della scelta organizzativa è lasciata al singolo titolare del potere e perde carattere di (almeno tendenziale) oggettività, senza che lo possa recuperare tramite un sistema di invalidità che, pensato per la tutela delle situazioni soggettive incise, è indifferente ad aspetti organizzativi di grande rilevanza (relativi all'uso delle risorse pubbliche, alla effettiva destinazione delle energie lavorative agli scopi istituzionali ecc.)⁽⁶⁷⁾; non a caso, proprio la salvaguardia di questi profili istituzionali era alla base dei riferimenti al principio di legalità nella giurisprudenza amministrativa sul pubblico impiego antecedentemente alla privatizzazione⁽⁶⁸⁾.

La necessità di evitare l'arbitrarietà nell'esercizio del potere organizzativo del dirigente è alla base della 'riscoperta' da parte del Consiglio di Stato della teoria soggettivistica⁽⁶⁹⁾; per la medesima ragione la dottrina ha sostenuto la necessità dell'assoggettamento degli atti privatistici di organizzazione a vincoli funzionali⁽⁷⁰⁾ o ha proposto un recupero dell'imparzialità e del buon andamento trami-

⁶⁴ Cfr. MARZUOLI C., *Principio di legalità*, cit., 18.

⁶⁵ Dando conto del pensiero di Orsi Battaglini, SORACE D., *L'epistemologia del diritto pubblico e il diritto amministrativo della Costituzione nel pensiero di Andrea Orsi Battaglini*, in *Dir. pubbl.*, 2006, 19, precisa che il legislatore può scegliere il modello organizzativo, «salvo che è vincolato, da un lato, a prevedere che l'organizzazione amministrativa sia assoggettabile ad una verifica di conformità ai requisiti di imparzialità e buon andamento, e, mediamente, a conseguire i fini che l'ordinamento le assegna, dall'altro lato, a rispettare il principio di parità di trattamento di tutti i lavoratori ai fini della realizzazione dei valori fondamentali posti dalla Costituzione in materia».

⁶⁶ Secondo ORSI BATTAGLINI A., *Gli accordi sindacali nel pubblico impiego*, Milano, 1982, 59 s., «accanto al profilo garantistico del principio di legalità si pone... quello istituzionale, relativo alla posizione complessiva dell'amministrazione e al suo rapporto con gli organi rappresentativi, ai modi cioè in cui la prima, sia come attività che come organizzazione, può essere indirizzata verso il conseguimento degli obiettivi costituzionali e degli indirizzi politici: e ciò indipendentemente dal carattere autoritativo o meno degli strumenti da essa utilizzati».

⁶⁷ BASSI N., *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001, 402. FERRAJOLI L., *Diritto civile e principio di legalità*, cit., 662 s., rileva che -a fronte del coinvolgimento di diritti fondamentali o di interessi generali- il principio di legalità nel diritto privato «non può limitarsi, come nelle vecchie formulazioni, alla stipulazione della nullità dei negozi per causa illecita, alla tipizzazione delle cause o tipi di atti tramite i quali l'autonomia negoziale può validamente manifestarsi, e neppure alla generica previsione del limite imposto da norme imperative o dall'ordine pubblico e dal buon costume».

⁶⁸ Cfr. TRAVI A., *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 89.

⁶⁹ Secondo Cons. Stato, ad. gen., par. 10 giugno 1999, n. 9, in *Giust. civ.*, 1999, I, 3167, l'atto emanato dall'amministrazione è da considerarsi «amministrativo» quando, «indipendentemente dal suo regime giuridico formale, risulti direttamente e immediatamente finalizzato alla cura di un interesse pubblico specifico». Una posizione simile è espressa da CATELANI A., *La distinzione fra enti pubblici e privati e le caratteristiche giuridiche della pubblica amministrazione*, in *Rass. parl.*, 2001, 894 ss.

⁷⁰ Cfr. COCA F.G., voce *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, agg. VI, Milano, 2002, 95 s.

te le clausole generali⁽⁷¹⁾); sempre nella stessa logica, infine, la Cassazione ha ipotizzato una diretta funzionalizzazione -seppure non incidente sulla validità degli atti- del potere organizzativo all'interesse pubblico⁽⁷²⁾.

Il sostrato comune di queste tesi è l'impossibilità di abbandonare alla scelta del singolo la determinazione dell'*optimum* organizzativo: «la socialità, se assunta al di fuori delle regole, non può che essere arbitrariamente presunta»⁽⁷³⁾; d'altra parte, anche il generico riferimento all'efficienza, non accompagnato dalla definizione di preve regole⁽⁷⁴⁾, rischia di divenire la porta d'ingresso nell'ordinamento per un «principio di infallibilità» dell'amministrazione⁽⁷⁵⁾ (cioè proprio quanto, fin dalla sua genesi, il principio di legalità ha inteso evitare).

In genere la determinazione *a priori* di regole certe o di fini da seguire rappresenta il modo più semplice e consolidato di risolvere il problema⁽⁷⁶⁾; tuttavia, soprattutto laddove il potere deve intervenire su aspetti non predeterminabili (come accade per le scelte organizzative correlate ad istanze individuali e sociali continuamente mutevoli), ciò non è affatto agevole.

5. Anche dopo la privatizzazione, si ripropone dunque la 'storica' contrapposizione fra il principio di legalità e l'autonomia dell'amministrazione nell'organizzazione⁽⁷⁷⁾, solo che rispetto al passato ne risultano radicalmente mutate le ragioni ultime: non si tratta più, in altre parole, della contrapposizione fra parlamento e sovrano per il dominio sull'amministrazione, ma della contrapposizione fra sovranità popolare ed efficienza, ove anche quest'ultima ha -per il tramite del buon andamento- fondamento costituzionale.

Posto che non è in discussione, pure a fronte della privatizzazione del potere organizzativo, l'assoggettamento dell'amministrazione alla sovranità popolare (vale a dire la c.d. 'legalità indirizzata'), occorre capire allora come tale esigenza si contemperi con l'altra, che inevitabilmente la limita. Alcuni dati desumibili dalla stessa Costituzione sono a questo fine decisivi: in particolare, è importante ricordare che il rinvio alla legge nell'art. 97 non è esaustivo (la riserva è introdotta con la for-

⁷¹ Cfr. PIOGGIA A., *Giudice e funzione amministrativa*, cit., 274 s., secondo la quale «l'impiego delle clausole generali di correttezza e buona fede nel giudizio sugli atti esercizio di poteri privati dell'amministrazione sembra ... aprire la via ad una se pure indiretta ricaduta sul singolo atto privatistico delle norme di principio che orientano l'attività amministrativa ai fini di interesse generale»; l'A. ribadisce queste affermazioni anche in *La Corte costituzionale e il modello italiano di impiego*, cit., 338, parlando di «privatizzazione compatibile con la funzionalizzazione» come «unico modo per introdurre il diritto privato nel funzionamento dell'amministrazione»; da ultimo, sempre nei medesimi termini, cfr. ID., *Funzione amministrativa e giudice del lavoro*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2007, 406 ss.

⁷² Secondo Cass., lav., 20 marzo 2004, n. 5659, in *Foro it.*, 2004, I, 1545, «gli organismi di controllo interno verificano periodicamente la rispondenza delle determinazioni organizzative ai principi di cui all'art. 2, comma 1, anche al fine dell'adozione di misure correttive e di sanzioni nei confronti dei responsabili della gestione».

⁷³ MARZUOLI C., *Le privatizzazioni*, cit., 393.

⁷⁴ Secondo SPASIANO M.R., *Spunti di riflessione in ordine al rapporto tra organizzazione pubblica e principio di legalità: la 'regola del caso'*, in *Dir. amm.*, 2000, 144, è «la razionalità intrinseca dell'organizzazione e delle conseguenti scelte funzionali dell'amministrazione a dover giustificare l'individuazione, di volta in volta, di quelle regole che siano in grado di giustificare l'obiettivo normativamente predefinito in rapporto alla fattispecie concreta».

⁷⁵ Cfr. LEDDA F., *Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell'amministrazione*, in *Foro amm.*, 1997, 3319.

⁷⁶ Cfr. CIMELLARO L., *Il principio di legalità in trasformazione*, in *Dir. soc.*, 2006, 107, la quale evidenzia che tale concezione della legalità era posta «in contrapposizione via via con la tirannia e l'assolutismo monarchico».

⁷⁷ Cfr. ROMANO A., *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, 1999, 111 ss.

mula «secondo disposizioni di legge» e non «con legge»⁽⁷⁸⁾, che la stessa sovranità popolare è soggetta a «limiti» (art. 1 Cost.)⁽⁷⁹⁾ e che la riserva dell'art. 97 ha carattere 'modale' («in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità»).

Riguardo al primo profilo, è affermazione condivisa che la creazione di un apparato pubblico, la sua soppressione o la sua radicale riorganizzazione determinano sempre un diverso assetto degli interessi emergenti dalla collettività⁽⁸⁰⁾ oppure il riconoscimento (o il disconoscimento) di un diritto⁽⁸¹⁾; anche nella giurisprudenza costituzionale si rinviene l'idea che «organizzazione e diritti sono aspetti speculari della stessa materia, l'una e gli altri implicandosi e condizionandosi reciprocamente», sì che «l'organizzazione deve considerarsi anche sul lato funzionale esterno, coinvolgente i diritti e incidente su di essi»⁽⁸²⁾: perciò, come ha affermato la Corte costituzionale, la «organizzazione, nel suo *nucleo essenziale*, resta necessariamente affidata alla massima sintesi politica espressa dalla legge»⁽⁸³⁾.

Ma, per quanto sta al di fuori di tale nucleo, la Costituzione si limita a prescrivere l'individuazione legislativa di una o più regole in grado di assicurare il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione⁽⁸⁴⁾, coerentemente con la natura relativa della riserva in questione⁽⁸⁵⁾.

Viene in rilievo, a questo proposito, il secondo aspetto evidenziato sopra: non è detto che la riconducibilità del potere alla sovranità popolare -che integra il contenuto minimo del principio⁽⁸⁶⁾-

⁷⁸ Secondo SATTA F., *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969, 248, «la Costituzione parla di pubblici uffici che devono essere organizzati, neppure *con*, ma solo *secondo* disposizioni di legge».

⁷⁹ Secondo FERRAJOLI L., *La sovranità nel mondo moderno*, Roma-Bari, 1997, 34, sulla base di questa precisazione contenuta nell'art. 1 Cost. «neppure il popolo è sovrano nel vecchio senso di *'superiorem non recognoscens'* o di *'legibus solutus'*» e «tanto meno lo è la maggioranza, essendo la garanzia dei diritti di tutti –anche contro la maggioranza– il tratto caratteristico dello Stato democratico di diritto».

⁸⁰ Cfr. PETERS B.G., *La pubblica amministrazione*, Bologna, 1999, 237 s.; SCOTT R.W., *Istituzioni e organizzazioni*, Bologna, 1998, 173.

⁸¹ Secondo PASTORI G., *La burocrazia*, Padova, 1967, 101, «la disciplina organizzativa è proiezione» dei poteri e dei diritti «configurati dal diritto obiettivo» e da ciò scaturiscono «il carattere generale delle norme di organizzazione» e «la loro rilevanza nei confronti di tutti i soggetti dell'ordinamento». Secondo NIGRO M., *Studi*, cit., 119, l'organizzazione «perché modellata sugli interessi che deve curare, ... reagisce su tali interessi e ne influenza la realizzazione, assumendo una funzione attiva e direttiva nell'intero processo di soddisfazione di essi». Secondo BERTI G., *Il principio organizzativo nel diritto pubblico*, Padova, 1986, 144, una «norma di organizzazione potrebbe anche essere quella che, pur costituendo o attuando un certo apparato, attribuisce un diritto ad un soggetto».

⁸² Corte cost. 27 novembre 1998, n. 383, in *Giur. cost.*, 1998, 3323; la Corte specifica pure che «l'organizzazione dell'Università, come servizio pubblico, da una parte, coinvolge diritti costituzionali della persona umana come il diritto alla propria formazione culturale (art. 2 Cost.) e quello alle proprie scelte professionali (art. 4 Cost.), a sua volta mezzo essenziale di sviluppo della personalità, ... e, dall'altra, implica decisioni pubbliche d'insieme»: si tratta di scelte nelle quali è necessario perciò l'indirizzo politico espresso dalla legge. Secondo SATTA F., *Principio di legalità*, cit., 170, in assenza di un *quid* di scelta politica, «l'amministrazione resta estranea alla comunità, o, per meglio dire, ... la comunità resta estranea all'amministrazione».

⁸³ Corte cost. 14 ottobre 1997, n. 309, in *Foro it.*, 1997, I, 3485 [corsivo aggiunto].

⁸⁴ CAPOTOSTI P.A., *Legalità ed efficienza nell'amministrazione*, in *Rass. parl.*, 2001., 876.

⁸⁵ GUASTINI R., *Legalità (principio di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IX, Torino, 1994, 96; SATTA F., *Principio di legalità*, cit., 241.

⁸⁶ Secondo RESCIGNO G.U., *Sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 263, il «minimo» del principio di legalità consiste «nella regola ... secondo cui ogni potere giuridico deve essere previsto da una legge (e cioè da una dichiarazione di volontà dell'assemblea rappresentativa del popolo)». Anche ROMANO SANTI, *Poteri e Potestà*, in *Frammenti di un*

debba avvenire sempre allo stesso modo: in altre parole, la conclusione raggiunta per il «nucleo» non si estende per forza alla restante parte dell'organizzazione. In questa 'limitazione' non vi è alcun aspetto di rottura col sistema, poiché proprio l'art. 1 Cost. esclude espressamente una sovranità popolare 'illimitata'⁽⁸⁷⁾: questo non significa certo introdurre 'zone franche' dalla sovranità, ma solo forme di assoggettamento dell'amministrazione alla legge non sempre uguali nella concreta modalità d'espressione.

Proprio nel caso di specie, d'altra parte, una 'esasperazione' del principio di legalità può rivelarsi incompatibile con la ragion d'essere profonda dell'organizzazione⁽⁸⁸⁾, poiché rischia di mascherare un suo più intenso assoggettamento alla politica⁽⁸⁹⁾: in questo senso si può comprendere la ragione di una limitazione dell'intervento della legge, a patto che abbia un fondamento nella stessa Costituzione.

Ma tale 'limitazione' della democraticità, a ben vedere, è insita proprio nella peculiarità della riserva sancita dall'art. 97 Cost., che non è libera nel contenuto, ma ha appunto carattere 'modale', poiché è espressamente indirizzata all'imparzialità e al buon andamento. In altre parole, la sovranità formalizzata dalla legge non disciplina direttamente l'intera organizzazione, ma compie solo la scelta (in tal senso comunque politica) delle regole più idonee ad assicurare buon andamento e imparzialità.

A questo esito si perviene grazie all'affermazione piena del buon andamento, alla sua considerazione come principio cardine dell'organizzazione 'alla pari' con l'imparzialità: in altre parole, l'affermazione (relativamente recente) della sua lettura in termini di efficienza⁽⁹⁰⁾ -concetto originariamente tecnico-aziendalistico- evidenzia la costituzionalizzazione della concezione dell'organizzazione come problematica di ordine tecnico, salvi i limiti prima enunciati. Del resto l'organizzazione -al di là del nucleo necessariamente demandato alla legge- si risolve in un insieme

dizionario giuridico, Milano, 1947, 198, sostiene che tutti i poteri sono previsti dal diritto oggettivo, in tal senso sono un «*numerus clausus*» e «una diversa fonte dei poteri, oltre quella del diritto oggettivo, è difficilmente concepibile».

⁸⁷ Ne consegue che non è stata recepita la 'rigorosa' concezione di Kelsen, in base alla quale -poiché in democrazia il potere deve «essere concentrato nel popolo» e quindi nell'organo legislativo da questi eletto- «la democrazia richiede che all'organo legislativo sia affidato un controllo sugli organi amministrativi e giurisdizionali», al punto da escludere in ultima analisi la divisione dei poteri.

⁸⁸ Soprattutto ove si acceda alla tesi di CARLASSARE L., *Amministrazione e potere politico*, Padova, 1974, 178, secondo la quale solo la legalità sostanziale soddisfa le esigenze di democraticità dell'ordinamento.

⁸⁹ BERTI G., *Figure soggettive*, cit., 149, rileva che quando «le leggi hanno per bersaglio l'amministrazione, esse mutano radicalmente la loro funzione», che non è più quella di garanzia e il principio di legalità diviene in tale ambito «un rafforzamento, ottenuto appunto per legge, del legame di sudditanza dell'amministrazione verso il potere politico».

⁹⁰ Nel sindacato sulle scelte legislative di organizzazione la Corte ha iniziato ad identificare -in poco più d'una decina di decisioni- buon andamento ed efficienza a partire dagli anni '80; ma solo negli anni '90 tale identificazione è diventata una costante: cfr., *in multis*, Corte cost. 11 giugno 1987, n. 224, in *Giur. cost.*, 1987, 1702; 4 giugno 1993, n. 266, *ivi*, 1993, 1902; 17 dicembre 1997, n. 404, *ivi*, 1997, 3757; 25 luglio 1996, n. 313, *ivi*, 1996, 2592; 309/1997, cit., 3484; 4 gennaio 1999, n. 1, *ivi*, 1999, 9. L'interpretazione dottrinale del buon andamento come efficienza si è affermata parallelamente anche nell'interpretazione dottrinale: si vedano SEPE O., *L'efficienza amministrativa*, Milano, 1975, 14 ss., ALLEGRETTI U., voce *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. VIII, Torino, 1993, 139, e più di recente MERCATI L., *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza*, Torino, 2006, 5, e PAGLIARIN C., *Autonomia, efficienza e responsabilità*, Torino, 2007, 13.

di scelte che non riguardano gli interessi da curare⁽⁹¹⁾, bensì l'individuazione del modo migliore di organizzare gli apparati (in tal senso essa riguarda e deve riguardare aspetti tecnici e non politici).

Una conferma indiretta della natura tecnica, e non politica, delle scelte organizzative si riscontra del resto nella giurisprudenza costituzionale sulla composizione delle commissioni di concorso⁹² e, soprattutto, in quella relativa alla privatizzazione, ove si afferma la necessità di un corretto funzionamento 'tecnico' (in particolare, dal punto di vista economico) degli apparati⁽⁹³⁾. Un fenomeno tutt'altro che nuovo: come notava Forsthoff, nella «moderna società industriale» esistono «compiti che non possono più essere assolti con la scelta di volontà democratica di vecchio stampo» e «per il soddisfacimento di questi compiti non c'è più bisogno di una decisione sostanzialmente politica, ma piuttosto di una scelta tecnica fondata su dati di fatto»⁽⁹⁴⁾.

Depurata da connotazioni ideologiche, la costituzionalizzazione dell'efficienza esprime proprio la necessità di un rinvio ad una regola tecnica (in particolare economica) preesistente⁽⁹⁵⁾. In sostanza in forza della riserva 'modale' di legge il legislatore sceglie la regola economica per l'esercizio del potere di organizzazione. Ma in questo modo si traccia anche il confine oltre il quale la legge, come espressione della sovranità, non può andare⁽⁹⁶⁾: la regola prescelta deve essere infatti una regola tecnico-economica, altrimenti il riferimento all'efficienza perderebbe ogni rilievo giuridico.

Le conseguenze di questa impostazione sono dunque rilevantissime anche con riferimento al principio di legalità⁽⁹⁷⁾: la legge deve scegliere la regola tecnica (che così diviene anche giuridica) più idonea ad assicurare il buon andamento, rinviando ad essa e non ponendo direttamente una

⁹¹ A questo proposito viene in rilievo la distinzione di ROMANO A., *Relazione di sintesi*, in AA.VV. (a cura di Pinelli C.), *Amministrazione e legalità*, cit., 107 ss., fra scelte relative all'attribuzione e delimitazione dei poteri e scelte che ineriscono invece al modo di esercizio dei poteri o all'organizzazione delle amministrazioni: solo le scelte del primo tipo -incidendo sull'autonomia dell'amministrazione rispetto all'ordinamento generale- sono rigidamente assoggettate al principio di legalità, mentre per quelle del secondo tipo questo assoggettamento non è necessario.

⁹² Corte cost. 23 luglio 1993, n. 333, in *Reg.*, 1990, 890. Sulla stretta connessione fra regola del concorso ed efficienza nell'art. 97 Cost. cfr. Corte cost. 4 aprile 1990, n. 161, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 437.

⁹³ Cfr. da ultimo Corte cost. 23 marzo 2007, n. 103, in *Foro it.*, 2007, I, 1633, secondo cui «le recenti leggi di riforma della pubblica amministrazione ... hanno disegnato un nuovo modulo di azione che misura il rispetto del canone dell'efficacia e dell'efficienza alla luce dei risultati che il dirigente deve perseguire»; in senso analogo, cfr. Corte cost. 11 giugno 2001, n. 189, in *Giur. cost.*, 2001, 1455.

⁹⁴ FORSTHOFF E., *Trasformazioni strutturali della democrazia moderna* (1964), ora in MANGIA A., *L'ultimo Forsthoff*, Padova, 1995, 156.

⁹⁵ Si vedano ad esempio Corte cost. 15 novembre 1988, n. 1032, in *Giur. cost.*, 1988, 5036, ove si afferma che «gli artt. 97 e 100, comma 2, Cost. stabiliscono principi, come quello del buon andamento e del controllo contabile, i quali sono legati al comune fine di assicurare l'efficienza e la regolarità della gestione finanziaria e patrimoniale degli enti pubblici», nonché Corte cost. 27 gennaio 1995, n. 29, in *Giur. cost.*, 1995, 306 s., secondo la quale il controllo di gestione risulta «volto a garantire che ogni settore della pubblica amministrazione risponda effettivamente al modello ideale tracciato dall'art. 97 Cost., quello di un apparato pubblico realmente operante in base ai principi di legalità, imparzialità ed efficienza».

⁹⁶ Sulla sussistenza di limiti al legislatore nella disciplina della materia in questione cfr. Corte cost. 11 dicembre 1989, n. 531, in *Foro it.*, 1990, I, 776.

⁹⁷ Secondo FORSTHOFF E., *Trasformazioni strutturali*, cit., 158, quando «la specifica conoscenza tecnica acquisisce preminenza nei confronti della legittimazione popolare democratica, i tradizionali elementi strutturali della nostra costituzione perdono rilievo».

disciplina specifica o dettagliata⁽⁹⁸⁾; la scelta politica (e quindi democratica) resta, ma non si fa essa stessa immediatamente regola dell'organizzazione, dovendo necessariamente rinviare a tal fine ad una disciplina tecnica (la quale, in ultima analisi, limita l'ingerenza politica nell'organizzazione⁽⁹⁹⁾).

Sulla scelta della regola tecnica effettuata dalla legge è ammesso un penetrante sindacato di costituzionalità: alla stessa stregua di tutte le scelte legislative attinenti al buon andamento, la Corte costituzionale può certamente sindacare la ragionevolezza della scelta o la sua idoneità a perseguire in astratto gli scopi prefissati⁽¹⁰⁰⁾, ma non può giungere mai a delineare essa stessa la regola che meglio risponda al canone del buon andamento⁽¹⁰¹⁾. In tal senso la democraticità 'minima' della scelta è comunque salvaguardata⁽¹⁰²⁾.

Questa impostazione è compatibile anche con l'esigenza che lega imparzialità e principio di legalità, la quale è sicuramente soddisfatta da una regola che, sia pur peculiare nella genesi economica, possa fungere «da parametro rispetto alla valutazione operata dall'agente nella situazione concreta», così da rendere appunto possibile un controllo di tale valutazione «sotto il profilo dell'imparzialità»⁽¹⁰³⁾.

7. L'individuazione della regola tecnica -in particolare economica- prescelta dal legislatore con riferimento al potere privatistico di organizzazione discende dunque dall'interpretazione del diritto positivo (in particolare, della legislazione ordinaria).

Alcune considerazioni sistematiche, che in questa sede possono essere riprese solo in estrema sintesi⁽¹⁰⁴⁾, fanno emergere la ricostruzione all'interno dell'organizzazione pubblica -soprattutto in forza del d.lgs. 165/2001- di una posizione giuridica analoga a quella dell'imprenditore privato: una posizione basata, in altre parole, sull'imposizione del criterio di eco-

⁹⁸ Per le attività 'tecniche' -soprattutto ad alta complessità- non è ammissibile che il legislatore detti direttamente una compiuta disciplina: a questo proposito, Corte cost. 26 giugno 2002, n. 282, in *Giur. cost.*, 2002, 2014, ha affermato -con riferimento alla scelta delle modalità terapeutiche- che «non è, di norma, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni».

⁹⁹ Si noti che, pur sostenendo in generale la vigenza del principio di legalità nell'accezione sostanziale, CARLASSARE L., *Amministrazione e potere politico*, cit., 180, esclude che questo possa valere per taluni settori (in particolare per la «amministrazione dell'economia»): infatti, «non solo la presenza della legge è evanescente ma forse, almeno in certa misura, è lo stesso carattere dinamico delle situazioni, la stessa mobilità dei rapporti a rendere difficile una predeterminazione legislativa che non sia puramente generica».

¹⁰⁰ Espressamente in tal senso Corte cost. 30 ottobre 1997, n. 320, in *Giur. cost.*, 1997, 2960, secondo la quale «nelle scelte relative alla costituzione e all'organizzazione dei pubblici uffici ... spetta al legislatore ... un ampio spazio di discrezionalità, peraltro da esercitare in conformità ai principi di buon andamento e di imparzialità della pubblica amministrazione e restando naturalmente salvo il sindacato di costituzionalità su questo margine di apprezzamento, sotto i profili della ragionevolezza e della non arbitrarietà delle scelte».

¹⁰¹ SALERNO G.M., *L'efficienza dei poteri pubblici nei principi dell'ordinamento costituzionale*, Torino, 1999, 228 ss.

¹⁰² SPASIANO M., *Profili di organizzazione della pubblica amministrazione in cinquanta anni di giurisprudenza della Corte costituzionale*, in AA.VV. (a cura di Della Cananea G. e Dugato M.), *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, Napoli, 2006, 200 s., afferma che, secondo la Corte, «l'obiettivo del buon andamento può essere conseguito mediante strumenti e modalità differenti, magari di pari efficacia, l'opzione fra i quali non può che rientrare nelle prerogative esclusive del legislatore».

¹⁰³ Così si esprime, con riferimento al legame fra imparzialità e legalità, CARLASSARE L., *Amministrazione e potere politico*, cit., 134.

¹⁰⁴ Si rinvia per una più diffusa ricostruzione del contesto normativo di riferimento nel senso esposto nel testo a CERBO P., *Potere organizzativo*, cit., 27 ss.

nomicità nell'accezione dell'art. 2082 c.c., che non coincide necessariamente con la finalità lucrativa⁽¹⁰⁵⁾, e sull'assoggettamento ad un rischio d'impresa, cui corrisponde l'attribuzione di un potere organizzativo 'libero' (generalmente ricondotto alla previsione dell'art. 41 Cost.).

Infatti, il dirigente che occupa tale posizione deve conseguire con le risorse assegnate gli obiettivi fissati in sede politica (e in ciò si sostanzia il criterio di economicità⁽¹⁰⁶⁾); se non vi riesce, può incorrere nella responsabilità dirigenziale attuata mediante il sistema dei controlli interni (rischio d'impresa): ne discende che, per conseguire tali obiettivi, il dirigente preposto agli uffici di vertice deve disporre di un potere gestionale e organizzativo del tutto analogo a quello dell'imprenditore privato⁽¹⁰⁷⁾.

Questa strutturazione imprenditoriale del potere esclude che esso si rapporti in termini di validità/invalidità all'economicità⁽¹⁰⁸⁾: le violazioni del criterio di economicità si riflettono negativamente, per il tramite del rischio di impresa, sul dirigente, non sull'atto di organizzazione. A questa stregua il potere può dirsi libero, senza essere per questo lasciato all'arbitrio del suo titolare⁽¹⁰⁹⁾, che risponderà dell'economicità complessiva della struttura cui è preposto.

Si rinviene in questo modo una 'conciliazione' fra sovranità popolare e auto-organizzazione dell'amministrazione, senza necessità di una ripubblicizzazione del potere organizzativo per via interpretativa (esito cui giungono, non sempre dichiaratamente, alcune delle tesi in materia): la qual cosa, ritengo, renderebbe incomprensibile la stessa ragion d'essere della riforma, soprattutto a fronte dell'inequivoco dato normativo e dell'ormai consolidato orientamento della giurisprudenza costituzionale sul punto⁽¹¹⁰⁾.

Per giunta, la tendenza a trasporre le categorie proprie dell'illegittimità dell'atto amministrativo (in particolare, l'eccesso di potere) nella disciplina del potere privato pone, a sua volta, un rilevante problema di legalità: infatti, per un'elementare garanzia di certezza, «se un potere è conferito ma non disciplinato in alcun modo, i suoi atti sono incondizionatamente validi»⁽¹¹¹⁾; un simile esito

¹⁰⁵ Sul punto esiste ormai ampio consenso in dottrina e giurisprudenza: cfr. in proposito OPPO G., voce *Impresa e imprenditore*, in *Enc. giur.*, vol. XVI, Roma, 1989, 5. Peraltro il legislatore ha previsto un modello d'impresa (quella sociale) per la quale è espressamente esclusa la finalità lucrativa (art. 3 d.lgs. 24 marzo 2006, n. 155). In base a questi dati DI SABATO F., *I fini sociali dell'impresa etica*, in *Riv. soc.*, 2006, 634, afferma che «l'impresa ... può non essere lucrativa» e ciò non solo perché esistono «figure ordinarie per l'esercizio professionale di attività economiche a fini sociali» (fra le quali associazioni, fondazioni, onlus e appunto l'impresa sociale), ma anche perché «le stesse società lucrative possono essere piegate sia dal legislatore sia dall'operatore ad un fine non lucrativo»; in definitiva, secondo l'A., «lo scopo lucrativo non può assumere un ruolo discriminante se dell'impresa si coglie ... l'aspetto organizzativo e professionale che caratterizza l'attività di produzione di beni o servizi».

¹⁰⁶ Si noti, fra l'altro, che l'economicità è espressamente richiamata dall'art. 2, comma 1, d.lgs. 165/2001 fra i criteri ispiratori dell'organizzazione pubblica.

¹⁰⁷ CERBO P., *Potere organizzativo*, cit., 111 s.

¹⁰⁸ Invece nell'accezione ordinaria del principio di legalità il rispetto delle norme giuridiche condiziona sempre la validità dell'atto (GUASTINI R., *Quindici lezioni di diritto costituzionale*, Torino, 1992, 35).

¹⁰⁹ Secondo BERTI G., *Figure soggettive*, cit., 154, il sistema dei controlli interni, «imparentandosi strettamente con la rilevazione delle responsabilità dei funzionari, vuole essere l'adattamento del controllo formale alla libertà amministrativa, che deve trovare dei giusti limiti nel dovere di fedeltà verso il bene comune».

¹¹⁰ Pur avendo sostenuto la tesi riassunta nel precedente § 4, la stessa PIOGGIA A., *La Corte costituzionale*, cit., 328 s., pone in evidenza che la Corte costituzionale utilizza spesso, come parametro per il sindacato di ragionevolezza sulle leggi sopravvenute in materia, le finalità o lo spirito della riforma dell'organizzazione pubblica.

¹¹¹ GUASTINI R., *Legalità (principio di)*, cit., 88.

può essere evitato solo con l'introduzione di limiti desunti in via interpretativa, ma un'operazione del genere si presenta sempre molto pericolosa per gli equilibri del sistema. A questa stregua, la ricostruzione per il tramite del principio di legalità delle categorie proprie del potere amministrativo finisce per contraddire l'essenza stessa (di certezza e di garanzia) del principio medesimo.

In definitiva, si può rilevare che l'organizzazione si connota sempre per la tensione fra due opposte spinte: espressione di forze diverse, in origine parlamento e monarca, ora sovranità popolare ed efficienza⁽¹¹²⁾. Questa tensione non è direttamente 'risolta' dalla Costituzione, che anzi in certa misura la ripropone nell'art. 97, rinviando per un verso alla legge e all'imparzialità e per altro verso al buon andamento. Questo non vuol dire che non sia rintracciabile un punto d'incontro: la legalità imposta dall'art. 97 Cost. per l'organizzazione si traduce nel rinvio da parte della legge ad una regola economica (in particolare, come si è visto, al canone dell'economicità imprenditoriale).

Se è vero che in generale la democraticità si sostanzia nella «(tendenziale) coincidenza delle decisioni politiche con le preferenze popolari»⁽¹¹³⁾, per le scelte organizzative essa si stempera, ma non viene certo meno: nell'art. 97 Cost. l'istanza democratica si traduce nella scelta legislativa di un modello che assicuri l'imparzialità e il buon andamento. Si tratta di criteri che di per sé tendono proprio ad escludere un 'appiattimento' acritico delle scelte organizzative sulle preferenze popolari o comunque della maggioranza⁽¹¹⁴⁾, in completo contrasto con l'efficienza (secondo una logica che, nel sindacato sulle leggi a contenuto organizzativo, ha condotto molte volte la Corte costituzionale a sanzionare scelte organizzative inefficienti finalizzate esclusivamente a salvaguardare l'occupazione⁽¹¹⁵⁾).

In questo senso il principio di legalità 'cambia': tende a divenire lo strumento giuridico per verificare dinamicamente e ciclicamente se le organizzazioni 'servono' o se invece esse si orientano con il tempo solo a perpetuare se stesse o comunque a salvaguardare interessi non coincidenti con quelli per i quali sono state create⁽¹¹⁶⁾.

8. Le questioni connesse al principio di legalità nell'organizzazione non possono però dirsi interamente risolte. La garanzia di tale principio può esaurirsi sul piano legislativo solo nell'ipotesi in

¹¹² BERTI G., *Diritto e Stato*, cit., 222 ss.

¹¹³ PAJNO S., *Considerazioni su principio democratico e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2005, 499.

¹¹⁴ Come spiega SCHMITT C., *Legalità e legittimità*, in AA.VV. (a cura di Miglio G. e Schiera P.), *Le categorie del politico*, Bologna, 1972, 237, con «l'assoluta mancanza di un concetto funzionalistico di legalità», tramite un evidente artificio teorico, chi detiene la maggioranza «non commetterà più non-diritto, anzi trasformerà in diritto e legalità tutto ciò che fa» e perciò la legalità priva di un appiglio funzionalistico «conduce da sé *ad absurdum*». A ben vedere si tratta della medesima concezione della legalità dell'epoca di Federico II: il principe è *legibus solutus* «proprio in quanto *lex animata in terra*»; ciò non significa che manchi il vincolo della legalità, solo che tale vincolo diventa volontario: infatti, poiché «l'interiorizzazione ... della volontà è totale», il sovrano non viola il diritto, ma lo riforma di volta in volta, rispettandolo pienamente dal punto di vista formale. Anche in questo caso vi è un'identificazione fra il soggetto che esercita il potere e il diritto, ciò che cambia è solo la giustificazione teorica della legittimazione del primo (COLLIVA P., *Ricerche sul principio di legalità nell'amministrazione del Regno di Sicilia all'epoca di Federico II*, Milano, 1964, 23 e 42).

¹¹⁵ La Corte ha spesso censurato «l'immotivato depauperamento del patrimonio pubblico» in funzione della salvaguardia dei livelli occupazionali (cfr. in particolare Corte cost. 24 aprile 1996, n. 127, in *Reg.*, 1996, 943).

¹¹⁶ Cfr. DACCÒ G., *L'organizzazione aziendale*, Padova, 1985, 12.

cui il legislatore emani una «norma prestabilita, misurabile e determinabile nel suo contenuto, durevole e generale»: in questo caso, infatti, «la decisione giudiziale si presenta come mera applicazione di essa»⁽¹¹⁷⁾. E' fortemente dubitabile che un simile modo di legiferare sia in concreto possibile; ma quand'anche lo fosse, presupporrebbe -come si è visto- un completo assoggettamento del fenomeno organizzativo alla legge, secondo un'impostazione che non trova corrispondenza nella Costituzione.

Diversamente accade allorché l'assoggettamento dell'amministrazione alla legge è mediata dalla (e limitata alla) regola tecnica prescelta dalla legge: in questo caso la garanzia si sposta inevitabilmente sul giudice, secondo una tendenza ben nota da tempo nel nostro⁽¹¹⁸⁾ e in altri ordinamenti⁽¹¹⁹⁾, in quanto «la consegna di gran parte dell'amministrazione al tecnico rende a maggior ragione inevitabile, in uno stato di diritto, il controllo giurisdizionale» e «lo spostamento dell'elemento giuridico dall'amministrazione attiva al controllo giurisdizionale dell'amministrazione è uno dei caratteri tipici dello stato moderno»⁽¹²⁰⁾. In altre parole, per quel che qui rileva, la garanzia intesa ad evitare (o quanto meno a limitare) decisioni arbitrarie rispetto alla regola dell'economicità (o di un'altra eventuale regola tecnica prescelta dalla legge) implica necessariamente un coinvolgimento del giudice.

Bisogna premettere, a questo proposito, che l'attività organizzativa del dirigente può 'entrare' nel processo o perché un altro lavoratore la contesta o perché il dirigente medesimo contesta l'applicazione delle misure relative alla responsabilità dirigenziale (che presuppongono una valutazione di quell'attività): in entrambi i casi, sulla base dell'art. 63 d.lgs. 165/2001, il giudice dotato di giurisdizione è quello ordinario (in particolare il giudice del lavoro). Su tale giudice grava dunque, in ultima analisi, il compito di verificare «l'effettività e l'imparziale applicazione» della norma giuridica, vale a dire «gli elementi costitutivi del principio di legalità»⁽¹²¹⁾.

Ma esattamente in questo ingranaggio il sistema evidenzia notevoli criticità. Se il controllo operato dal giudice del lavoro si rivela idoneo nella garanzia degli aspetti disciplinati direttamente dalla legge a tutela dei diritti (si pensi ai limiti negativi del potere organizzativo)⁽¹²²⁾, soprattutto quindi a garanzia del principio di giurisdizionalità⁽¹²³⁾, la situazione si presenta più complessa allor-

¹¹⁷ SCHMITT C., *Legalità e legittimità*, cit., 213, il quale aveva previamente chiarito (212) che «il significato ultimo e più proprio del fondamentale principio di legalità di tutta la vita statale consiste nel fatto che alla fine non si governa o comanda più, poiché vengono fatte valere norme impersonalmente vigenti».

¹¹⁸ MARZUOLI C., *Principio di legalità*, cit., 8 ss.

¹¹⁹ CAPOTOSTI P.A., *Legalità ed efficienza*, cit., 879 s.; si tratta di una sorta di avvicinamento al *rule of law* anglosassone, che -secondo ALÌ A., *Il principio di legalità nell'ordinamento comunitario*, Torino, 2005, 18 s.- s'incentra appunto sul giudice e sul processo quali istituzioni deputate a garantire la soggezione del potere pubblico al diritto (in questo senso cfr. anche BALDASSARRE A., voce *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, vol. VIII, Roma, 1989, 2, nonché MANNORI L.-SORDI B., *Storia del diritto amministrativo*, Bari, 2001, 511 s.).

¹²⁰ FORSTHOFF E., *Il giurista scomodo* (1955), in *Lo stato di diritto in trasformazione*, cit., 78.

¹²¹ VON BOGDANDY A., *I principi costituzionali dell'Unione europea*, in *Dir. pubbl. eur. comp.*, 2005, 587.

¹²² Secondo la concezione di BOBBIO N., *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 1970, 81 s., «occorre tener presente sempre due condizioni affinché si possa dire che un'azione è conforme alle leggi stabilite: 1) il soggetto ha il diritto di compierla; 2) il soggetto che ha il diritto di compierla, la compie entro i limiti prestabiliti».

¹²³ Cfr. il precedente § 2.

quando il controllo ha ad oggetto la regola tecnica prescelta dal legislatore (e quindi il principio di legalità), sulla cui corretta applicazione sono chiamati a pronunciarsi in prima battuta gli organi di controllo interni all'amministrazione⁽¹²⁴⁾. Si possono porre, a questo proposito, tre diverse situazioni, che è opportuno esaminare.

Il primo caso, più semplice, è quello nel quale l'esercizio del potere organizzativo non incide su posizioni soggettive, il suo rilievo resta cioè solo istituzionale: in questo caso non vi è neppure la possibilità teorica che la valutazione circa il rispetto del canone dell'economicità sia portata al vaglio di un giudice, non essendoci soggetti legittimati a far valere questo aspetto.

Il secondo caso è invece caratterizzato dall'incidenza del potere organizzativo esercitato sulla posizione soggettiva di un altro dipendente pubblico: sussiste ovviamente la possibilità che il giudice conosca della vicenda, ma comunque chi contesta l'esercizio del potere non ha interesse a far valere eventuali violazioni del canone dell'economicità complessiva della struttura, poiché tali violazioni generalmente non incidono sui suoi diritti di lavoratore ma, al più, costituiscono un parametro di ragionevolezza della scelta organizzativa (e quindi un termine di raffronto, non certo l'oggetto del giudizio).

Infine, può darsi il caso del dirigente valutato negativamente -anche sotto il profilo dell'economicità- e perciò destinatario di una delle misure sanzionatorie previste per la responsabilità dirigenziale. In questo caso in astratto il mancato rispetto del canone dell'economicità può costituire sempre oggetto del giudizio; ma, a ben vedere, si tratta di una 'chiusura' del sistema solo apparente. A parte ogni considerazione sulle difficoltà pratiche nell'espletamento del controllo, bisogna considerare che la struttura processuale resta quella del giudizio di parti, nel quale -dunque- possono entrare in gioco valutazioni che non necessariamente presuppongono la tutela di un interesse oggettivo (come è, nel caso che si esamina, quello al rispetto del criterio di economicità): basti pensare alle valutazioni di convenienza compiute dall'interessato per iniziare un contenzioso o a quelle che l'amministrazione fa in ordine alla decisione di addivenire ad una transazione (tutela dell'immagine, prevenzione dell'alea o della lunghezza del processo e così via)⁽¹²⁵⁾. Si comprende che, in questi casi, la verifica sull'effettiva applicazione del criterio di economicità sfugge completamente al vaglio giurisdizionale.

¹²⁴ La novità e al contempo il limite della riforma è proprio legata al carattere interno del controllo: secondo BATTINI S., *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Padova, 2000, 426, «la privatizzazione dell'attività organizzativa e di gestione del personale si armonizza con il carattere funzionale della stessa, che viene, in certa misura, interiorizzato, sviluppandosi all'interno dei confini dell'amministrazione».

¹²⁵ Secondo D'ANTONI M., *L'analisi economica del contenzioso civile*, in *Pol. dir.*, 2005, 332, vi saranno casi in cui «l'azione [legale] sarà intrapresa (poiché i benefici eccedono i costi privati), nonostante essa porti a benefici inferiori dal punto di vista sociale; ovvero, casi in cui essa non sarà intrapresa (costi privati per l'attore che eccedono i benefici) anche quando questo sarebbe socialmente vantaggioso». Inoltre, sempre secondo questo A., molte cause vengono risolte in via stragiudiziale: ciò è generalmente ritenuto vantaggioso «perché consente di risparmiare sulle spese legali e di funzionamento dell'apparato giudiziale», tuttavia «il ricorso sistematico alla transazione potrebbe determinare in alcune circostanze una riduzione della capacità deterrente del sistema» (336), anche in considerazione delle ragioni che inducono le parti all'accordo, che poco o nulla hanno a che fare con il merito della controversia e soprattutto non apportano benefici sociali, in relazione all'effetto di non rendere pubbliche certe informazioni e di inibire la possibilità di altri danneggiati di avviare azioni analoghe, nonché di impedire il formarsi di precedenti attendibili e di una adeguata coscienza sociale sul problema (341 s.).

Peraltro, anche nei casi in cui il rispetto della regola tecnica assurge effettivamente ad oggetto del giudizio, si ripropone un problema ben noto in altri settori del diritto amministrativo: il sindacato del giudice sulle valutazioni tecniche compiute dall'amministrazione. Problema rispetto al quale, ancora una volta, non è possibile prendere una posizione netta, sebbene il giudice coinvolto sia stavolta quello ordinario (per il quale non si pongono, di norma, problemi di limiti al sindacato sulle valutazioni tecniche).

La soluzione apparentemente più garantista, tesa all'affermazione di un sindacato pieno da parte del giudice, comporta il pericolo di uno spostamento del centro decisionale effettivo verso la sede giudiziaria, seppure tramite la forma 'occulta' del sindacato *a posteriori* sulle possibili scelte alternative: in questo modo verrebbe contraddetta l'impostazione complessiva del sistema sostanziale, poiché si assoggetterebbe il potere organizzativo del dirigente ad un sindacato che è generalmente escluso con riferimento al potere organizzativo dell'imprenditore privato⁽¹²⁶⁾; inoltre, si rischierebbe di affidare all'opera creativa del giudice la definizione in concreto della regola economica da applicare, così annullando quel «distacco tra legislatore e giudice» che è «spontaneo e necessario» in ogni ordinamento democratico⁽¹²⁷⁾.

D'altra parte, con la soluzione opposta, vale a dire l'insindacabilità in sede giurisdizionale delle scelte (tecnico-)organizzative del dirigente e della relativa valutazione, si ripropone l'idea della potestà di organizzazione come ambito riservato all'amministrazione e sottratto al diritto, a suo tempo fondata sulla prerogativa monarchica, ma che oggi non avrebbe più alcuna giustificazione in un contesto storico e soprattutto ordinamentale completamente diverso⁽¹²⁸⁾. Si finirebbe cioè per avalare solo la «tendenza innata» della burocrazia «a tradursi in autocrazia»⁽¹²⁹⁾.

Alla luce di questa rigida alternativa, apparentemente priva di via d'uscita, il pericolo è quello che il potere organizzativo non si fondi più né sul rischio 'economico', né sul tradizionale fondamento legislativo, perdendo così ogni legittimazione legale e razionale e assumendone al più una «di carattere carismatico»⁽¹³⁰⁾; o, peggio, può accadere che la legittimazione ultima di tale potere sia fondata solo su «parole magiche» (come quelle di «autonomia privata», «imprenditore», «privato

¹²⁶ Ad esempio, non è generalmente sindacabile la scelta dell'imprenditore di cessare l'attività -con la conseguente attivazione della procedura di mobilità-, poiché vengono in rilievo «libere scelte imprenditoriali tutelate dall'art. 41 Cost.»; a questa stregua, «non è realistica la prospettazione in concreto di rimedi», potenzialmente idonei ad evitare «la collocazione in mobilità», ma «che non siano la prosecuzione da parte dell'imprenditore del rischio (ormai insostenibile) di impresa»: infatti a ciò, «stante la volontà contraria dell'interessato, osta l'art. 41 Cost.» (Cass., sez. lav., 22 marzo 2004, n. 5700, in *Dir. & giust.*, 2004, fasc. 17, 105). Su questi aspetti si rinvia a CERBO P., *Potere organizzativo*, cit., 183 ss.

¹²⁷ NICOLINI U., *Il principio di legalità*, cit., 25. D'altro canto, demandare al giudice non l'interpretazione, ma la creazione stessa della regola significa pure conferire al precedente giudiziario un valore vincolante che l'art. 101 Cost., sancendo la subordinazione del giudice solo alla legge, espressamente esclude (cfr. PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984, 185).

¹²⁸ L'idea della potestà di organizzazione sottratta al diritto rappresenta il precipitato storico della concezione monarchica o di un sistema di contenzioso amministrativo (c.d. *référé*) messo in discussione già a partire dalla Rivoluzione francese (cfr. CANNADA BARTOLI E., Vanum disputare de potestate: *riflessioni sul diritto amministrativo*, in AA.VV., *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. III, Milano, 1988, 205 ss.).

¹²⁹ SORDI B., *Tra Weimar e Vienna*, cit., rispettivamente 353 e 364.

¹³⁰ Si tratta di una legittimazione basata «sulla dedizione al carattere sacro o alla forza eroica e al valore esemplare di una persona» (WEBER M., *Economia e società*, cit., 208).

datore di lavoro», «potere privato», ecc.), in assenza dei contesti sistematici propri di tali istituti all'interno dell'amministrazione⁽¹³¹⁾, in modo esattamente speculare e opposto rispetto a quanto a suo tempo è accaduto con riferimento ad altre «parole magiche» (come «interesse pubblico», «discrezionalità amministrativa» e così via⁽¹³²⁾); proprio questa mi sembra l'impostazione che giurisprudenza e dottrina recenti tendono a seguire⁽¹³³⁾.

In ogni caso si tratta di fondamenti estranei all'essenza stessa del principio di legalità e che non garantiscono né la legittimazione democratica del potere⁽¹³⁴⁾, né la non arbitrarietà del suo esercizio.

Ritengo che proprio per scongiurare un simile rischio la Corte costituzionale a suo tempo abbia ritenuto necessario il controllo della Corte dei conti ex art. 100, comma 2, Cost. sulle società per azioni derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici, sebbene formalmente privatizzate e comunque soggette al criterio di economicità⁽¹³⁵⁾. Ma un'estensione di questa logica ai problemi qui trattati -e quindi un controllo del giudice contabile, nell'ambito del giudizio di responsabilità per danno erariale, sull'economicità nell'organizzazione- non pare una soluzione convincente: a parte ogni considerazione circa la fattibilità concreta di un simile controllo, per far valere la responsabilità di un soggetto che ha mal gestito è previamente necessario stabilire in concreto cos'è la cattiva gestione, vale a dire la regola da utilizzare come parametro⁽¹³⁶⁾; questa soluzione finisce quindi per rimettere pur sempre ad un giudice (diverso da quello ordinario, ma questo nulla cambia ai fini che

¹³¹ In questo senso, «per garantirsi che sarà seguita una logica privatistica, non è sufficiente l'assoggettamento alle tradizionali norme del diritto privato», è necessario invece «prevedere norme ulteriori che neutralizzino il più possibile la tendenza che scaturisce dalla natura (pubblica) del soggetto» (MARZUOLI C., *Le privatizzazioni*, cit., 423). Più in generale, secondo PERLINGIERI P., *Il diritto civile*, cit., 162 s., «non esiste una proposizione legislativa che possa essere giustificazione di se stessa, interpretabile in sé, valutabile come una monade nel sistema»: di conseguenza, la norma definitoria «è vincolante per l'interprete secondo il contenuto e il valore che di volta in volta l'interpretazione sistematica ed unitaria dell'ordinamento attribuisce a quella definizione».

¹³² Segnala criticamente questa tendenza negli studi giuridici SANTILLI M., *Il diritto civile dello Stato*, Milano, 1985, 11 ss.; per una ricostruzione fortemente critica di tale approccio interpretativo, anche alla luce delle note teorie di Popper e Feyerabend, cfr. RODOLFO MASERA S., *Il risarcimento in forma specifica nel giudizio amministrativo*, Padova, 2006, in part. 6 ss. e 161 ss.

¹³³ Si veda ad esempio Cass. 5659/2004, cit., 1545, che pur nell'ambito di un'articolatissima motivazione, risolve il problema dell'autonomia privata affermando che «l'atto privato è tale proprio perché non può essere funzionalizzato al perseguimento dell'interesse pubblico senza contraddirne l'intima essenza di espressione di autonomia dell'autore». In dottrina insiste peculiarmente sul rilievo in sé della connotazione privatistica del potere organizzativo PIOGGIA A., *Giudice e funzione amministrativa*, cit., *passim*.

¹³⁴ Secondo MARONGIU G., *I principi democratici dell'economia*, in *Ricerca*, 1990, ora in *La democrazia come problema*, vol. I, tomo 2, Bologna, 1994, 337 s., non è ammissibile un potere imprenditoriale completamente disancorato dal rischio, poiché in caso contrario tale potere diviene «indebitamente una forma di dominio generalizzato», quindi estraneo all'ordinamento democratico. Fra gli economisti WILLIAMSON O.E., *L'organizzazione economica*, Bologna, 1991, 228, segnala che in assenza di sanzioni per le «violazioni delle norme di efficienza per estesi periodi di tempo», non vi è più alcun «freno» alla «discrezionalità manageriale».

¹³⁵ Secondo Corte cost. 28 dicembre 1993, n. 466, in *Giur. cost.*, 1993, 3892, «le ragioni che stanno alla base del controllo spettante alla Corte dei conti sugli enti pubblici economici sottoposti a trasformazione non possono ... considerarsi superate in conseguenza del solo mutamento della veste giuridica degli stessi enti, ove a tale mutamento formale non faccia seguito anche una modifica di carattere sostanziale nell'imputazione del patrimonio (ora trasformato in capitale azionario) tale da sottrarre la gestione finanziaria degli enti trasformati alla disponibilità dello Stato».

¹³⁶ MERUSI F., *I sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007, 278.

qui interessano) le scelte organizzative tramite un sindacato 'sostitutivo', che contraddice l'intima essenza dell'economicità⁽¹³⁷⁾.

Il problema resta perciò in larga misura aperto. Si noti però che questioni tutto sommato non molto diverse si pongono anche nel settore privato, quando il potere organizzativo è nella disponibilità di soggetti che non subiscono -se non marginalmente- le conseguenze economiche delle scelte organizzative che adottano (perché, ad esempio, controllano la grande società per azioni con una quota esigua del capitale o perché non sono chiamati a rispondere dei costi sociali o ambientali della loro attività⁽¹³⁸⁾): è per questo che il diritto privato ha sviluppato e sta sviluppando gli istituti idonei, in termini di responsabilità, a prevenire le condotte antieconomiche e arbitrarie, senza per questo snaturare l'essenza del potere organizzativo. Al di là delle possibili ipotesi di modifica del quadro legislativo vigente (che esulano evidentemente dall'oggetto del presente scritto), anche nell'organizzazione pubblica bisogna fare leva sugli istituti esistenti tesi a prevenire distorsioni⁽¹³⁹⁾.

Una garanzia 'giuridica' forte a presidio (quantomeno) dell'esistenza dei controlli, e in prospettiva della loro effettività, è centrale in ogni discorso sul nuovo assetto del potere organizzativo, altrimenti si avvera il paradosso di un principio di legalità che cambia per un'amministrazione che si conserva immutata.

¹³⁷ Secondo SORACE D., *La responsabilità amministrativa di fronte all'evoluzione della p.a.: compatibilità, adattabilità o esaurimento del ruolo?*, in *Dir. amm.*, 2006, 267, la responsabilità amministrativa nell'evoluzione recente «non perde il contatto con la pubblica amministrazione nelle sue nuove forme, però il permanere della sua forte specialità amministrativa non appare in armonia, ma anzi, per certi aspetti, in controtendenza e può sembrare addirittura d'ostacolo alla modernizzazione del diritto delle pubbliche amministrazioni».

¹³⁸ Cfr. ROSSI GUIDO, *Le c.d. regole di «corporate governance» sono in grado di incidere sul comportamento degli amministratori?*, in *Riv. soc.*, 2001, 9 ss.

¹³⁹ In quest'ottica assume notevole importanza sistematica il compito della Corte dei conti, non come 'diretto' giudice dell'economicità, ma come verifica di 'secondo grado' sui controlli interni delle singole amministrazioni: sebbene di tali verifiche la Corte riferisca «esclusivamente ai consigli degli enti controllati» -e quindi ai fini della c.d. autocorrezione e, al limite, della responsabilità politica (cfr. l'art. 3, comma 4, l. 14 gennaio 1994, n. 20 e l'art. 7, comma 7, l. 131/2003)- è tuttavia ipotizzabile che, ove dalle condotte omissive poste in essere dai singoli pubblici agenti deputati al controllo derivi un danno all'erario (ad esempio, perché non sia stato possibile valutare l'economicità della gestione), le verifiche medesime possano fondare anche un giudizio di responsabilità nei confronti dei soggetti deputati al controllo. La Corte non esercita in questo caso un sindacato diretto (e sostitutivo) sulle scelte organizzative e quindi sull'economicità, come nel caso sopra descritto, ma assoggetta a controllo quantomeno l'esistenza e la diffusione della valutazione interna alle singole amministrazioni, così scoraggiando «inerzie collusive» (secondo la definizione di SORACE D., *La responsabilità amministrativa*, cit., 268) gravemente pregiudizievoli per gli equilibri del sistema.