

I “criteri” di svolgimento dell’attività amministrativa: vecchie e nuove questioni

del prof. Luigi Buonauro(1)

Generalità

**[A] La vicenda delle mansioni superiori nel pubblico impiego
[come solidificata nella sentenza n. 1 del 1996 della Corte
Costituzionale]**

PREMESSA

§ 1.- Pluralità di letture della sentenza 1/96 della Corte
Costituzionale

§ 2.- Le motivazioni a quo come riassunte nella sentenza

§ 3.- segue: la selezione delle rimessioni

§ 4.- Il percorso logico-giuridico

§ 5.- Alcuni scenari di *solving problems*:

a) Il corpus organico del pubblico impiego

b) La normativa di sanatoria

CONCLUSIONI

[B] Il “mobbing” tra eccesso di potere e Berufsverbot [segue]

[C] La Flessibilità come Tecnica e come Valore [segue]

Generalità

La previsione di “criteri”(2) che ‘ reggono’ il concreto svolgimento dell’attività amministrativa consente di far rientrare a pieno titolo nel loro ambito(3) il problema della flessibilità organizzativa anche nel quadro dell’ utilità di “ conoscere quale sia l’ambiente socio-politico in cui l’organizzazione si muove”(4), come esigono il principio democratico e l’assetto burocratico inteso anche come formazione sociale.

Difatti dalle vicissitudini di Monssù TRAVET(5) degli inizi dell’unificazione amministrativa italiana a quelle del finire del XX secolo(6) è possibile percepire l’orizzonte sociale e politico del lavoro pubblico costretto a subire “ la complessità e per alcuni versi l’ambiguità(7) in presenza del processo in corso ” [i.e. la privatizzazione del rapporto di pubblico impiego].

Ma, su di un piano più generale, la parabola dell’impiego pubblico da *status a forma* (8) può ben simboleggiare il lungo percorso della visibilità del potere(9) che costituisce il problema cruciale dei moderni Stati democratici(10).

Difatti già il **Romagnoli** (11) nell’esaminare la struttura del potere pubblico, aveva di fatto già superato il concetto-base del rapporto giuridico(12), dischiudendo, proprio con riferimento al contenuto che tiene legate le risorse umane nell’organizzazione, la prospettiva di una relazione complessa, almeno trilaterale(13).

La valenza “politica”(14) del rapporto di impiego(15) -sia pubblico che privato- presenta in quello pubblico un connotato più penetrante che va ad aggiungersi ai consueti profili del rapporto organico e di quello di servizio.

Difatti all’interno del profilo soggettivo è dato intravedere una complessa rete di relazioni dialettiche e dilemmatiche, quali la doppia titolarità (del potere pubblico e della qualità di cittadinanza/utenza), la doppia strumentalità (rispetto all’organo-ente e rispetto alla comunità) ed, infine, la posizione di scambio vero e proprio di potere, a cominciare dalla posizione di soggezione rispetto all’ordinamento e di preminenza rispetto ai cittadini.

Non meno complessa appare l’analisi del profilo oggettivo nel quale il rilievo estrinseco e formale di centro di competenze (anche meramente strumentali) non riesce a dissimulare in modo completo la posizione cruciale che occupa tra lo svolgersi del potere e l’impatto sociale del medesimo : il che equivale a riconoscere al pubblico dipendente il ruolo di interlocutore della doppia fiducia dei governanti e dei governati.

Tutto ciò, a ben guardare, potrebbe risultare già sufficiente per delineare in modo chiaro e puntuale la valenza politica: essa può consistere, perciò, nel risaltare la “posizione”(16) del lavoratore pubblico nel

gioco(17) dell'amministrazione.

In un tale quadro di riferimento la flessibilità organizzativa acquista una rilevante pregnanza per decodificare, specialmente in presenza di crisi, il comportamento dei pubblici dipendenti e, come proposto dal Dipartimento per la funzione pubblica attraverso il "Codice di condotta"(18), per evidenziare come l'appiattimento sulla natura disciplinare o al massimo mista(19), potrebbe vanificare la ghiotta opportunità di affrontare, proprio in tale occasione, una tematica(20) ben più generale e con più affinate (proprio dalla prospettiva della privatizzazione) sensibilità in un quadro rivisitato del lavoro pubblico.

La constatazione della identità del contenuto materiale con il lavoro privato finisce con il risultare di una ovvietà che, se a prima vista si propone quasi disarmante, ad un esame neanche troppo approfondito diventa addirittura fuorviante(21).

Ma, pur rimanendo nell'ambito del contenuto materiale del lavoro pubblico, va subito appuntata l'attenzione sul fattore "tempo" : troppo trascurato nella disamina del rapporto pubblico e, soprattutto, non apprezzato compiutamente nelle sue tanto variegate implicazioni(22).

Esso, viceversa, potrebbe consentire di esplorare più approfonditamente la piena valenza del lavoro pubblico a cominciare proprio da quella "politica"(23).

Tale fattore, pur essenziale per la storia del singolo uomo, assume indubbi e precisi connotati per le "strutture" in genere, proprio per l'immediato collegamento con fini esistenziali diversificati (quanto agli agenti) e più complessi (in riferimento alla comunità dei consociati).

La particolare qualificazione "a tempo indeterminato" è stata in dottrina(24) sottoposta ad una penetrante critica, una volta posta in evidenza la conseguente differenziazione(25), non essendo connaturale al rapporto di impiego in generale la previsione di un termine(26), salvo l'obbligo del preavviso in caso di licenziamento, posto a tutela del lavoratore(27).

La ragione di tale connotato può essere rinvenuta nella rilevanza generale che riveste la finalità ultima del lavoro sia colta lungo la dorsale dell'interesse generale alla produzione sia di quella più propriamente pubblicistica collegata alla indefettibilità(28) della funzione amministrativa in particolare : difatti nello stesso connotato si rileva di palmare evidenza la connessione con il raggiungimento degli obiettivi dell'apparato dei pubblici poteri.

Tale collegamento finalistico obbliga, per così dire, a riesaminare l'elemento contenutistico che, anche sul piano estrinseco e formale, evidenzia la peculiarità del lavoro pubblico e cioè la natura *lato sensu* provvedimentale(29) - perchè, comunque, in ogni caso riconducibile alla emissione di un provvedimento - dell'attività dei pubblici apparati.

L'aspetto formale predeterminato dalla norma ed il contenuto materiale pur sempre ad esso collegato risultano in netta antitesi alla "libertà" che deve caratterizzare l'iniziativa economica dei privati.

Tanto può servire alla distinzione tra pubblico e privato : assegnando a questo lo spazio della libertà intesa come quadro finalistico(30) nel quale va normalmente ad inserirsi il lavoro privato(31) ed a quello l'approntamento strutturale per salvaguardare e promuovere nella società le condizioni di permanenza e di continuo sviluppo della libertà.

Ma vi è di più : la logica economica, che risulta essere carattere unico(32) ed esclusivo(33) del lavoro privato, indubbiamente può rivestire solamente quello di un mero " **criterio** "(34) di valutazione e di controllo dell' attività amministrativa (ex art. 1 della L. 241/90) in concorrenza con altri(35) e sempre subordinato al raggiungimento delle finalità poste dalla specifica normativa nel quadro dell' ordinamento complessivo(36).

Difatti proprio ed esclusivamente dal provvedimento è consentito risalire al tipo di "lavoratore"(37) e solo e sempre *sub specie* dell' accertamento della legittimità con eventuali ulteriori risvolti rispetto alla responsabilità : questo stabilisce, per così dire, una scala nella graduazione(38) dei valori(39) ai quali in concreto parametrare il controllo sul comportamento dei "lavoratori pubblici".

In siffatta scala l'anello debole era da sempre rappresentato dalla valutazione interna del comportamento del pubblico impiegato, sospesa tra una improbabile e non sempre efficace esplicazione del potere disciplinare, costruito come prodotto di una reativa "supremazia speciale"(40) non meglio identificata, e la pedissequa irrorazione di sanzioni (e, particolarmente, quelle più gravi) collegate a pronunce del giudice penale, chiamato in ogni caso ad applicare norme dettate ed

ispirate ad esigenze dell'ordinamento generale, con il risultato di registrare la difficoltosa percepibilità delle esigenze più peculiari degli "attori organizzativi" (sia della P.A. e del dipendente pubblico da una parte e sia della comunità destinataria dall'altra).

In altri termini nel *continuum* "eccesso di potere - sanzioni disciplinari - evidenziazione di fattispecie criminose" l'elemento centrale assumeva un ruolo decisamente recessivo (se non proprio sintomatico di impotenza), quando non addirittura ondivago od indecifrabile (d/all' esterno, con conseguenze ovviamente negative sull' immagine della struttura/istituzione.

Si spalanca, perciò, una prospettiva d'indagine carica di grande interesse : sperimentare, cioè, la praticabilità di un percorso che consenta di inserire l'intervento ministeriale in tale circuito e, se possibile, nel punto debole appena indicato.

Il codice di comportamento potrebbe segnare, appunto, lo scrimine (o, se si preferisce, la soglia) tra il controllo dell' atto e quello sul comportamento del dipendente ed in definitiva il passaggio dalla illegittimità dell'atto alla illiceità della condotta del pubblico dipendente.

La risposta affermativa può raggiungersi facendo leva sul contenuto del "codice" al fine di coglierne una doppia valenza(41) : infatti, dovrebbe potere, da una parte, costituire la fonte della tipicità delle fattispecie assoggettabili alla responsabilità disciplinare e, dall' altra parte, poter assumere le caratteristiche di una sorta di canone ermeneutico per la valutazione dello specifico amministrativo da parte del giudice ordinario(42).

La presente indagine parte dalla considerazione che la flessibilità possa essere interpretata come una particolare forma di crisi organizzativa e che, perciò, abbisogna di essere decodificata mediante il ricorso alle tecniche approntate dagli appositi studi.

Difatti il tema delle mansioni superiori e quello del mobbing descrivono la direzione (rispettivamente verso l'alto e verso il basso) della torsione che l'elasticità delle strutture riesce ad evidenziare rispetto alle istanze innovative.

Di conseguenza, il problema della flessibilità del lavoro pubblico può essere riguardata come fenomeno esclusivamente organizzativo che attiene alle strutture ed alla loro capacità di raggiungere il fine fissato dalla norma, risolvendosi nella ricerca di uno strumento ordinamentale che consenta alla legge di superare la gessatura delle strutture creata dall'attività organizzativa.

**[A] La vicenda delle mansioni superiori nel pubblico impiego
[come solidificata nella sentenza n.1 del 1996 della Corte
Costituzionale]**

PREMESSA

**§ 1.- Pluralità di letture della sentenza 1/96 della Corte
Costituzionale**

§ 2.- Le motivazioni a quo come riassunte nella sentenza

§ 3.- segue: la selezione delle rimessioni

§ 4.- Il percorso logico-giuridico

§ 5.- Alcuni scenari di solving problems:

a) Il corpus organico del pubblico impiego

b) La normativa di sanatoria

CONCLUSIONI

PREMESSA

Non risulta frequente che in una pronuncia la Corte costituzionale abbia dovuto affrontare tanto scopertamente il tema dell'impiego pubblico in correlazione ad uno scontro tra poteri dissimulato da uno scontro fra fonti-poteri su di un terreno altamente minato quale quello dell'organizzazione (e, rectius, dell'autoorganizzazione) dei poteri pubblici con dirette ed immediate ripercussioni sul rapporto Stato-autonomie locali.

Ancor meno risulta trattato un profilo della legislazione cd. in sanatoria più prossimo, quanto al contenuto concreto, al regime degli atti amministrativi che non a quello delle proposizioni normative, con la conseguenza traumatica di sottrarre alla giurisdizione il giudizio sulla responsabilità - corrispondente ad ogni espressione di potere- mediante il consueto esercizio di inquadramento della fattispecie concreta in quella prevista dalla norma da applicare.

Più in generale si affaccia la necessità di sperimentare *in corpore* l'operatività di nuovi valori (quale la trasparenza) e nuovi criteri (a cominciare dalla economicità) che innervano i vecchi paradigmi (come il buon andamento) senza affrontare a viso aperto lo spettro, accuratamente non nominato neppure, ma, pur tuttavia, sempre incombente, della stabilizzazione di un accettabile rapporto tra il diritto amministrativo e la scienza dell'amministrazione.

La coincidenza dei temi, però, è meno casuale di quanto possa apparire solo che si ponga mente alla cifra di ordine tecnico-politico che evidenzia siffatti temi in punti nevralgici ed altrettanto misteriosi del diritto amministrativo teso, da sempre nei sistemi democratici, a rendere sempre più visibile il potere, sempre al fine di assoggettarlo all'imperativo fondamentale della corrispondenza del potere alla responsabilità (art. 28 Cost.).

In particolare, il dispiegamento dell'organizzazione - che costituisce l'aspetto più epidermico di tale visibilità - tende a ricoprire un ruolo assolutamente strategico in un ordinamento, come il nostro, che, pur assumendo come scopo finale "il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese" (art. 3 Cost.), offre punti di osservazione della materia organizzativa esclusivamente in chiave strumentale senza predeterminare scenari finali dal momento che, in un sistema democratico, l'obiettivo finale non può che essere quello di "una società libera e democratica" che si va affermando attraverso l'adozione, nei Paesi di cultura occidentale, della cd. Carta dei diritti e delle libertà (a cominciare dalla canadese *Charter of rights and freedoms*).

§1.-Pluralità di letture della sentenza 1/96 della Corte Costituzionale

La sentenza in esame ha dichiarato la illegittimità di una formulazione normativa (art. 3, comma 6 bis) inclusa nella legge per la finanza locale del 1994 (L. 28/10/1994 n. 596) che sanciva la validità ed efficacia dei provvedimenti di trattamento del personale in difformità del d.P.R. n. 347 del 1983 adottati prima del 31 agosto 1993.

Il problema così come affrontato e risolto dalla Corte si presta a molteplici tipi di letture e, segnatamente, in primo luogo quella riflettente i nuovi e particolari rapporti circolanti nell'interno del sistema delle fonti, in relazione ad una materia, il pubblico impiego, che, allo stato attuale, risulta investito da un radicale processo di trasformazione non ancora esaurito; in secondo luogo, il ragionamento della Corte contribuisce, pur con qualche dubbio, a mettere a fuoco un atteggiamento più avvertito del giudice costituzionale rispetto ad un tipo di legislazione (cd. "leggi di sanatoria") con rilevante originalità di caratteri; ed, infine, il giudice delle leggi lambisce in modo estremamente significativo anche il piano dei rapporti dello Stato con le autonomie locali, colti anch'essi in una fase altrettanto calda e di transizione dopo la entrata in vigore del nuovo ordinamento delle autonomie locali (L.142/1990).

Sul piano delle fonti, la questione esaminata, come posto subito in risalto dal contributo della dottrina⁽⁴³⁾, incrocia con molto vigore il problema della "*interferenza della norma legislativa in un settore delegificato, verificandosi una delle ipotesi di inevitabile e frequente integrazione e/o contraddizione fra i diversi livelli normativi*".

In tale ottica il problema assume particolare evidenza data la natura della legge (cd. Misure urgenti per la finanza locale) che introduce, altresì, la necessità di una approfondita verifica della utilizzabilità di un tale schema ai fini dell'attuazione dell'art. 119 Cost., in tema di armonizzazione della finanza locale con quella statale.

Per quanto attiene al secondo ordine di problemi, va subito avvertito che l'esigenza definitoria presenta uno spessore notevole e, a quanto sembra, di indubbia originalità perchè propone la ricerca della individuazione dei tratti caratterizzanti la legislazione cd. di sanatoria⁽⁴⁴⁾, la cui utilizzabilità rischia di travalicare i limiti di una portata particolare in un sistema di rapporti tra norme sempre più complesso.

Infatti sembra prioritario, per questo ordine di problemi, l'esame della portata di siffatta locuzione⁽⁴⁵⁾ sia in riferimento al procedimento legislativo sia al principio generale del diritto amministrativo, senza rinunciare a sperimentare l'utilità della analisi di tipo differenziale degli effetti nei due diversi campi.

Infine, a complicare il quadro, l'impatto violento con due profili

dilemmatici collegati al principio autonomistico: quello del rapporto Stato- Regioni- Enti locali e quello, ancora di contesa -anche se non apertamente contestata- attribuzione, riferibile al sempre più decisivo potere di (auto)organizzazione, divenuto determinante per l'economicità dell'attività di tutte le persone giuridiche pubbliche.

A valle di tali letture sono facilmente visibili i resti (ivi compresi, purtroppo, anche i più preoccupanti fantasmi delle omissioni) che la sentenza lascia dietro di sé, senza una apparente immediata soluzione, ma che, pur tuttavia, ne sono investite di riflesso.

Innanzitutto, proprio sul piano contenutistico rimane insoluto il problema della organicità della disciplina del pubblico impiego, nonché la puntualizzazione di alcuni caratteri dell'organizzazione amministrativa in generale senza dimenticare la nozione stessa di buon andamento ed un primo identikit giurisprudenziale della trasparenza(46).

L'impatto recente nell'ordinamento della disciplina introdotta dalla L. 241 del 1990 ha aperto una problematica prospettiva proprio nella esplicazione dell'attività amministrativa con eslicito riflesso sul comportamento non solo dei soggetti pubblici, bensì anche dei privati (cittadini), con la ulteriore implicazione del diverso ruolo che, ad esempio, "all'interno di un'amministrazione completamente partecipata il principio di buona fede troverebbe così un'ancora più vasta applicazione, anche se questa volta, per così dire, a danno del cittadino"(47)

In particolare sembra utile non solo evidenziare la nuova profilatura di alcuni problemi riconducibili ai profili sopra accennati, ma, sopra tutto, tentare di individuare alcuni scenari problematici che possano illuminare un necessario quanto urgente intervento da parte dei diversi operatori del diritto(48).

§ 2.- Le motivazioni a quo come riassunte nella sentenza

Le ordinanze di rimessione, oltre a determinare le precise coordinate del problema sottoposto all'esame della Corte, offrono, anche se riprodotte in maniera estremamente sintetica e sincopata, lo spaccato del vissuto sociale che risulta coinvolto nei giudizi a quo e la valutazione da parte delle istituzioni di trincea.

Per comodità espositiva, inoltre, sembra opportuno accorpate le motivazioni delle rimessioni da parte dei giudici (amministrativi e contabili) *a quo* secondo la rispettiva e consueta tipologia delle violazioni riscontrate.

[A] - Violazione del principio di uguaglianza.

Costituisce il motivo comune dedotto dai giudici amministrativi di primo grado con diverse sfumature: per quello di Parma(49) risalta il concetto della premialità perversa perchè manca " un motivo ragionevole ed accettato dalla comune coscienza" mentre quello di Catania(50) fa riferimento ad una " legittimità sopravvenuta" al solo scopo di elidere "ogni responsabilità politica e patrimoniale degli amministratori" fondata " su un valore giuridico negativo, far lucrare cioè ad alcuni dipendenti piuttosto che ad altri."

La Corte dei conti - sez. Campania(51) concentra maggiormente la propria attenzione sulla disparità tra amministratori e tra Comuni, rilevando l'impossibilità di consentire un qualsivoglia "privilegio dell'irresponsabilità per atti che sarebbero certamente dannosi per il Comune" e, una volta individuato il fondamento di tale favor in "circostanze del tutto contingenti... e trascurando l'impatto finanziario", qualifica il risultato come "meri, ingiusti favoritismi".

[B] - Violazione dell'imparzialità e buon andamento

Il profilo dell'imparzialità vien colto dal T.A.R.-Parma nella violazione del principio costituzionale dell' accesso mediante concorso, unitamente alla violazione del principio di legalità collegata al premio "a chi abbia disobbedito alle leggi", venendo meno "anche a fini educativi e di certezza nei rapporti".

Fa, invece, riferimento al "buon andamento" la Corte dei conti campana che lo collega in modo organico all'aggravio della situazione economica dell'Ente, a seguito della procurata "alterazione della pianta organica e quindi della struttura burocratica", e, di conseguenza, fa leva sul presupposto che l'art. 97 cost. vada "inteso come limite alla discrezionalità legislativa in

materia di pubblico impiego”.

[C] - Violazione del principio di difesa e giustiziabilità

E' il T.A.R. siciliano a preoccuparsi di tali profili enucleando uno sviamento della funzione del legislatore perchè “dà agli atti illegittimi - definiti validi ed efficaci- una qualificazione definitiva, sottraendoli a qualsiasi controllo ” anche per quelli eventualmente *in itinere*, e tutto ciò, come viene puntigliosamente rimarcato, “ ad onta della giurisprudenza amministrativa < fermissima> nell'affermare l'irrelevanza giuridica delle mansioni superiori svolte di fatto”.

Siffatto comportamento risalta vieppiù per lo “svuotamento della tutela della posizione giuridica dei soggetti destinatari degli effetti negativi(52) degli atti”.

A tutto ciò la Corte dei conti campana aggiunge la originale considerazione della conseguente inibizione dello “ strumento dell'autotutela” degli Enti locali.

[D] - Violazione di una normativa organica

Da parte sua il supremo consesso amministrativo(53) fa leva sul rilievo secondo il quale il d.P.R. n. 347/83 “ rappresenta uno strumento per attuare un razionale assetto del personale, onde una norma come quella impugnata che dichiara di rinunciare all'assetto dato da una normativa organica senza sostituirla con un diverso si pone in contrasto con gli artt. 97 e 98,1° comma della Costituzione”.

Il principio della “ unica legge comune ” va fatto risalire alla enunciazione dell'art. 70 Cost. la quale, “attribuendo alle Camere il potere legislativo implichi una concezione dello Stato di diritto caratterizzato dal principio...sì che i singoli provvedimenti debbono conformarsi alle regole previste in via generale dalla legge, la quale definisce l'organizzazione degli uffici e lo *status* degli impiegati”.

Conseguentemente, “ la legge, insomma, come non può usurpare la sfera delle decisioni specifiche delle varie autorità, così non può legittimare l'**arbitrio**, onde è l'essenza stessa dello Stato di diritto a dirsi violata allorchè la legge consente alle P.A. di regolare il rapporto d'impiego a piacimento, ovvero quando, dopo aver posto una regola generale sull'ordinamento gerarchico ed economico degli impiegati, essa sancisce poi l'irrelevanza di tale regola”.

Sul punto, il T.A.R. siciliano incalza vieppiù, sia censurando, in ultima analisi, l'aver consentito “alla P.A. datrice di lavoro la fattuale discrezionalità d'attribuire ai propri dipendenti la qualifica funzionale che più le aggrada, anche contro la propria pianta organica ed in contraddizione quindi con le proprie scelte organizzative” sia tentando di proporre un modulo di valutazione della trasparenza quando si occupa dell'esame del comportamento concretamente posto in essere e, cioè, “secondo schemi tutt'altro che trasparenti (in quanto non conoscibili a priori e non verificabili ex post)”.

[E] - Violazione del principio di autonomia locale

Il motivo viene eccepito dal giudice contabile campano, in base alla rilevata compressione dell'autonomia locale dal momento che la norma impugnata appare “non limitata a fissare principi generali o a fornire indicazioni operative, ma volta a regolare il comportamento degli enti locali o addirittura ad imporre alterazioni nelle strutture o nel funzionamento, non motivate da esigenze di coordinamento collegabili (come ad es. quelle finanziarie) alla vita della comunità nazionale”.

§ 3.- segue: la selezione delle rimessioni

L'analisi del rapporto tra le argomentazioni delle rimessioni ed il concreto recepimento nell'articolato percorso formativo della sentenza consente di registrare sia la valenza e la suggestione del materiale afferente sia il risultato sul convincimento del giudice.

Vanno registrate subito due evidenze: da una parte il recepimento della totalità delle argomentazioni - seppure formalmente depurate dalle “coloriture” di sapore e linguaggio ‘politichese’(54) [ed in particolare quelle di carattere particolarmente e decisamente “sanguigno” del T.A.R. Catania]- e, dall'altra, la mancanza di uno spunto originale ed innovatore, come risposta alla assoluta originalità che la profilatura delle rimessioni(55) prospettava anche con un certo grado di drammaticità.

Sul primo aspetto va riconosciuto alla Corte di aver saputo resistere alla sirena demagogica, attraverso la ricerca di un linguaggio il più possibile immune da contaminazioni lessicali non tecnico-giuridiche, anche se il pericolo avvertito avrebbe potuto indurre la stessa a ricostruire un percorso di respiro e spessore più generale, isolando problemi più impegnativi o proponendo soluzioni dogmatiche più vicine ai valori che non alle peculiarità delle cd. 'discipline organiche'(56).

Come noto, nei momenti di crisi delle istituzioni o del diritto la dottrina ha sempre tentato di rifugiarsi nei problemi che sembrano più astratti o addirittura nelle speculazioni sul diritto naturale(57), additando la via anche alla giurisprudenza per disancorarla dalle secche/trappole costituite dalle questioni troppo arroventate dalle passioni introdotte dalla componente politica.

Sul punto, infatti, non mancavano parecchi idonei segnalatori nelle ordinanze di rimessioni, che dalla trincea di periferia disegnavano il violento scenario di un vero e proprio combattimento che si andava svolgendo intorno alla norma contestata.

Difatti, aveva dato il via il riferimento, colto ma non altrettanto approfondito operato dal supremo consesso amministrativo(58), alla peculiare tenuta di una disciplina che veniva classificata come 'organica' del pubblico impiego, pur guardandosi bene dall'affrontare qualche originale problema, tra i quali, ad esempio, quello del rapporto nella materia delegificata(59) tra competenza residuale in capo al delegante/legislatore e limiti del potere del delegato/Governo, nonché l'apporto riferibile in modo particolare al "potere forte" dei sindacati(60) dei lavoratori.

In secondo luogo, il richiamo "vibrante", se non addirittura allarmato, del T.A.R. Catania alla "giurisprudenza amministrativa < *fermissima* >", quasi a voler calamitare in un modo *fortissimo* l'attenzione della Corte costituzionale su di un possibile 'crimen lesae majestatis'(61).

Ed, infine, il richiamo quasi peregrino, se non addirittura solo liturgico, ai problemi esclusivamente "organizzativi" (però risolvendosi, beffardamente come un "*in cauda venenum*") in un contesto nel quale il profilo oggettivo della questione o non sembra esistere affatto o si può ben risolvere nell'aver "dato prestigio a pratiche del più vieto e deteriore clientelismo"(con riferimento agli impiegati destinatari, non escluso quello, alquanto patetico, ai "pretermessi") e nell'aver concesso "il privilegio dell'irresponsabilità" che, però, la Corte sfuma, preferendo riferirsi alla "situazione svantaggiata" degli amministratori ortodossi..

Probabilmente il riscontro oggettivo più coerente ed armonico è il riferimento alle conseguenze finanziarie: ma non in termini di utilizzabilità della legge di riordino della finanza locale o dell' *uso strumentale della discrezionalità organizzativa* (62), quanto in riferimento al solo dato materiale della rilevazione di retribuzioni maggiorate senza la previsione in bilancio, a parte i casi " di quegli Enti che, rigettando le pretese dei dipendenti ovvero conformandosi alle decisioni giudiziali o degli organi tutori, non avevano effettuato stanziamenti a riguardo"(63).

Il dato conclusivo risulta, perciò, scontato ed assiomatico perchè la norma presa in esame " si palesa in tal modo come una negazione, non solo del buon andamento ma anche di una razionale e coerente attività di amministrazione: e non può certo superare quello scrutinio < particolarmente rigoroso > che questa Corte richiede in materia".

§ 4.- Il percorso logico-giuridico

La descrizione analitica delle argomentazioni nel dispositivo, poichè consente di tenere ben presenti le considerazioni e, perchè no, anche le particolari emozioni che sono riversate attraverso le ordinanze di remissione, risulta particolarmente utile per intuire lo stato di magmatica fibrillazione nella quale si ritrova, al momento, la rete ordinamentale nella materia sottoposta all'esame del giudice delle leggi.

Infatti, preliminarmente, la Corte nella ricognizione del quadro normativo non batte ciglio sia nel ritenere il d.P.R. 347/83 come "una veste normativa all'accordo raggiunto tra le parti sociali per il personale dipendente degli enti locali" che nell'ammettere l'avvenuto intervento di "ulteriori e più rigorosi interventi di razionalizzazione da parte del legislatore": il tutto, tiene a sottolineare, finalizzato essenzialmente alla creazione di " una serie di principi fondamentali in tema di accesso, inquadramento e progressione di carriera ".

L'impugnata normativa viene presentata come connotata da una scandalosa insufficienza originaria: difatti il rilievo della "(brevisima)(64) discussione" diventa una circostanza a conferma della

considerazione secondo la quale il legislatore non abbia “valutate a pieno la portata e le conseguenze” della norma stessa.

Il riscontro, poi, viene rinvenuto in una particolarmente rigorosa ricostruzione della genesi della norma, attraverso una attenta lettura degli atti parlamentari in un crescendo che parte dal rilievo di “generiche dichiarazioni circa l'intento di sanare”, continua con il turbamento conseguente alla *machinatio* con la quale “l'assegnazione della qualifica superiore connessa alle mansioni svolte viene presentata come un atto di giustizia sostanziale”, turbamento aggravato da “richiami all'esigenza di evitare il protrarsi del contenzioso giudiziario” per culminare nella sensazionale scoperta della “incauta asserzione che la norma approvanda non avrebbe comportato oneri finanziari”(65).

E proprio tale scoperta a far centrare appieno gli effetti: “l'ampiezza della disposizione appare estesissima, realizzando essa una sorta di sanatoria in bianco” mediante la innumere pletora di provvedimenti illegittimi collidenti fino al punto vanificare il sistema del d.P.R. 347/83, un sistema armonico volto “ad assicurare una razionale organizzazione degli uffici”.

La Corte si proietta immediatamente *in medias res* con le idee chiare e ferme sul nocciolo del *thema decidendi*: una volta qualificata la norma come di sanatoria non basta che applicare il modellino già confezionato per tale ‘taglia’ di leggi.

Difatti la Corte spiega che “proprio in tema di leggi di sanatoria si è valutato la *ratio* stessa della sanatoria comparandola ad altri valori in gioco, spesso col risultato di far ritenere che il medesimo principio di buon andamento giustificasse la normativa di sanatoria e che, anzi, questa costituisse applicazione di quello, giacchè faceva salve esigenze di garanzia del servizio ovvero consolidava posizioni acquisite e risalenti nel tempo”.

Raggiunto il cuore del problema, la Corte procede molto speditamente con il richiamo del “sistema dei precedenti” che riassume fondato sul “criterio fondamentale del perseguimento del pubblico interesse” e, nella comparazione con la norma dedotta, con il rilievo dell'impatto estremamente traumatico: “come è invece clamorosamente accaduto nella specie, dove il legislatore, prescindendo dalla cura del pubblico interesse, ha inserito nel sistema un precetto in piena collisione con i principi che regolano la materia”.

Inquadrata la scenografia complessiva, la Corte si occupa del risultato dello scrutinio con una diagnosi inappellabile: “la previsione appare viziata da una indeterminatezza tale da non consentire di distinguere... così da precludere la ricerca di una qualsiasi *ratio* che non sia quella della sanatoria per se stessa” e prosegue amaramente rilevando che “il solo elemento richiesto per l'applicabilità della sanatoria, a parte i requisiti dell'ente o quelli temporali, risiede invero nella contrarietà degli atti alla legge”.

L'esito dell'intervento giudiziale, alla fine, non può che essere dichiarativo della illegittimità costituzionale in quanto “la norma si palesa in tal modo come una negazione non solo del **buon andamento** ma anche di una **razionale e coerente attività di amministrazione**”.

§ 5.- Alcuni scenari di solving problems

La relativa semplicità del percorso seguito per pervenire alla decisione come appena ricostruito non deve trarre in inganno, ma esige il disseppellimento dei gravi problemi che la questione, come rimessa dalle ordinanze, investiva nemmeno tanto indirettamente.

Tra questi sembra opportuno esaminare più da vicino lo scontro tra poteri e fonti/poteri in riferimento alla titolarità del potere di organizzazione che attiene al profilo soggettivo della disciplina del pubblico impiego e l'esame della cd. sanatoria in riferimento alla nozione di buon andamento ed a quella di trasparenza che invece fanno riferimento al profilo oggettivo ed in particolare alla qualità dell'azione e del comportamento dei pubblici poteri.

[a] Il corpus organico del pubblico impiego

Il nocciolo duro della decisione è costituito proprio dall'assunto, importato dalla rimessione del Consiglio di Stato, circa la natura di “assetto”, ossia di un *corpus* organico, conferito al d.P.R. più volte citato, la cui alterazione aoristica, puntuale ed estemporanea effettuata dalla norma in esame giunge a colpire addirittura l'essenza dello Stato di diritto.

La Corte, pur seguendo la prospettazione del giudice *a quo*, non può,

però, fare a meno di completare il quadro normativo -ovviamente con intento rafforzativo- con il riferire degli ulteriori interventi del legislatore.

Siffatti interventi si sarebbero, dunque, dovuti muovere lungo la prospettiva della razionalizzazione, ossia o correggendo eventuali patologie e distorsioni rilevati nella concreta applicazione o sviluppando elementi innovatori, disegnando una parabola evolutiva che nell'arco di dieci anni avrebbe consentito di maturare una filosofia quasi totalmente opposta a quella di partenza- almeno tendenzialmente- come consacrata nel decreto legislativo n. 29 del 1993.

La stessa Corte, pur riconoscendo che, comunque, proprio grazie a tali correttivi ed aggiustamenti, è possibile sostenere l'esistenza di un adeguato pacchetto omogeneo e sistematico di principi nella materia in esame, non si sofferma ad approfondire la rete dei rapporti esistenti tra siffatte norme chiamate tutte ad incidere in modo diretto sull'assetto strutturale, ma sempre ed esclusivamente in funzione della materiale cura dell'interesse pubblico(66).

Ma, va sottolineato, la cennata rivoluzione copernicana nel pubblico impiego non poteva dispiegarsi senza l'indefettibile intervento del legislatore, in quanto unico organo competente e sensibile al contemperamento delle esigenze sia della struttura centrale che delle amministrazioni (che sono formate anche dagli amministratori eletti alle cariche di rappresentanza) periferiche (ancora autonome)(67).

Sul piano del contenuto, va pure soggiunto, gli interventi sulle strutture chiamate a raggiungere concretamente gli obiettivi (la cura dell'interesse pubblico) possono necessitare di modifiche *in corso d'opera*; anzi, normalmente esse non godono della tranquillità(68) (che è, altresì, un sano e proficuo distacco) rispetto allo scontro (o anche il semplice dinamismo naturale) degli interessi in gioco di cui, invece, è normalmente dotato il potere legislativo con gli specifici (attraverso i regolamenti delle rispettive Assemblee) meccanismi di decantazione.

Dal momento che, come è stato notato, la complessità organizzativa, che sembra attualmente caratterizzare lo Stato, "diviene modulo di interpretazione del sociale"(69), potrebbe risultare non fuori logica immaginare(70) che durante la cennata rivoluzione organizzativa possano essersi verificate delle situazioni di emergenza derivate dalla incongruità degli assetti delle risorse umane esistenti rispetto ai nuovi compiti che si andavano proponendo alle strutture periferiche.

Ebbene, proprio in riferimento a tali situazioni, prima l'intervento del giudice contabile e, poi, la conseguente (pedissequa) manifestazione deliberativa dei singoli enti locali avevano esaurito gli ordinari meccanismi di risposta (rectius, autotutela) per una correzione dall'interno delle strutture o, comunque, risultavano addirittura impraticabili a causa dello sfioramento di bilancio.

Si trattava di situazioni ben individuabili attraverso le liti (in prevalenza, di natura contabile) pendenti (o, addirittura, divenute regiudicata), di fronte alle quali l'amministratore locale aveva resistito opponendo uno stato di assoluta necessità ovviamente per il buon andamento (raggiungimento del fine) della struttura da lui amministrata.

Non sembra che un siffatto scenario sia stato, quantomeno, escluso in maniera motivata dai giudici *a quo*: ma, in ogni caso, non risulta per nulla rintracciabile tra le preoccupazioni del giudice costituzionale.

Ma vi è di più: il legislatore, che sta sperimentando le trasformazioni ed il cambiamento potrebbe avere avvertito la necessità di una messa a punto rispetto alle situazioni di emergenza, per le quali non disponeva di meccanismi risolutivi in chiave alternativa rispetto alla cd. Sanatoria(71) o, quantomeno, ad un qualsiasi altro strumento in grado di consentire il raggiungimento dell'effetto di stabilizzare tali situazioni.

Il meccanismo utilizzato, d'altra parte, risulta già collaudato(72) in altre situazioni: difatti lo schema offerto dalla sanatoria consente, contemporaneamente, sia la chiusura delle pratiche già verificate nel passato accompagnata dalla garanzia di un apposito procedimento amministrativo e sia l'inasprimento della reazione sanzionatoria per quanto riguarda il futuro.

Senonchè il contenuto oggettivo del problema affrontato dalla normativa in esame presenta una combinazione di interessi connotata da uno stato di notevole originalità e diversità nell'equilibrio tra i poteri in gioco.

Difatti, l'utilizzazione di un tale meccanismo si presenta più complicato dal momento che, per effetto della legge n. 93 del 1983, il rapporto, già precario(73), tra legislativo ed esecutivo circa il potere di organizzazione, risultava profondamente alterato dalla entrata di un nuovo soggetto (sempre più) istituzionale: la forza sociale dei sindacati.

La trilateralità(74) sembra proprio costituire la prima e più significativa risposta alla crisi che negli anni sessanta sembrava avere traumaticamente e pervasivamente vulnerato il rapporto tra lo Stato-ordinamento e la comunità, probabilmente anche a causa delle inaccettabili e flagranti inadempienze che il legislatore ordinario aveva accumulato soprattutto rispetto al completamento del disegno costituzionale in tutta la sua armonica costruzione.

Ma, a ben guardare, proprio la riforma del T.U. sugli impiegati civili (operata dal d.P.R. 10/1/1957 n. 3) aveva già dimostrato l'assoluta inconciliabilità di interventi settoriali e, in definitiva, di tipo frammentario con l'esigenza di una approfondita revisione di tutta la rete ordinamentale e strutturale dell'apparato esistente al fine di renderlo più funzionale al disegno costituzionale(75).

Di difficile percezione risultava proprio il reale apporto dell'intervento sindacale che, in modo carsico(76), andava imponendo se non proprio la ricerca di una nuova identità(77) quantomeno quella di una diversa composizione degli equilibri nell'ambito del sistema dei poteri in gioco.

La stessa Corte costituzionale non tenta neppure di avventurarsi in una doverosa quanto necessaria analisi del fenomeno, preferendo rifugiarsi nell'adozione dello strumento (formale) repressivo, senza occuparsi di almeno descrivere gli esatti termini dello scontro; perchè, a dire il vero, si tratta di un vero e proprio scontro tra poteri che esorbita quello "di teatro" (o, come altrimenti si chiama, di rappresentazione).

Difatti al di sotto della schermaglia tra poteri formali che si materializza visibilmente (come instaurato davanti alla Corte) si agita un durissimo scontro, meno palpabile, condotto da un potere sociale ed economico poco (o, nulla (78)) formalizzato, quale quello dei sindacati che sposta la tenzone da quello meramente istituzionale al terreno politico-economico e sociale(79) del sistema vigente nel Paese.

[b] La normativa di sanatoria

Quanto al contenuto specifico della sanatoria(80), la Corte si limita a sondare il limite della *premieria* (81) sul quale, seguendo ciascuno la propria ottica(82), la trascinano soprattutto i giudici contabili: difatti esso non può che riferirsi unicamente alla cura del pubblico interesse.

L'istituto della sanatoria nel diritto amministrativo si fa, notoriamente, rientrare nell'ambito del potere di autotutela, cioè di quella particolare signoria connessa alla cura dell'interesse pubblico o, come altri preferisce, al raggiungimento dell'obiettivo posto all'amministrazione.

Difatti essa viene intimamente correlata da una parte alla discrezionalità(83) e dall'altro al merito amministrativo(84) che ne costituiscono, altresì, le coordinate organizzative(85), non limitate alla definizione dimensionale (la cd. competenza) ma comprensive anche delle descrizioni qualitative.

Ma a ben guardare essa può essere utilmente considerata come la più eccentrica espressione giuridicizzabile di tutte le ineludibili e specifiche esigenze poste sul piano "tecnico" dalle strutture(86).

Non a caso il riferimento testuale, come tranquillamente ammesso dalla Corte, è al buon andamento(87) che connota un valore non esclusivamente giuridico perchè attento, come risulta essere, al concreto perseguimento dell'obiettivo(88) ed ancorato al sistema giuridico (a mezzo e) unitamente all'imparzialità(89).

La stessa Corte, riconoscendo la già collaudata validità del buon andamento come *tertium comparationis* specialmente nell'esame di legittimità delle norme in materia di organizzazione, non si preoccupa di approfondire la natura o la reale portata dello stesso come canone ermeneutica(90) utilizzato sì per lo scrutinio di norme sull'organizzazione ma non per questo utilizzabile, tout court, per l'esame di sola legittimità degli atti-fonte (o oggetto) della norma di sanatoria.

Difatti il dato quantitativo che la Corte assume a parametro fondante il suo intervento (che stima in "numerosissimi", *sic*!) non può riuscire da solo a modificare la qualità dei provvedimenti amministrativi (e in quanto tali), perciò, legittimamente regolati dalla norma di sanatoria in modo da consentirne l'utilizzabilità in funzione della dichiarazione di incostituzionalità della norma.

Difatti quando, immediatamente dopo, va alla ricerca di un principio testuale, la Corte avverte il peso della fragilità del puro e semplice riferimento al buon andamento e si sente, perciò, costretta a fare ricorso ad un "valore"(91) al quale, in definitiva, poter stabilizzare più fortemente proprio il (solo e debole) criterio costituzionale del buon andamento: la "razionalità e coerenza nell'attività amministrativa".

Della utilizzabilità di tale valore è lecito avanzare più di un dubbio, a cominciare dalla originalità, dal momento che si presenta in modo tutt'altro che differenziato rispetto alle altre normali figure sintomatiche dell'inafferrabile e proteiforme eccesso di potere(92), come nella specie si sarebbe dovuto.

Ma vi è di più: va considerato che siffatto riferimento comporta lo spostamento dell'oggetto del giudizio costituzionale dall'esame della legge di sanatoria a quello sul modo di applicazione della precedente normativa, il che trascende i limiti (ed in definitiva, la responsabilità) del legislatore.

Infine, non si può trascurare che la differente titolarità in capo ai differenti poteri in campo può implicare una differenziazione, altresì, non solo del metro di giudizio, ma anche della sensibilità dello stesso giudice chiamato a giudicare la costituzionalità della legge in riferimento alla esplicazione di una funzione amministrativa.

Nel caso in esame il Parlamento nella qualità di titolare di un effettivo potere "mediatore" (come una sorta di camera di compensazione) degli interessi potrebbe aver esercitato attraverso la produzione legislativa una qualche funzione collegata al profilo del "merito": abbia, cioè, inteso operare una ricomposizione complessiva degli interessi contrastanti in una visione globale ed unitaria dell'interesse nazionale al ripristino della funzionalità delle strutture "vulnerate" dalla presenza di attività posta in essere in presenza (o, addirittura, in dipendenza) di atti illegittimi.

In altri termini, la scelta operata dal legislatore potrebbe, nell'ottica del merito, risultare conseguente ad una valutazione approfondita e comparata del comportamento delle diverse strutture in funzione del raggiungimento dell'interesse pubblico, con esito addirittura sfavorevole nei confronti di quelle che non avevano "osato" porre in essere gli atti illegittimi(93).

E' evidente che un tale tipo di valutazione(94) non avrebbe potuto apportare contributi apprezzabili laddove essa fosse stata appiattita alla stregua di parametri meramente economici (o, peggio, unicamente di carattere ragioneristico-contabile)(95) eludendo proprio il dovuto apprezzamento di/del merito (cioè, del suo collegamento al raggiungimento del fine da parte) dell'azione amministrativa.

Conclusioni

- La fattispecie sottoposta all'esame della Corte era talmente originale da sfuggire anche agli schemi, sperimentati nei paesi di *common law*, caratterizzati dalla notata corrispondenza dell'accoppiata del *suspensive act* con il successivo *indemnity act* che sostanziano, tutto sommato, un procedimento volto a regolare una specifica emergenza soprattutto per ordine pubblico o guerra (non ignota al Santi Romano di *Rivoluzione e diritto nei Frammenti del dizionario giuridico*).

Difatti i lavori parlamentari evidenziano un contrasto tra potere Legislativo ed Esecutivo che esclude sul problema la sussistenza del presupposto della fiducia tra gli stessi assolutamente necessaria nello schema vigente nel sistema parlamentare.

In realtà la consonanza (anche se non di tipo fiduciario) sussiste tra gli organi elettivi locali che hanno violato il corpus normativo e l'assemblea rappresentativa che ha inteso "rendere legale ciò che era illegale" per eliminare, proprio attraverso la legge finanziaria, la responsabilità patrimoniale degli amministratori.

La spiegazione di tale fenomeno potrebbe ricercarsi nel mutato sistema elettorale e nell'oscuramento delle centrali nazionali (partiti e movimenti) chiamati dalla Carta costituzionale a concorrere alla elaborazione (attraverso un processo tendente alla omogeneizzazione) delle valutazioni di ordine politico generale.

Difatti la valutazione di merito che sottende la volontà legislativa potrebbe essere la spia di un collegamento (un nuovo corporativismo?) tra organi elettivi: e, più in particolare, il nuovo sistema, in altri termini, potrebbe tendere a far prevalere le esigenze particolari di ordine comportamentale (in risposta ai cd. *inputs* della società) rispetto alle visioni di tipo complessivo e ordinamentale.

Il fenomeno, avvertito fin dagli anni '50, della amministrativizzazione della legge potrebbe aver esaurito la sua forza espansiva con la conclusione della parabola che, attraverso la polverizzazione della partecipazione, ha portato a maturazione come frutti sostanziosi la trasparenza ed i criteri del comportamento amministrativo delle amministrazioni pubbliche del terzo millennio.

Note

- (1) Professore aggregato di Diritto amministrativo e Scienze dell'amministrazione, Università Federico II
- (2) Art.1 della legge n.241 del 1990
- (3) La flessibilità si propone, in realtà, in modo trasversale, perché riconducibile a tutti e quattro ma con diverso spessore: maggiore per l'economicità e la efficacia rispetto alla pubblicità ed alla trasparenza.
- (4) **BAUM**, *Il decentramento amministrativo come modello e come risultato: una esperienza nordamericana*, in *Amministrare*, 1965, pag.90: la notazione è comune negli studi di scienza dell'amministrazione. Tra gli altri, **MOSHER - CIMMINO**, *Elementi di scienza dell'amministrazione*, Giuffrè 1959 pag.89 e ss; **ETZIONI**, *Sociologia dell'organizzazione*, Bologna 1967 pag. 191 e ss.. Per la dottrina italiana, già **DI BERNARDO**, *La pubblica amministrazione e la sociologia*, Torino 1888, secondo il quale " la Pubblica Amministrazione rispecchia il grado di sviluppo della società, perché vive nella società e per la società. Non è possibile farsi un'idea della P.A. di un Paese senza comprenderne le condizioni intellettive, politiche e civili, tra le quali si è formata e fuori delle quali non potrebbe sussistere"(pag. 422).
- (5) **V. Bersezio**, *Le miserie di Monssù Travet*, Torino 1863 ora in Teatro italiano, Laterza, Bari 1945 pag. 155- 290
- (6) Come nel gustoso lavoro di **G. OLIVIERO**, *Il Travet perduto*, Napoli 1994 il quale invita a registrare, preliminarmente, il doppio significato di " **perduto** ": in quello di *smarrimento*, ossia l'incapacità di orientarsi del dipendente pubblico nell'attuale fase di transizione ed in quello di " *perdita delle condizioni di arretratezza e di frustrazione*".
- (7) Basti pensare a quanto è accaduto con la stabilizzazione di rapporti nati a tempo (assunzioni *ex lege* n. 285 e quelle operate dalle strutture create per fronteggiare l'emergenza terremoto) e con il sostanziale rifiuto dei rapporti part time, mentre si andava predicando con sempre maggiore insistenza l'affidabilità di una " *amministrazione per progetti*" mentre in opposta direzione sembra marciare la giurisprudenza civile che ha ritenuto ammissibile il pagamento degli onorari agli ingegneri condizionati al finanziamento dell'opera e l'obbligatorietà per l'ingegnere di conformarsi alle prescrizioni dell'ente committente (e degli organi che esercitano un controllo sullo stesso) : in tali sensi la II sezione della Suprema Corte, con sentenza n. 2540 del 21 marzo 1997 (Pres. Patierno e rel. Elefante).
- (8) Il problema del lavoro e la sua differenziazione tra pubblico e privato è, con ogni probabilità, destinato ad affascinare per molto tempo ancora (almeno fino a quando il diritto sarà annoverato tra le scienze umane e sociali) l'orizzonte degli interessi della dottrina e non solo [basti riandare alle vicende degli inizi del XX° secolo: la nascita del socialismo e la crisi dello Stato (liberale)di diritto].
- Le due tendenze, quella giuslavoristica che ritiene prevalente il profilo materiale della prestazione di lavoro subordinato e quella amministrativistica che ritiene prevalente il rapporto organico e, cioè, il profilo soggettivo dell'appartenenza alla P.A., colgono, a ben guardare, due verità : quello che varia è la prospettiva, o, meglio, l'orizzonte nel quale si immerge il tipo di speculazione.
- In ogni caso entrambe sono necessarie al progresso scientifico dal momento che la scienza, come ci ha magistralmente insegnato il **VICO**, procede agendo e reagendo, tra conservazione e trasformazione in un processo continuo, parallelo al progredire della storia dell'uomo, che costituisce la risultante di tante scelte dei diversi cultori e scienziati.
- Il legislatore, si sa, non fa scienza, ma, risolvendo problemi pratici [**Jhering**], senza alcun dubbio, quanto meno, produce materia oggetto di scienza.
- La prospettiva da *status a forma* potrebbe, se non risolvere, almeno comporre, in armonica complementarietà i contributi della diverse tendenze sulla base del comune riconoscimento della **storicità** del diritto e dei suoi valori fondamentali, tra i quali il lavoro si iscrive con forza, anche prescindendo dal riconoscimento costituzionale (art.1 Cost. : il lavoro come **fondamento** della repubblica)
- (9) Già presente nel diritto privato attraverso la distinzione tra **titolarità** ed **esercizio** delle concrete situazioni giuridiche di vantaggio : nel diritto pubblico si rispecchia nella coppia concettuale **autonomia** ed **autarchia**.

(10) Il tema imposto all'attenzione da **BOBBIO**, *La democrazia ed il potere invisibile*, in Riv. it. di Scienza politica, 1980 n. 2 pag. 181 e ss. è stato autorevolmente accolto da **BARILE**, *Democrazia e segreto* in Quaderni costituzionali, 1987 n. 1, pag. 29 e ss. : ad esso ha dedicato un intero numero monografico il **Centro studi e iniziative per la riforma dello stato**, *Il segreto di Stato*, Supplemento al numero 5-6, settembre-dicembre 1990.

Il richiamo in questa sede risulta funzionale al riconoscimento del ruolo di effettivo snodo che *nei sistemi democratici* (ed a maggior ragione in quelli a **sovranità popolare**) viene ad assumere il problema della visibilità del potere, dal momento che condiziona tutte le libertà il cui esercizio richiede preliminarmente la conoscenza dell'esercizio del potere in concreto.

(11) "Postochè l'autorità del pubblico magistrato è una emanazione legittima della sovranità, e l'esercizio della medesima considerarsi deve come l'azione stessa del governo spiegata col mezzo della persona da lui delegata, sempre però soggetta alle leggi, ne nasce la conseguenza che il detto magistrato o funzionario sostiene tre relazioni contemporanee : verso il sovrano....verso gli amministrati...verso ogni altro funzionario...", così in *Principj fondamentali di diritto amministrativo onde tessere le istituzioni*, III ed. Prato 1935, Libro I, capo II §. 8 pag. 9 : laddove la vera novità consiste nell'appuntare l'attenzione sull'ultima relazione che, a sua volta, fa intravedere non solo una complessità quantitativa ma pone in risalto la necessità di sondare l'elemento strutturale come un insieme, o, come si usa dire oggi, un *sistema complesso*.

(12) Derivato diretto e consequenziale dell'impostazione illuministica fondata sulla contrapposizione della libertà di ogni singolo alla forza legittima (perché risultante delle libertà dei singoli fuse nel **patto sociale**) dello Stato.

(13) In dottrina, di fronte soprattutto al fenomeno emergente del diritto comunitario, si va attualmente facendo strada, da una parte il ricorso ai cd. modelli strategici dalla struttura complessa perché " sono dei modelli giuridici interni al diritto-società, la cui funzione principale consiste nell'utilizzare l'identità del diritto per sviluppare criteri idonei a trasformarlo" così **TEUBNER**, *Il trilemma regolativo. A proposito della polemica sui modelli giuridici post-strumentali*, in *Politica del diritto* n. 1 marzo 1987 pag. 85 e ss. e, dall'altro, la necessità di una approfondita (ri)meditazione delle posizioni soggettive, come prospetta acutamente **BIAGINI**, *Dalle posizioni soggettive unidimensionali alle posizioni soggettive tridimensionali*, in *Il cons. di Stato*, 1995, parte II, pag. 373 e ss.

(14) Senza appiattirsi sull'affermazione costituzionale del lavoro come fondamento della Repubblica [che potrebbe aver avuto un effetto boomerang nel contesto del filo della prospettiva in esame], sembra preferibile accostare la tendenza (da cui, in particolare, anche prende le mosse il libro di Oliviero) alla privatizzazione del rapporto di impiego pubblico con l'opposto movimento del periodo fascista (richiamando il ricordo della certamente inquietante vicenda personale e culturale di Bottai allontanato dal Ministero delle Corporazioni all'indomani del 2° Convegno di studi sull'ordinamento corporativo del 5 maggio 1932 a Ferrara) e registrare l'attuale tendenza alla "fuga" verso le autorità indipendenti per avvertire la forza di tale energia sociale considerata sotto l'angolo visuale del "politico".

(15) Già a cominciare dalla contrapposizione tra lavoro operaio e lavoro impiegatizio : sul punto cfr. **BARASSI**, *Il diritto del lavoro*, Milano 1957 pag. 500 e ss. per il quale " questo binomio, che avrebbe la pretesa di esaurire il mondo dei lavoratori subordinati, risponde a un'oscura tendenza della nostra coscienza, che distingue tra chi lavora allo scrittoio e chi lavora presso le macchine".

(16) La rilevanza assunta, a partire dagli anni '50 - immediatamente dopo il (o, proprio a seguito?, del) testo unico del 1957-, sulla scena degli attori politico-sociali (ed il riconoscimento come "forza sociale") dalla sindacalizzazione nel pubblico impiego e dalla pedissequa contrattazione annovera una letteratura sterminata ed una unanimità di consensi addirittura ineguagliabile : tale rilevanza può, tuttavia, acquistare un ulteriore sapore quando venga accompagnato dal ricordo del monito dei rivoluzionari francesi circa la proibizione delle associazioni professionali.

(17) Si deve al **CROZIER**, *Perché il gioco è una metafora più utile*

nella ricerca sull'organizzazione, Pubblicazione del FORMEZ, l'aver messo in luce una siffatta prospettiva nello studio delle organizzazioni e, segnatamente, di quelle pubbliche.

Appare opportuno, a questo punto, insinuare appena il sospetto di poter cogliere una ben più articolata valenza inclusa nel principio costituzionale di cui all'art. 98 Cost., dal momento che il riferimento "al servizio esclusivo della Nazione" non può essere schiacciato tra un contenuto minimale teso a ribadire l'abolizione della schiavitù (lettura in chiave squisitamente politica) ed il divieto dell'interesse privato (peraltro già efficacemente contenuto nelle disposizioni di carattere disciplinare e penale)

(18) Sulle vicende del Codice sarebbe necessaria una compiuta analisi delle risultanze dell'ampio dibattito che il Ministero aveva sollecitato e ricercato attraverso la presentazione della Proposta sia alle stesse Pubbliche amministrazioni, che alle Università ed all'opinione pubblica.

(19) **OLIVIERO**, op.cit. mette particolarmente a fuoco "la scelta di sintetizzare l'approccio etico e quello disciplinare, prevedendo direttive e canoni di comportamento accanto ad obblighi e divieti specifici, e che la opzione per la natura disciplinare non implica rifiuto dell'idea del codice etico" (pag. 79).

(20) A cominciare dal capovolgimento della prospettiva consueta di studio del rapporto di pubblico impiego : l'immagine che il pubblico dipendente si fa del "suo" rapporto e dell'amministrazione potrebbe meglio veicolare l'immagine della struttura presso i consociati con la conseguenza di accrescere le possibilità di "gioco".

(21) In quanto porterebbe a risultati analoghi a quelli derivati dall'isonomia nella democrazia liberale e cioè un cittadino solo astrattamente ugualitario in uno Stato indifferente ed agnostico perché altrettanto astratto: l'uguaglianza degli uomini davanti al lavoro risulterebbe una mera semplificazione del problema senza indagare sui problemi della effettiva crisi e, di conseguenza, senza approntare i rimedi necessari e, soprattutto, adeguati : difatti proprio nei periodi di crisi o, come si usa dire, di transizione (che, nei sistemi democratici risultano fisiologici ed equivalenti) l'intervento attraverso misure strutturali si presenta più complesso e difficoltoso.

(22) La prevedibilità del *part-time* nel lavoro pubblico come elemento più appariscente di flessibilità apre sullo scenario ancora da esplorare della distinzione tra attività politica ed attività burocratica ora assestata sull'equilibrio instabile tra decisione/posizione del fine e conseguente controllo da un lato ed esecuzione dall'altro.

(23) Si trascura, in questa sede, di approfondire la considerazione circa la "sicurezza del posto di lavoro" che va, invece, ricompresa, insieme alla impossibilità di appiattire unicamente come costi sia i salari che gli stipendi del lavoro pubblico, nella valenza politica, della quale già sono state indicate altre manifestazioni *supra* sub nota 5.

La descrizione analitica di tale elemento è efficacemente esposta da **FRANCHINI STAPPO**, *L'organizzazione come struttura di potere*, Padova CEDAM 1982 pag. 77

(24) Sul punto sembra interessante fermare il fotogramma analizzato con estrema acutezza nel momento della transizione verso l'ordine corporativo dal **VENDITTI**, *L'impiego nell'ordine corporativo*, Napoli 1936, proprio per l'analogo delicato momento di transizione che **OLIVIERO** tenta di fermare con la sua opera.

(25) La cui fondamentale importanza è stata anticipata (*sub nota 5*) : difatti va registrato che "Il rapporto di impiego resta nella sua obiettività giuridica *naturalmente* indeterminato, mentre nel rapporto di lavoro in senso stretto, l'ordinamento corporativo corregge tale naturale atteggiamento per assicurare al lavoratore e alla economia una costante aderenza fra i risultati del lavoro e dell'impresa, imponendo al contratto collettivo la determinazione del termine *finale*, all'uopo qualificato elemento essenziale di validità : in guisa che a una continuità di prestazione non corrisponde una immutabilità di condizioni "così, **Venditti**, op. cit. pag. 79.

(26) E, conseguentemente "il sistema giuridico si rifiuta di ammettere come regola un frazionamento meccanico ed artificiale, ravvisando, invece, coerente agli interessi soggettivi di entrambi e a quello oggettivo della economia una disciplina normale del rapporto di impiego idonea a consolidare, fuor dei casi in cui la specialità del rapporto ne giustifichi la scadenza, la naturale continuità di esso" : **Venditti**, op. cit. pag. 80 : si potrebbe, altresì, richiamare l'immagine globalizzante resa

dall'individuazione della “ **iniziativa**” (art. 41 Cost.) che rende in modo plastico la proiezione nel campo dell'economia del principio personalistico a base della nostra Carta costituzionale.

(27) La *ratio* di tale previsione unitamente al “dovere del pagamento della relativa indennità a carico di entrambi i contraenti, con i quali quel diritto è stato legislativamente accompagnato, sta a ribadire la naturale continuità del rapporto”: **Venditti**, op. cit. 81

(28) Tale caratteristica differenzia il potere (di esecuzione e di governo) affidato (o conquistato) alla struttura della P.A. : gli altri poteri abbisognano di *inputs* tipici e nominati (rispettivamente: iniziativa legislativa e citazione/ rinvio a giudizio).

Analogamente per quanto attiene al regime dell'attività, a differenza degli altri poteri, solo una parte (e, segnatamente, la residuale attività autoritativa) soggiace alle caratteristiche della tipicità e nominatività, ma come limite alla **discrezionalità** che costituisce il **modo ordinario per il raggiungimento degli obiettivi** assegnati dalla legge per soddisfare i bisogni che la comunità evidenzia (e per come la struttura li percepisce)

(29) Come noto, sia il silenzio che l'inerzia finiscono per costituire pur sempre un modo implicito di agire (si fa riferimento, perciò, anche al cd. provvedimento implicito) anche nei casi di “deregulation” quali quelli canonizzati dagli artt. 19 e 20 della legge sul procedimento (n. 241/90)

(30) Dove, cioè, impera l'idea dell' *homo faber*, nel senso che si è sempre in presenza di una successione dialettica e causale tra l'attività dell'uomo ed il progredire tecnologico : nel pubblico, in definitiva, vi è solo l'obbligo della solidarietà come vincolo al disegno dello sviluppo della comunità.

(31) Ovviamente gli obblighi convenzionali e pattizi sono pur sempre espressione della libertà dell'individuo, ancorché possano materialmente consistere in comportamenti dovuti : nel diritto pubblico, invece, l'unica vera libertà consiste nel disegnare e proporre ai cittadini il modo di sviluppo che si intende realizzare.

(32) Differenziandosi la logica economica da quella giuridica per la esistenza di una serie di condizionamenti tecnici e di pregiudizialità che costituiscono un sistema ordinamentale che, per brevità, viene indicato come **mercato**.

(33) Tali caratteri vengono in emersione sia attraverso la controllabilità di parametri strettamente tecnici (*rectius*, di tecnica economica) sia, soprattutto, attraverso la previsione della sanzione “finale” (la procedura estinzione per fallimento) della struttura predisposta per la produzione nel caso di insolvenza : conseguenza irrisoria per le strutture pubbliche - per le quali l' **esclusività** riguarda l'approntamento e la risposta delle strutture (art. 98 della Cost. :” **servizio esclusivo della Nazione**”) - che risultano chiamate a indicare e perseguire politiche pubbliche finalizzate alla costruzione dello sviluppo e del miglioramento della qualità della vita [sul punto, la vicenda di questi giorni che ha stravolto l'Albania risulta estremamente illuminante !].

Ciò sta a dimostrare come l'appartenenza del diritto alle scienze umane derivi dal fatto che il suo collegamento con la società non è soltanto un mero meccanismo, una struttura o peggio, una sovrastruttura rispetto alla stessa, bensì esso (il diritto) finisce per costituire un **particolare modo di essere della società** o, se si preferisce accentuare la prospettiva sociologica, **un modo di stare insieme degli uomini**.

I **fatti** della società si presentano, in definitiva, come l'origine e lo scopo del diritto : il che può equivalere ad individuare nello stesso diritto una particolare traduzione o uno specifico modo di presentare/ *si de*/gli stessi fatti.

(34) La cui inosservanza apre il fondamentale problema della produzione degli atti (e, adesso, anche del comportamento) non in linea con la previsione legislativa : tema che merita qualche messa a punto, salvo il rinvio ad una necessaria ed ormai indilazionabile rivisitazione che la dottrina amministrativistica sta faticosamente costruendo.

La costruzione in chiave “patologica”, frutto dell'influsso della pandettistica, ha condizionato -pur con indubbi meriti- lo svolgersi della vicenda storica del diritto amministrativo nel nostro Paese, soprattutto attraverso la posizione strutturale ed il ruolo cd. pretorio della giurisprudenza : entrambi entrati in crisi (come risulta dalla Proposta della Commissione bilaterale) probabilmente per la inconscia comparazione con il processo realizzato e, soprattutto, con i risultati raggiunti dall'ordinamento comunitario (il quale era partito, però, come

noto, da diverse coordinate ideologiche e funzionali, a cominciare proprio dal ruolo trainante di "valore" assegnato al cd., *aquis communautaire*).

Sul punto non può essere sottaciuta la diversa costruzione di una dottrina rimasta minoritaria (**Gasparri**) che ha preferito impostare il tema dell'invalidità *sub specie* di "disfunzioni dell'attività amministrativa" senza dubbio più rispondente ma troppo anticipatrice per quei tempi, anche se il seme della costituzione materiale era già stato sotterrato dal Mortati.

(35) Vale la pena solo insinuare il sospetto che l'elencazione sia esemplificativa e non tassativa in considerazione della vocazione di legge di principi (come indica il titolo del Capo) e dalla impossibilità logica di disegnare tutti gli scenari possibili nei quali la P.A. è destinata a muoversi in un contesto sociale in continua evoluzione.

(36) Di qui si potrebbe, su altro piano (in aggiunta a quanto già intravisto *supra* su nota 26), dipanare il problema della discrezionalità e, soprattutto, del suo collegamento con la vitalità della struttura pubblica intesa come formazione sociale immersa (e parte) della comunità dei consociati e la possibile dissociazione tra legittimità e mera legalità dell'azione amministrativa.

(37) In quanto produttore/estensore del provvedimento.

(38) La **storicità** del diritto da un lato e la sua appartenenza alle scienze umane consentono di cogliere nell'azione dei poteri pubblici il valore del cd. " **gradualismo**" inteso come un particolare metodo che consente un continuo controllo/verifica con il raggiungimento dei fini che la società assegna alle strutture predisposte dall'ordinamento giuridico.

(39) Il mancato raggiungimento dell'interesse pubblico fa scattare l'accertamento del raggiungimento del mezzo-fine della legalità, nel senso che il raggiungimento della finalità potrebbe far venire meno l'interesse alla mera osservanza della legge (ad esclusione dell'attività giurisdizionale), come dimostrano alcuni istituti di carattere generale quali la discrezionalità dell'annullamento d'ufficio da un lato e la reviviscenza, all'estremo opposto, dell'annullamento governativo (art. 6 T.U. L. Com. e Prov. del 1934 lasciato in vita espressamente dal nuovo ordinamento delle autonomie locali di cui alla L.142 del 1990) dall'altro.

(40) Sul punto la dottrina giuslavoristica non ha mancato di far subito (praticamente all'indomani del D.Lvo n.29 del 1993) registrare "l'emarginazione del principio di supremazia speciale nella gestione dello stesso" pur non nascondendosi, d'altro canto, l'importanza del "test di compatibilità con la specialità del rapporto" ed il timore non remoto del "rischio di riprodurre l'eguale nel diseguale": cfr., per tutti, **CARINCI**, La privatizzazione del rapporto di lavoro, in La riforma del pubblico impiego, Inserto di Diritto & Pratica del lavoro n. 15/1993 pagg. XXVIII e ss.

A tali preoccupazioni va aggiunta la considerazione che il problema della specialità possa riemergere in modo ancora emblematicamente cruciale della differenziazione tra lavoro pubblico e privato attraverso il riferimento ad un contenuto specifico (che potrebbe sostanziare una diversa forma di specialità, della supremazia o di *altro*) collegabile da una parte ai caratteri (a cominciare proprio dalla tipicità e nominatività dei singoli provvedimenti) del "prodotto" del cd. "lavoro amministrativo" e, dall'altro, dipendente dalle politiche pubbliche e dalla determinazione del "costo" normalmente dimensionato non direttamente dal mercato ma dalla complessiva politica del bilancio dello Stato.

(41) Che potrebbero costituire il contenuto e la matrice del modello proprio perché, a seguire **TEUBNER**, op. cit. pag. 90, " *l'experimentum crucis* si verifica solo quando ritornano nella realtà sociale".

(42) L'art.1 n.1 sembra fin dal piano letterale confermare la praticabilità di una siffatta ipotesi congetturale quando espressamente si autoidentifica come "specificazioni esemplificative".

(43) Il riferimento è alla tempestiva serie di spunti di **COCOZZA**, *Brevi riflessioni sull'ordinanza 7 dicembre 1994 n. 360 della Corte dei Conti che solleva la questione di legittimità costituzionale nei confronti dell'art. 3 comma 6 bis della legge 596 del 1994*, in Rivista amministrativa, n. 10 pag. e ss.

(44) Il tema più ampio della *convalescenza* degli atti viziati appartiene alla teoria generale del diritto (risalente già al diritto romano), sviluppandosi prima in riferimento agli atti di autonomia privata per poi transitare a quelli processuali ed infine a quelli amministrativi, rispetto ai quali la dottrina dominante ha precisato come "l'istituto generale della

sanatoria non possa essere identificato con atti particolari, ma con gli effetti, addirittura con i risultati materiali prodotti da certi atti”[M.S. **GIANNINI**, *Diritto amministrativo*, Milano 1970 pag. 1049].

Per la differenza tra legge di sanatoria e legge di condono cfr. **TARCHI**, *Le leggi di sanatoria nella teoria del diritto intertemporale*, Milano 1990, pag. 328 ed in particolare la bibliografia citata alla nota (47).

(45) La cui univocità sembra riferibile al rapporto con la situazione concreta e, di conseguenza, a tutta l'attività della P.A. in quanto volta a regolare “affari” ed in modo peculiare interessi pretensivi, cui può essere assimilata quella parte rivolta alla ottimizzazione del dispiegamento della funzione tipica ed originale degli altri poteri.

(46) Tale valore sembra vada assumendo sempre più una valenza di rango costituzionale anche a seguito della espressa positivizzazione del principio di legalità operata dalla L. 241 del 1990: in altri termini il riconoscimento della immanenza, ad onta del silenzio costituzionale, del principio di legalità sembra trasferirsi pari pari al valore della trasparenza facendo intuire una progressione dallo Stato di diritto (in cui era indispensabile l'affermazione di quel principio) a quello *democratico* nel quale il valore immanente della trasparenza è altrettanto indispensabile per consentire un avvertito esercizio della sovranità da parte del popolo.

(47) E' la conclusione del saggio di **MERUSI**, *Il principio di buona fede nel diritto amministrativo*, in *Scritti per Nigro* che riferisce anche della normativa comparata (tedesca e, soprattutto, spagnola) nella quale il principio di buona fede finisce per comportare per il privato precisi oneri individuati dalla giurisprudenza.

(48) Il tipo di lavoro non consente, quanto meno per motivi di spazio, di precisare i riferimenti puntuali e le provocazioni della dottrina o gli arresti giurisprudenziali e meno che mai i dibattiti politici che, anche se non vani, sono comunque sempre troppi (sopra tutto in relazione al normale coefficiente di ascolto): non si può nascondere, però, la necessità di autonomi e successivi interventi integrativi su singoli aspetti.

(49) Il T.A.R. -Parma, investito da un Comune per l'annullamento del diniego da parte della C.C.F.L. di una trasformazione di posto in pianta organica, aveva sollevato la questione in riferimento agli artt. 3 e 97 della Costituzione.

(50) Il T.A.R. -Catania era stato adito da impiegati che erano stati privati dal Comune, in sede di autotutela, di illegittimi inquadramenti a seguito dell'intervento della Corte dei Conti siciliana; ha sollevato la questione in riferimento agli artt. 3, 24, 25, 77, 81, 97 e 113 della Costituzione.

(51) In due giudizi di responsabilità di amministratori comunali per illegittimi inquadramenti, tale giudice, ritenendo “l'applicabilità della norma di sanatoria al caso de quo, essendo stati resi validi e quindi legittimi *ex tunc*” i provvedimenti gravati nei giudizi in corso, ha rimesso gli atti per la questione di costituzionalità in riferimento agli artt. 3, 1° comma, 81, 4° co., 97, 1° co. e 128.

(52) L'espressione, poco felice, dovrebbe ellitticamente indicare i mancati destinatari degli identici benefici in posizioni analoghe: la precisazione sembra utile al fine di individuare il preciso riferimento della disuguaglianza e quindi della censura rispetto alla premialità, come si vedrà *infra*.

(53) La V sezione, alla quale si era appellato un Comune avverso una sentenza di rigetto del T.A.R. Lombardia, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale in riferimento agli artt. 3, 70, 97 e 98, 1° comma.

(54) La lettura dei resoconti parlamentari consente di leggere molte espressioni presenti nelle ordinanze di remissione.

(55) Tale rilievo risulta agevolmente rilevabile dal richiamo puntuale e capillare del “sistema giurisprudenziale” che sembra denunciare una sorta di remissione interna (quasi *monumentum aere perennius*) senza un riscontro corrispondente alla novità delle prospettazioni.

(56) Si intende fare riferimento ad una sorta di contagio tecnico: la tipologia dei vizi e il tipo di potere utilizzati (dallo inequivocabile sapore amministrativistico) hanno trascinato la Corte a prospettare una soluzione *in corpore vili*, senza, cioè, rimanere imbrigliata nel groviglio di problemi pur sempre di ambito microsettoriale.

(57) Basti ricordare, a tacer d'altri, il rifugiarsi in “aere rarefatto” di insigni di Maestri quali Santi **Romano** o **Zanobini** nei momenti più tumultuosi del loro impegno scientifico e civile.

(58) Il quale, adottando una soluzione dal sapore alquanto piuttosto

affrettato e sbrigativo, usa la generica indicazione "legittimare l'arbitrio" al posto di adoperare il più tecnico termine 'sanatoria' e sembra indignarsi fino al punto di evocare "l'essenza stessa dello Stato di diritto a dirsi violata allorché la legge consente alla P.A. di regolare il rapporto di impiego a piacimento", forse dimenticando che la tanto decantata 'disciplina organica' costituita dal d.P.R. n. 347/83 è pur sempre opera dell'esecutivo (esclusivamente di vertice) con l'ausilio (determinante) delle forze sindacali: si potrebbe allora sospettare che tra i due "piacimenti" il Consiglio di Stato, in nome dello Stato di diritto, sembra abbia ritenuto più meritevole di tutela quello "gerarchicamente superiore", proprio in barba al principio delle autonomie locali.

(59) Sul punto cfr. **COCOZZA**, In tema di delegificazione, Napoli e, da ultimo, **CERVATI**, A proposito di <regolamenti delegati>, <regolamenti autorizzati> e delegificazione in un'attribuzione di potestà normativa all'esecutivo che suscita molti interrogativi, in *Giur. cost.* 1995, 3, pag. 1848 e ss. (a commento della sent. n. 250 del 1995).

Questo nuovo atteggiamento della giurisprudenza amministrativa è analiticamente preso in esame da **SCIULLO**, Potere regolamentare, potere <pararegolamentare> e P.A.: gli orientamenti del giudice amm/vo dopo la legge 400 del 1988, in *Le Regioni*, 1993 n. 5 pag. 1277 e ss.e, da ultimo, da **CERVATI**, A proposito di <regolamenti delegati>, <regolamenti autorizzati> e delegificazione in un'attribuzione di potestà normativa all'esecutivo che suscita molti interrogativi, in *Giur. cost.* 1995, n.3, pag. 1848 e ss. (a commento della stessa sent. n. 250 del 1995).

(60) Al momento appare sufficiente (salvo rinvio) il rilevare che la posizione di un vero e proprio trilemma regolativo in conseguenza dell'irruzione del sindacato come partecipante della materia delegificata sembrerebbe non aver attirato, o quantomeno non ne risulta traccia, adeguatamente l'attenzione degli organi giudicanti.

(61) Già AMORTH, Leggi interpretative e leggi di sanatoria nei rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario, in *Riv. trim. dir. publ.* 1958 pag. 62 e ss. si era occupato di scandagliare i rapporti tra i due Poteri, escludendo la sussistenza di attentati alla indipendenza ed autonomia della magistratura (spec. pag. 75).

(62) La fugacità, se non proprio la furtività, del riferimento allo "sviamento della funzione legislativa" o alla "sanatoria in bianco" non consentono di tentare un utile e necessario approfondimento su siffatti temi, viceversa, cruciali.

(63) Ma sul punto la Corte da atto che la questione risulta assorbita (punto 4. 3 dei motivi di diritto) dalla "manifesta irragionevolezza" e dalla violazione dell'art. 97 Cost..

(64) Per la verità il primo firmatario dell'emendamento prima della votazione in assemblea [68 seduta del 19 ottobre 1994], come riportato a pag. 88 del resoconto stenografico] dichiarò: "ribadisco quanto già espresso nel mio intervento precedente, ricordando ai colleghi che il 20 luglio 1994, con il parere favorevole del Governo, abbiamo approvato questo emendamento (e lo abbiamo ampiamente motivato), così come lo stesso relatore ha detto nel suo intervento".

(65) E', invece, il sottosegretario alle Finanze il quale, nella seduta del 25 ottobre del 1994 davanti alle Commissioni riunite V(Bilancio) e VI (Finanze), "precisa che la sanatoria...può non apparire corretta, ma non pone problemi di copertura, anche perchè i trasferimenti agli enti locali sono collegati a criteri come la spesa storica ed il numero degli abitanti...saranno i bilanci comunali a sopportare oneri maggiori, ma non certo lo Stato".

(66) E' il caso di accennare solamente al problema, tuttora allo stato magmatico, del rapporto tra il diritto amministrativo e la scienza dell'amministrazione, ossia a due diversi modi di lettura (tra loro autonomi ed originali) dei fenomeni sociali e politici, in funzione alla loro regolamentazione giuridica proprio ed in quanto chiamati ad incidere direttamente sull'organizzazione, comunque tendenti alla *ottimizzazione* del prodotto amministrativo.

(67) I lavori parlamentari sulla questione risolta dalla norma impugnata evidenziano una inversione di rotta del Governo prima favorevole e poi nettamente contrario all'emendamento ed il contrasto tra il Senato e la Camera che alla fine l'ha ritenuta "una questione di *Realpolitik*" come dichiarato dal relatore per la VI commissione lannone nella seduta assembleare del 26 ottobre 1994, ibidem, pag. 4172.

Il rilievo della funzione di "potere moderatore" del Parlamento nel

conflitto tra “formazioni sociali” applicabile al complesso organizzatorio pubblico non è ancora approfondito come necessario al fine di comprendere appieno le difficoltà derivanti dalla frammentazione del potere: purtroppo la lucida presa di coscienza di tale problema rischia di essere compromessa in questi giorni dal problema circa la *forma dello Stato*, rendendo più complesso anche il modo di porre i problemi.

Il problema della governabilità costituisce senza dubbio l'aspetto più eclatante, ma, probabilmente, più epidermico rispetto ad altri meno appariscenti quali l'equilibrio tra *ipoterie* la funzione (auto)organizzatrice.

Sul primo aspetto notevole il contributo di **SILVESTRI**, *Poteri attivi e poteri moderatori: attualità della distinzione*, in *L'equilibrio tra i poteri nei moderni ordinamenti costituzionali* (a cura di) Lorenzo **LUATTI**, Torino 1994

Sul secondo la progressione del dibattito si è spostata dall'analisi astratta e formale di **NIGRO**, *Studi sulla funzione organizzatrice*, Milano 1965 a quella concreta che fa perno sull'assunzione di compiti (rectius, di modalità di espressione di funzione) di tipo legislativo da parte della P.A., come è stato evidenziato recentemente in una precisa messa a fuoco, da **D'AURIA**, *La “funzione legislativa” dell'amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1995, n. 3 pag. 697e ss.

(68) E' l'aspetto più appariscente di quel fenomeno che **CASSESE** ha dimostrato, da fine conoscitore della “macchina” pubblica [in *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna 1983], che, cioè, mentre prima l'amm/ne aveva nella legge il solo *input*, attualmente essa risulta compulsata anche da altre regole (in prevalenza tecniche), sulle quali si misurano la qualità delle prestazioni e l'efficienza dei servizi: il che traduce la preponderanza di compiti di “governo” rispetto a quelli di attuazione della norma.

(69) In tale senso espressamente N. **GRECO** (a cura di), *Lo Stato amministrativo*. Studi parlamentari e di politica costituzionale, Roma, 1976, pag. XLIII.

(70) L'utilizzazione di modellini rappresenta un metodo comune sia agli studi di sociologia che a quelli squisitamente organizzativi: pertanto l'ipotesi teorica che si va a prospettare va assunta appunto come esperimento e come verifica di un percorso logico- giuridico alternativo. Per una importante quanto recente dimostrazione, cfr. **ACKERMAN**, *Il diritto americano è sotto assedio: la Germania può fornire un modello?*, in *Problemi di amministrazione pubblica*, 1995, n. 3.

(71) Non avendo, sembrerebbe dopo la sentenza che si annota, possibilità di cittadinanza nel nostro sistema qualcosa di un qualcosa di equivalente (anche approssimativamente) ai *bills of indemnity*: l'originalità va colta nel fatto che la volontà parlamentare risulta fortemente contrastata da quella del Governo in carica.

(72) Non a caso la estensione e la qualità delle materie investite (quella fiscale e, soprattutto, quella relativa ad abusi edilizi perfino su suoli demaniali) ha fatto risaltare la crisi del diritto fino alla “contestazione del giuridico e della sua capacità ermeneutica [su ciò infra nota n. 35].

(73) Non si può omettere quantomeno il cenno al problema del doppio regime di riserva di legge (art. 95 e 97 Cost.) nella materia, mentre il problema specifico è compiutamente posto da **COCOZZA**, cit..

(74) E' notazione abbastanza ovvia che la sindacalizzazione del pubblico impiego sia direttamente proporzionale al venir meno delle notazioni pubblicistiche del rapporto di lavoro degli addetti agli uffici: non lo è altrettanto il nesso di causalità temporale. Su tale punto, già, **CARULLO**, *La prassi amministrativa*, Padova 1979, pag.213 e nota (47).

D'altra parte i resoconti dell'Assemblea fanno intravedere una maggioranza definita da qualcuno “trasversale” ed un atteggiamento del Governo (lo stesso ma in un quadro politico precipitato) contraddittorio (supra nota 14).

Meno avvertita la penetrazione nel sociale (o, in omologia, la permeabilità del sociale) da parte delle istituzioni preoccupate di ridurre la distanza tra Paese legale e Paese reale, profondamente sentita dagli operatori politici che veniva assicurata proprio dall'ingresso in gioco delle forze sindacali: uno scambio di potere formale contro un potere sociale che costituisce pur sempre la più qualificata fonte di legittimazione del potere pubblico nei sistemi democratici.

(75) Difatti pur costituendo il primo intervento dell'ordinamento repubblicano nel settore del pubblico impiego, continuava a conservare

un impianto autoritario di fatto anacronistico in quanto in rotta di collisione sia con le aspettative del popolo che si sentiva ormai titolare di sovranità e non più suddito e sia con il ruolo strategico che la Carta costituzionale aveva assegnato al lavoro considerato come un elemento qualificante della dignità del cittadino e come fattore dello sviluppo dell'intera comunità nazionale..

(76) Che, d'altra parte, rappresenta il consueto modo attraverso il quale l'istanza democratica si è andata affermando progressivamente dallo Stato feudale in poi, come ha insegnato **Giannini** descrivendo il passaggio lento ma altrettanto inesorabile allo Stato pluriclasse.

(77) Potrebbe farsi risalire proprio a siffatto mutato equilibrio l'inizio di un radicale cambiamento sia nel modo di governare [come da tempo ha evidenziato **CASSESE**, *Sindacati e istituzioni secondarie*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3 del 1983 pag. 505 e ss.] che in quello di far le leggi (o altre fonti di normazione, quale quella tecnica) basti il mero accenno alla parabola che parte dalla legge n. 400 del 1988, la cui importanza immediatamente la dottrina non ha mancato di far rilevare [cfr. **AA. VV.**, *La legge sulla presidenza del Consiglio*, in *Foro italiano* 1989, parte V - 9, pag. 309 e ss. e **CARETTI** e **DE SIERVO** (a cura di), *Potere regolamentare e strumenti di direzione dell'amministrazione*, Bologna 1989] ed è proseguita con le grandi leggi, cd. "di sistema", del 1990 (nn.142 e 241) per approdare ad una fase di tumultuosa evoluzione, evidenziata dalla diffusione capillare del recentissimo sistema delle " Carte dei servizi".

(78) Ha pochissimo pregio ricordare le elusioni costituzionali in materia di partiti e sindacati: potrebbe, invece, averne tanto il tenere presente la gravissima crisi che ha investito recentissimamente i partiti politici.

(79) Come le argomentazioni delle rimessioni hanno ampiamente messo in luce, offrendo il riscontro di quanto evidenziato dai lavori parlamentari preparatori.

(80) La dottrina non ha dedicato grande attenzione a tale fenomeno: cfr. **AMORTH**, Leggi interpretative e di sanatoria nei rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1958, pag. 85, nonché G.U. **RESCIGNO**, Sanatoria - ope legis di atti invalidi - Reiterabilità di disposizioni dichiarate incostituzionali, in *Giur. Cost.* 1963 pag. 1247 e ss. e, da ultimo, **TARCHI**, Le leggi di sanatoria nella teoria del diritto intertemporale, cit..

(81) La funzione premiale nella giurisdizione (come, del resto, in quella legislativa) si aggancia a quella più generale di promozione che lo strumento diritto assume rispetto alla storia di una società, mentre applicata all'attività amministrativa fa riferimento alla possibilità di ottenere un determinato (e prevedibile) comportamento proprio attraverso la (materiale) erogazione di una prestazione (patrimoniale e non) a favore dei destinatari degli atti in questione.

(82) Che rimane sempre di *cura* di interessi concreti anche se attraverso lo strumento giurisdizionale: basti il rinvio alla opposizione insanabile tra la ratio dell'autotutela ed il principio del *ne bis in idem* tipico della giurisdizione.

In presenza della proliferazione delle ipotesi di legislazione da parte dell'esecutivo si potrebbe concretamente porre il problema dell'ammissibilità di una qualche forma di autotutela del potere legislativo, con ulteriori aspetti problematici per quanto attiene proprio alle materie delegificate.

(83) Di recente, **PUBUSA**, *L'attività amministrativa in trasformazione*, Torino 1993, pag. 178 e ss. ha fatto emergere il rapporto di " restrizione dell'area non regolata o comunque insindacabile in sede giurisdizionale" proprio in riferimento sia alle "norme giuridiche sia a quelle tecniche, d'esperienza di buona amministrazione" sia anche "ai criteri soggettivi applicati dall'amministrazione, la cui adeguatezza alla situazione dev'essere motivata, anche in relazione ai principi fissati dalle norme (es. economicità ed efficacia, imparzialità) e alle prospettazioni dei partecipanti alla procedura" per cui il dato più importante consiste nel "rilievo globale dell'attività non solo dell'amministrazione ma anche degli altri partecipanti" (ibidem pag. 180).

Ma l'aspetto più eclatante viene offerto in occasione della disputa sulla discrezionalità riassunta nello scritto di **AZZARITI**, *Trasformazione dello Stato e discrezionalità amministrativa: un problema di metodo nella critica di un paradigma*, in *Politica del diritto*, 1987, n. 1, circa la posizione di **SPANTIGATI**, *Discrezionalità come ponderazione delle pressioni*, in *Quaderni del pluralismo*, n. 2 del 1986 sulla pretesa

trasformazione della discrezionalità in una "ponderazione giuridica soggettiva delle pressioni": non a caso lo spunto deriva "dal dilagare dell'abusivismo edilizio e dell'evasione fiscale" (pag. 135 dello scritto di AZZARITI) fenomeni investiti dall'applicazione della *sanatoria*.

(84) Il rapporto tra merito e discrezionalità rimane ancora non sufficientemente illuminato nonostante i termini fossero già stati posti da M.S. GIANNINI, Problemi relativi al merito amministrativo e problemi connessi, in *Stato e diritto*, 1942 anno II n. 6 che riprendeva il tema fissando chiaramente gli elementi del contrasto con la recensione del **MORTATI** alla monografia di **CODACCI PISANELLI** sulla invalidità come sanzione dell'inosservanza di norme non giuridiche.

(85) Autotutela potrebbe essere considerata come un contenitore di istituti o, meglio, una qualità comportamentale, risultante dalla loro esplicazione, alla quale far risalire (o poter imputare) specifici atti normalmente di secondo grado aventi come vincolo strutturale esclusivamente una motivazione espressa e, soprattutto, coerente con il raggiungimento dell'obiettivo.

(86) L'analisi dei tre tipi di azione in prospezione organizzativa, come chiave ermeneutica dell'agire amministrativo, ha consentito di rimarcare (almeno) una triplicità di finalità distinguendo tra *azione istituzionale*, *azione*

(87) Notevole rilievo potrebbe assegnarsi al fatto che la Corte abbia abbandonato il *dedotto* (dal T.A.R.- Parma) riferimento alla *imparzialità*, preferendo risolvere il riferimento ai principi, attraverso la ricognizione del corpus organico presente nella materia del pubblico impiego, esclusivamente nel buon andamento (e nella razionalità dell'attività amministrativa).

A ben guardare siffatto riferimento appare, nel caso di specie, piuttosto inadeguato a contenere situazioni giuridiche non omogenee tra loro, neppure rispetto alle strutture pubblicistiche che si presentano in posizioni processuali addirittura opposte, come pervenute attraverso le ordinanze di rimessione.

(88) Che il riferimento alla concretezza pervada a tal segno il buon andamento è dato evincere anche dalla difficoltà emersa in relazione alla estensione di tale principio all'esercizio della funzione giurisdizionale, nonostante gli sforzi della dottrina che ha proposto la dilatazione del contenuto (legge) della previsione costituzionale (art. 101), per ricomprendervi tutte le leggi, ossia "la parola legge venga fatta qui corrispondere alla parola fonte ovvero al diritto oggettivo nella sua totalità", così **PALADIN**, Saggio sulle fonti del diritto italiano: le problematiche della definizione e dell'individuazione, in *Quaderni costituzionali*, 1993, n. 2 pag. 254- 255; cui adde, recentemente **BINDI**, La disciplina normativa degli "eterni giudicabili" e il buon andamento della giustizia, in *Giur. cost.* 1995, pagg. 1993 e ss.

Per altra via, sembra riaffacciarsi (e con più perfida virulenza) il tema della discrezionalità (supra nota 33), ma questa volta in riferimento all'espletamento della funzione giurisdizionale, nella quale risulta sempre presente un processo di astrazione dal momento che tale funzione **deve essere adempiuta** risolvendo la fattispecie concreta solo ed unicamente a mezzo di parametrizzazione alla fattispecie normativa.

La situazione concreta costituirebbe solo una *occasio juris* (e, anzi, l'unica, attraverso la domanda di una parte pubblica o privata) per l'espletamento di tale funzione statale (a differenza di quella amministrativa eccitabile anche dalla mera insorgenza di una situazione di fatto): in tale prospettiva il dato costituzionale potrebbe, addirittura, leggersi in un altro modo "[solo] i giudici sono soggetti **soltanto** alla legge" (art. 101 Cost.), a mezzo di un adattamento dell'enunciato in chiave soggettivistica del particolare rapporto giurisdizione-legislazione.

(89) E' stato recentemente notato dall'autore che ha ivolto al tema la maggiore attenzione **ANDREANI**, Gli interessi pretensivi dinamici nel procedimento amministrativo, in *Diritto amministrativo* 1994, n. 3 nota (7) come "negli ultimi anni al contrario il principio del b.a. viene ad occupare un ruolo significativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale, ed anche dei giudici amministrativi, che spesso ad esso si richiamano come canone idoneo a svolgere un ruolo immediatamente precettivo sia per l'attività, che soprattutto per

l'organizzazione della p.a.": Potrebbe dirsi che il riferimento all'organizzazione ed al comportamento abbia affrancato il b.a. dalla schiavitù dell'endiadi che sembrava costituire l'unico modo per conferire carattere precettivo (giuridico): in altri termini il canone dell'imparzialità non risulta più utilizzabile come, contemporaneamente, il fondamento ed il limite operativo (in chiave giuridica) del buon andamento.

*Si insinua prepotente il sospetto che il principio coinvolto dall'art. 3 Cost. rispetto all'azione amm/va debba essere senza eccessive forzature proprio l'imparzialità : sul punto, **Allegretti** citato da **ANDREANI**, sugli interessi pretensivi da servizi sociali.*

(90) Il carattere eccezionale e volutamente derogatorio della disposizione impugnata anche in riferimento alla legge nella quale essa era inserita operava un diretto collegamento con gli atti oggetto di sanatoria e pertanto il riferimento al buon andamento non poteva essere operato rispetto al potere astratto di sanatoria quanto invece rispetto alle situazioni giuridiche, configurando un esame di merito e non di legittimità della norma oggetto dell'impugnativa.

*(91) Sul punto la letteratura è molto vasta: basti citare **BALDASSARRE**, Costituzione e teoria dei valori, in *Politica del diritto*, 1991, n. 4, pag. 639 e ss.; **ITALIA**, *Interpretazione sistematica delle "norme" e dei "valori"*, Milano, 1993 e, da ultimo, **BERTI**, *Manuale di interpretazione costituzionale*, Padova, 1994.*

(92) La più che centenaria difficoltà che la giurisprudenza pretoria va incontrando ed il contestuale affanno della dottrina amministrativa nell'opera di classificazione suggeriscono di tentare una ricostruzione di tale posizione giuridica non tanto in relazione (e differenziazione rispetto) al diritto soggettivo lungo la linea meramente quantitativa del grado di tutela che l'ordinamento è disposto ad assicurare, quanto attraverso il diritto di resistenza nel senso di spostare anche sul piano quantitativo l'accento su quanto l'ordinamento è disposto a subire, seguendo l'approccio collegato alla tutela (in funzione del conflitto autorità-libertà: il risultato più significativo potrebbe essere colto proprio sul piano qualitativo dal momento che l'interesse legittimo sarebbe inglobato all'interno della ponderazione dell'interesse pubblico con effetti rivoluzionari a cominciare dalla oggettività della giurisdizione amministrativa

Siffatta inversione potrebbe anche riallacciarsi con maggiore coerenza proprio alla categoria dei diritti pubblici soggettivi, confinati alquanto incautamente nell' archeologia degli strumenti giuridici dello Stato di diritto.

(93) La valutazione di merito da parte del legislatore potrebbe, cioè, aver fatto riferimento ad una valutazione positiva del (o di un migliore) raggiungimento dei risultati da parte delle strutture che hanno posto in vita gli atti sanati con la norma.

L'esigenza del controllo interno connessa all'attività di direzione presenta un andamento bifrontale: la legislazione presenta un indirizzo collegato alla esaltazione di quello tipicamente strutturale (collegato alla efficienza valutazione) ed un, attraverso organismi di tipo tecnico, quali i cd. nuclei di altro che sposta sull'organo decisionale (per lo più quello esponenziale e politico) la titolarità di tale funzione (art. 51, 1° co. L. 142 del 1990)

(94) La riduzione dell'efficienza delle strutture pubbliche alla valutazione della mera efficacia in presenza, purtroppo, della costante (e perenne) insufficienza delle risorse economiche non potrebbe consentire mai uno sviluppo, neanche attraverso la sperimentazione di situazioni di errore (illegittimità)-tentativo.

In tale chiave può leggersi la dicotomia efficienza/efficacia come raggiungimento dello scopo ma la prima in funzione della mera conservazione (avente nella certezza il valore fondamentale) e la seconda in funzione dello sviluppo singolo e collettivo, come richiesto dall'art. 2 Cost. e far intravedere un rapporto gradualistico di mezzo a fine al loro interno.

In definitiva l'efficienza potrebbe riferirsi alla idoneità (anche astratta) del modello utilizzabile mentre l'efficacia misura l'attività (o, meglio, il comportamento) rispetto al raggiungimento del fine.

*(95) Illuminante il grido di allarme che in tempi certamente non sospetti lanciò **BENVENUTI**, *Mondo economico e pubblica**

amministrazione, in *Economia trentina*, 1960, 120, il quale individuava nel 'dovere di **solidarietà**' un luogo nel quale "la P.A. ed il mondo economico possono essere ricondotti, nei loro reciproci rapporti, fondamentalmente ad un unico principio prima ancora che sociale, morale".