

Il vincolo di scopo nell'amministrazione paritaria

*Per una rilettura dell'eccesso di potere:
dalla funzione verso il risultato*

Manuel Gioiosa

**IL VINCOLO DI SCOPO
NELL'AMMINISTRAZIONE PARITARIA**

*Per una rilettura dell'eccesso di potere:
dalla funzione verso il risultato*

Trattato

BOOK
SPRINT
E D I Z I O N I

www.booksprintedizioni.it

Copyright © 2023
Manuel Gioiosa
Tutti i diritti riservati

Premessa

1. Nel multiforme panorama dottrinale lo statuto giuridico dell'amministrazione pubblica è stato sempre sensibile alla storicità dell'evoluzione sociologica. Tale processo evolutivo si è manifestato in particolare, nel progressivo ripensamento in chiave egualitaria della disciplina pubblicistica dell'azione amministrativa.

Attraverso una serie di autorevoli sguardi ricostruttivi l'imponente coltre di studi che si è susseguita soprattutto a partire dalla metà del secolo scorso, ha visto l'amministrazione recepire l'evoluzione della forma statale, risentendo del mutare della dialettica autorità-libertà verso una sempre più netta riduzione delle differenze tra amministrazione e cittadino.

Questa equiparazione ha progressivamente eroso le ferree maglie che per oltre un secolo hanno avviluppato il primato dell'interesse pubblico alla specialità della pubblica amministrazione, la quale era vista come l'unico soggetto abilitato ad occuparsene, e per tale ragione destinataria di un sistema di tutela speciale avanti ad un giudice a sua volta speciale¹.

¹ Le voci dissonanti della dottrina contro la specialità del giudice amministrativo sono molte e autorevoli. In proposito si è parlato di *"tracce di un'anima amministrativa dello Stato, quasi una sub-costituzione dell'ordinamento statale, che la Costituzione e lo Stato parlamentare non hanno mai eclissato del tutto"* (G. Berti, *Commento all'art. 113 in Commentario della Costituzione*, G. Branca (a cura di), *La magistratura. Artt 11-113, IV*, Bologna-Roma, in *Foro it.*, 1987, pag. 90). Ed è proprio per questo che ci si è chiesti più volte, se la prima riforma da fare in materia di giustizia amministrativa non sia quella di eliminare la distinzione che legittima un diverso riparto di giurisdizioni e modalità differenti di tutela e che è fonte da sempre di incertezze nell'accesso alla giustizia. In realtà, si è detto, *"la distinzione sia delle posizioni giuridiche che delle giurisdizioni ha*

Un avvicinamento così intenso è stato ottenuto vedendo il privato contitolare dell'esercizio delle pubbliche funzioni con gli apparati pubblici². Si è giunti così, da parte di molti autori, ad un progressivo avvicinamento del regime dell'amministrazione al modello dell'amministrazione paritaria così com'era stato teorizzato da F. Benvenuti³.

L'emersione positiva di questo dato del resto rileva agevolmente in vari istituti.

Si pensi, anzitutto, alla sempre più incisiva tutela attribuita in caso di silenzio inadempimento o all'irrelevanza del vizio formale rispetto alla annullabilità del provvedimento vincolato. Si pensi inoltre a tutte quelle disposizioni di legge del 1990 che hanno attribuito ai privati nuovi poteri di partecipazione nel procedimento amministrativo, dando così una maggior tutela ai loro interessi e garantendogli l'attribuzione di prerogative simili a quelle intrinseche della pubblica amministrazione. Si pensi, soprattutto, alla disciplina della responsabilità e alla nota decisione della Corte di Cassazione con cui, superando il dogma dell'irrisarcibilità degli interessi legittimi e affermando la risarcibilità di tutti i danni ingiusti cagionati ai privati, è stato cancellato definitivamente il più rilevante privilegio dell'amministrazione.

Nello sguardo che si intende privilegiare, il punto d'approdo di questa serie concatenata di fenomeni è sfociato in quel rovesciamento di prospettiva che vede l'oggetto diretto del diritto amministrativo non più nella posizione di potere

solo una giustificazione storica, che si è voluta poi concettualizzare nelle maniere più svariate e raffinate, ma che è semplicemente ancorata al modo di concepire l'amministrazione, i rapporti tra amministrazione e giurisdizione proprio dell'epoca in cui il sistema si è formato e che ora è del tutto obsoleta in quanto superata dal successivo evolversi del quadro istituzionale" (G. Pastori, *Per l'unità e l'effettività della giustizia amministrativa* in *Rivista di Diritto Processuale*, 4, 1996, pag. 921 ora in *Scritti scelti*, Napoli, 2010, II, pag. 567 ss.). Sul tema, inoltre, si vedano in generale M. Nigro, *È ancora attuale una giustizia amministrativa?*, in *Foro. it.*, 1983, V, pag. 249 ss.; F. Merusi – G. Sanviti, *L'ingiustizia amministrativa in Italia*, Bologna, 1986, *passim*.

² È questa l'essenza della c.d. "demarchia" (cfr F. Benvenuti, *Disegno della amministrazione italiana*, Padova, 1996, in particolare a pag. 295).

³ F. Benvenuti, *op. ult. cit.*, pag. 398.

dell'amministrazione, bensì nei rapporti di quest'ultima con i cittadini⁴.

In questo modo si è finalmente spianata la strada all'effettività della tutela giurisdizionale, ora scolpita negli art. 1 e 7, comma 7, del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (c.d. Codice del processo amministrativo), facendo emergere non tanto "(...) *la garanzia dell'amministrazione nei confronti della giurisdizione, ma la garanzia del cittadino nei confronti dell'amministrazione*"⁵.

Gli studi più evoluti in questa direzione hanno così evidenziato come il principale nodo problematico non sia quello di porre l'accento sul ruolo del giudice ordinario oppure su quello del giudice amministrativo, ma piuttosto quello di eliminare tutto

⁴ In questi termini, in sintesi, il pensiero espresso da F. Benvenuti nella sua ultima opera di carattere monografico (*Disegno*, cit.). Del pari G. Pastori (nella prefazione allo studio di R. Ursi, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici di buona amministrazione*, Santarcangelo di Romagna, 2016, pag. 12 ss.), osserva come il varo della Costituzione del 1947 abbia letteralmente suggellato un radicale mutamento nella forma di Stato. Il nuovo ordinamento, in particolare, troverebbe il riferimento primo ed unitario all'interno "(...) *delle finalità che devono essere perseguite per realizzare un'organizzazione complessiva della società umana, basata sui principi di libertà ed eguaglianza sostanziale. Sono gli scopi che la Costituzione individua come compiti della Repubblica, da assolvere con il concorso di tutte le Istituzioni che compongono la Repubblica e degli stessi cittadini. Tali scopi corrispondono altresì ad altrettanti diritti e doveri riconosciuti alle persone singole ed associate*".

⁵ F. Benvenuti, *Per un diritto amministrativo paritario* in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, pag. 807, ed ora in F. Benvenuti, *Scritti giuridici*, IV, Milano, 2006, pagg. 3223 e 3229.

Riguardo il tema dell'effettività della tutela, soprattutto negli anni più recenti, esso ha assunto proporzioni così notevoli che non c'è da tempo intervento dottrinale (articoli, note, monografie) che non lo menzioni. Limitandosi ai contributi più recenti, si rinvia a V. Bontempi, *Giustizia amministrativa ed effettività della tutela in Italia e in Germania* in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2020, pag. 679 ss.; R. Villata, *Processo amministrativo, pluralità delle azioni, effettività della tutela* in *Dir. Proc. Amm.*, 2, 2021, pag. 369 ss.; F.G. Scoca, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il Processo*, 2021, pag. 1 ss.; V. Capasso, *Giudici consequenzialisti*, Napoli, 2020; G. Urbano, *Contributo sull'effettività del giudicato*, Torino, 2020; F. Guizzi, *Effettività della tutela e processo amministrativo*, Milano, 2013; G. Mari, *Giudice amministrativo ed effettività della tutela*, Napoli, 2013, *passim.*; M. Luciani, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale* in *Riv. Aic*, 2014, n. 4, pag. 1 ss.; A. De Siano, *Dall'atipicità delle azioni alla tipicità dei poteri del G.A. Torsioni del processo amministrativo in nome della giustizia* in *Dir. e proc. amm.*, 2020, pag. 61 ss.

ciò che comunque limiti la difesa della sfera giuridica del cittadino, in base soprattutto al dettato di cui all'art. 2 Cost., ossia alla costituzionalizzazione del principio che alle origini del sistema amministrativo italiano (all'epoca incentrato sullo stato Nazionale), fu individuato quale nucleo vitale di alcune norme fondamentali non scritte, il cui rispetto e la cui applicazione vennero considerate essenziali per realizzare l'obiettivo della Giustizia nell'Amministrazione⁶.

⁶ F. Benvenuti, *op. ult. cit.*, pag. 3230. L'agire amministrativo volto alla soddisfazione dei diritti inviolabili poggia in particolare su due corollari: da un lato che essi posseggano un nucleo essenziale ed indefettibile e che dall'altro il presidio di tale ontologia possa essere conseguentemente affidato alla cura degli enti pubblici. Riguardo il primo corollario, rileva la genesi del concetto di c.d. "nucleo essenziale"; quest'ultimo, in particolare, è da ascrivere allo specifico intento di limitare la quota del diritto sottratto alla possibilità di revisione da parte della fonte sia legislativa che costituzionale. Cfr. sul punto la pronuncia di Corte cost. 16 dicembre 2016, n. 275 in www.consultaonline.it dove in tema di diritto all'istruzione del disabile, si osserva come la natura fondamentale del diritto "(...) impone alla discrezionalità del legislatore un limite invalicabile nel rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati (sentenza n. 80 del 2010), tra le quali rientra il servizio di trasporto scolastico e di assistenza poiché, per lo studente disabile, esso costituisce una componente essenziale ad assicurare l'effettività del medesimo diritto". Sul punto, giova comunque sottolineare come in mancanza di interventi puntuali da parte del legislatore, neppure la Corte costituzionale ha mai espressamente indicato quale sia, in via generale, il contenuto del nucleo essenziale del diritto inviolabile; in tal modo l'intervento è stato limitato di volta in volta al sindacato concreto sulla legittimità della discrezionalità del legislatore. Per approfondimenti sul delicato tema, si rinvia *ex multis* allo studio di A. Zito, *La politica pubblica dei trasporti tra libertà di movimento ed interessi sociali ed economici: profili concettuali e sistematici*, in *Nuove autonomie*, 2/2019, pagg. 215-226. Ulteriori riferimenti altresì in A. Ruggeri, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *Federalismi.it*, 17/2013, pag. 1, ora in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, a cura di A. Ruggeri, Torino, 2016, 1, pag. 2083 ss., secondo cui la Costituzione italiana riserva un posto centrale al tema della "persona", principalmente con l'art. 2, ma in realtà pervadendone l'intero testo, tanto che, è stato detto, quello "personalista" non è un principio, ma il principio, "ciò che sta appunto all'inizio e, a un tempo, alla fine del percorso costituzionale". Tale principio, inoltre, come tutti quelli innovativi e proiettati al futuro, ha richiesto tempo per dispiegarsi efficacemente, soprattutto per far emergere le parti più lungimiranti e sovversive rispetto all'epoca dell'emanazione, in una dinamica che, come si vedrà soprattutto nei capitoli successivi, è tuttora in corso (Così: G. Silvestri, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza costituzionale italiana: bilanciamenti, conflitti e integrazioni delle tute-*

Così nel quadro d'una configurazione costituzionale dell'amministrazione e della sua funzione rivolta alla tutela e allo sviluppo della persona, il percorso di studi, riprendendo e sviluppando il presupposto metodologico di fondo, ha ricondotto tutta l'ontologia amministrativa ai principi generali della tutela del principio di legalità, ai diritti di libertà e alla centralità del cittadino come fine ultimo dell'ordinamento⁷. Mai, infatti, come in quest'epoca storica si è sentito il bisogno di affermare con forza l'antropocentrismo dell'ordinamento giuridico interno e internazionale: riprova evidente di questa valorizzazione sono state soprattutto le numerose formule di riconoscimento riferite ai diritti dell'uomo sia nelle Costituzioni nazionali sia nei trattati sopranazionali.

Il punto d'arrivo è stato una rilettura della nostra Carta costituzionale nel senso di prefigurare un'amministrazione gravata da un vincolo di servizio nei riguardi della collettività⁸.

A veicolare questa evoluzione è stata una progressiva valorizzazione delle prerogative giuridiche dei singoli. Infatti, se il singolo è stato a lungo estraniato dall'azione pubblica in quanto visto come mero amministrato, oggi la soggettivazione unilaterale del potere è destinata a venir meno in favore d'una precettiva e garantista griglia di diritti sociali.

Questa valorizzazione, peraltro, conducendo ad affermare un'"amministrazione oggettivata" ha segnato il passaggio da una

le, in *Principi costituzionali*, a cura di L. Ventutro – A. Morelli, Milano, 2015, pag. 53 ss.).

⁷ Osserva sempre G. Pastori (in R. Ursi, *Prefazione*, cit., pag. 13) come questa progressiva linea di tendenza emersa definitivamente con l'avvento della Costituzione, porti a capovolgere il senso e la concezione dell'amministrazione "(...) che da funzione pensata come esecuzione della legge in un rapporto quasi di contrapposizione fra autorità e libertà, viene a trasformarsi in funzione che concorre secondo il proprio ruolo a realizzare i compiti costituzionali e a dare adempimento ai corrispondenti diritti individuali e collettivi".

⁸ Cfr. U. Allegretti, *L'amministrazione dell'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Milano, 2009, *passim*, ed C. Esposito, *Riforma dell'amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, in *La Costituzione italiana*, Saggi, Padova, 1954, pag. 256 ss. Si tratta, come noto, del passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale nel quale i diritti fondamentali non sono considerati come interessi singoli da tutelare, sebbene come interessi sociali da perseguire.

concezione di amministrazione “soggettivo–istituzionale” ad una “oggettivo–funzionale” sulla base del convincimento che gli scopi o il “risultato” da perseguire, corrispondano ad altrettanti interessi, utilità o beni della vita dei cittadini.

2. Questo itinerario può considerarsi però il punto d’arrivo di un processo teorico che, partendo dalla tesi dell’amministrazione paritaria, nel corso del tempo ha seguito un percorso autonomo. Infatti, l’origine di queste concettuologie prende avvio da alcune autorevoli riflessioni compiute a partire dalla seconda metà del secolo scorso.

Un momento cruciale nella storia del “risultato” si ha, infatti, quando nel 1956 F. Benvenuti sviluppa il modello organizzativo generale dell’“organizzazione impropria”⁹ o “amministrazione indiretta”¹⁰, gettando così le basi per l’indagine scientifica successiva.

Peraltro, questa impostazione ha ispirato pure lo studio di M.S. Giannini dal titolo “Organi di mera erogazione ed organizzazione impropria”¹¹ a riprendere, e in parte contestare, il discorso sull’amministrazione indiretta proiettandolo verso l’imputazione “per risultati” nell’esame degli istituti di patronato INCA. In tali enti, precisamente, l’esistenza di organi periferici di mera erogazione viene affiancata da organi centrali dotati di sole funzioni direttive; operando soltanto i primi all’esterno, l’autore s’interroga sulla possibilità di un’imputazione sostanziale, di “risultato” ultimo appunto dell’attività all’apparato centrale.

⁹Cfr. F. Benvenuti, *L’organizzazione impropria della pubblica amministrazione* in *Riv. trim. diritto pubblico*, 1956, pag. 968 ss. (ora in *Scritti Giuridici*, II, Milano, 2006, pag. 1373 ss.) nonché *Risultati e prospettive dell’attività regionale* in *Atti del primo convegno di studi regionali (Bressanone 27 settembre-1° ottobre 1954)*, Padova, 1955, pag. 473 ss. (ora in *Scritti Giuridici*, cit., II, pag. 1247 ss.).

¹⁰ Cfr. F. Benvenuti, *L’amministrazione indiretta* in *Amm. civ.*, 1961, pag. 169 ss. (ora in *Scritti Giuridici*, cit., III, pag. 1991 ss.).

¹¹ In *Studi in memoria di L. Mossa*, II, Padova, 1961, pag. 395 ss. (già pubblicato in *Riv. giur. Lav. e previd. Soc.*, 1959, pag. 3 ss. ed ora in *Scritti*, IV, 1955-1962, Milano, 2004, pag. 705 ss.).

Da quel momento la nozione di amministrazione indiretta ha spinto altri studiosi e in particolare di nuovo F. Benvenuti¹², a postulare un nuovo modello di amministrazione: un'amministrazione obiettivata in un contesto istituzionale ispirato alla partecipazione dei cittadini sia nella definizione dello spazio dell'azione amministrativa sia nel momento della realizzazione concreta dei propri compiti.

In questa sede introduttiva preme sottolineare come, da questo schema teorico generale siano derivati significativi sviluppi successivi che hanno portato all'individuazione di una nuova categoria che ha indotto la dottrina a concepire un sistema di "amministrazione di risultato" con l'ambizione di configurarlo come strumento capace di riscrivere radicalmente il diritto amministrativo¹³.

La dottrina sull'"amministrazione di risultato", peraltro, seppur supportata da un notevole apparato argomentativo sostenuto da ricostruzioni assai articolate, non sempre è giunta a esiti

¹² Cfr. lo studio intitolato: *Amministrazione oggettivata; un nuovo modello* in *Rivista trimestrale di scienza dell'amministrazione*, 1978, pag. 6 ss. (ora in *Scritti Giuridici*, cit., IV, pag. 3467 ss.).

¹³ Come ritiene quella dottrina che postula nel "risultato" *"un vero e proprio nucleo normativo, di valore propriamente costituzionale, alla cui stregua ci si propone di inquadrare e risolvere la disciplina positiva dell'intero diritto amministrativo italiano"*. Così A. Romano Tassone, *Amministrazione di risultato e provvedimento amministrativo* in *Principio di legalità e amministrazione di risultati. Atti del convegno. Palermo 27-28 febbraio 2003*, Torino, 2004 pag. 1. Ugualmente, sebbene in maniera forse più metanormativa, si pone quella dottrina che ascrive il processo di trasformazione *pendant* dell'"amministrazione di risultato", al passaggio da *"(...) un'amministrazione formale, valutata fondamentalmente su parametri di mera legalità (legittimità) ad un'amministrazione, come si dice "di risultati"; che, cioè, viene valutata per ciò che produce in termini di soddisfazione degli interessi e dei bisogni dei cittadini, delle famiglie, delle imprese, insomma della società amministrata, al cui servizio è chiamata ad operare"* (V. Cerulli Irelli, *Corso di diritto amministrativo* Torino, 2001, pag. XXII). In questo senso, peraltro, cfr. già O. Ranelletti *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, 1949, pag. 189 e G. Pastori, *Stato e organizzazione amministrativa in Oreste Ranelletti* in *Dir. amm.*, 1993, pag. 41 ss. che mette in evidenza l'attualità del pensiero di tale autore. Ma va anche tenuta in debito conto l'opinione di chi, ridimensionandone il significato, considera l'amministrazione di risultato una sorta di teoria del flogisto, il cui unico insegnamento è l'esigenza di misurazione del fenomeno amministrativo (cfr. in merito: S. Cassese, *Cosa vuol dire amministrazione di risultati?*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2004, pag. 941 ss.).

pienamente persuasivi, soprattutto quando ha creduto di fondare sulla vaghezza della categoria un “nuovo” diritto amministrativo alternativo a quello tradizionale. Infatti dopo la codificazione nell’art. 1 della l. n. 241/1990¹⁴ del principio di efficacia, la concreta realizzazione dei “risultati” è stata considerata principio cardine della riforma dell’organizzazione della pubblica amministrazione con importanti conseguenze sulla distribuzione di funzioni tra i diversi livelli di governo, sulla selezione e valutazione della responsabilità dei dirigenti, sull’attività amministrativa di prestazione e di erogazione dei servizi pubblici e sull’uso efficiente delle risorse disponibili da parte degli organi deputati al controllo esterno sulla gestione¹⁵.

Si tratta di tutta una serie di casi in cui la norma legislativa rimane, per così dire, all’esterno dell’azione amministrativa, limitandosi a configurare gli obiettivi o “risultati” finali da raggiungere, e lasciando lo spazio rimanente alle norme sul procedimento, agli atti di indirizzo degli organi di governo e agli atti di gestione dirigenziale.

Questi ambiti disciplinari toccati dal legislatore attengono in maniera specifica all’organizzazione amministrativa e attribuiscono giuridica rilevanza a un “risultato” inteso come esito complessivo di un’attività e non con riferimento a un singolo e puntuale provvedimento amministrativo.

Tuttavia, quelle norme hanno assicurato l’emersione e il relativo consolidamento di una sorta di nuova cultura giuridica che

¹⁴ E che secondo parte della dottrina avrebbe appunto accolto una visione oggettivo-funzionale dell’amministrazione (G. Pastori, *Prefazione*, cit., pag. 16). Dalla lettura di tutto il corpo normativo, emergerebbe in particolare, una visione che guarda l’amministrazione come una funzione deputata a prestare utilità ai cittadini e agli interessati in un contesto di diritti ed obblighi rispettivi che è tenuta ad adempiere in modo tempestivo, effettivo e concreto.

¹⁵ Così A. Police, *Amministrazione di “risultati” e processo amministrativo in Principio di legalità*, cit., pag. 101 ss. ed in particolare 118, nonché C. D’Orta, *Le pubbliche amministrazioni fra cultura della garanzia e attese di efficienza*, in *Queste istituzioni*, 1998, pag. 95 ss. Osserva in chiave critica G. Ursi (*op. cit.*, pag. 339), come alla luce della evoluzione dell’ordinamento nell’età delle riforme, se non si vuole prospettare una sorta di iperbole dell’azione amministrativa, la formula del “risultato”, dovrebbe prendere le sembianze di una figura dai tratti quasi correttivi utile a denotare un diverso approccio ai problemi organizzativi in relazione al mutato rapporto fra autorità e libertà.