

L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*

Luca R. Perfetti

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Posizione delle questioni. – 3. Primo elemento: a cosa sia funzionale l'organizzazione. – 4. Secondo elemento: quali fini persegua l'organizzazione. – 5. Terzo elemento: relazione tra organizzazione in senso oggettivo e in senso soggettivo. – 6. Forme e regimi dell'organizzazione. – 6.1. L'autorganizzazione come espressione di sussidiarietà. – 6.2. L'organizzazione amministrativa come diretta funzione della società e del suo ordine giuridico costituito dai diritti della persona. – 6.3. L'organizzazione amministrativa come funzione indiretta della società e del suo ordine giuridico costituito dai diritti della persona attraverso il circuito della rappresentanza democratica. – 7. Ulteriori elementi di persuasione: l'organizzazione pubblica come problema politico.

1. *Premessa*

Le nostre convinzioni consolidate sul diritto pubblico poggiano in misura significativa sulla centralità della soggettività pubblica, dell'organizzazione dello Stato e del suo potere¹. Anche se l'articolazione dell'autorità si è andata dipanando verso dimensioni sovranazionali² ovvero locali, arricchendo la soggettività

* Questo scritto prosegue il dialogo con il mio maestro, il Prof. Giorgio Pastori, scegliendo temi ed argomenti propri del suo magistero. Per questo sono particolarmente grato alla Rivista e ai suoi Direttori per l'ospitalità, avendo questa stessa Rivista ospitato contributi fondamentali di Giorgio Pastori, dedicati all'organizzazione amministrativa.

¹ G. Berti, *La parabola della persona stato (e dei suoi organi)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XI/XII (1982/1983), tomo II, 1001, parte dall'assunto che «il diritto pubblico, quale noi conosciamo, nella sistemazione generale e nelle sue articolazioni, rimane sempre dominato dalla dogmatica della personalità dello stato e degli organi statali»; ed ancora: nonostante la similitudine di figure teoriche con il diritto privato, il diritto pubblico «è radicalmente diverso, stando alla sua originaria e perdurante configurazione, caratterizzato da una fondamentale differenziazione dei soggetti» sicché si tratta essenzialmente di un «ordinamento basato sulla diversa qualità o attitudine dei soggetti» (1002).

² Sul fenomeno del diritto amministrativo globale, basterà il rinvio a S. Cassese, *Il diritto amministrativo globale: una introduzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, 331; Id., *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, 2006; S. Battini, *Organizzazioni internazionali e soggetti privati: verso un diritto amministrativo globale?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005,

di profili e problemi e resa assai meno unitaria di quanto non si sia soliti pensare, la sostanza del valore euristico della soggettività pubblica non sembra strutturalmente mutare. Il soggetto pubblico autoritario continua ad essere il centro di significato del diritto pubblico e delle sue categorie.

D'altro canto, pur senza dedicarsi ad una rassegna che poco interessa il nostro discorso, è ampiamente noto come la scienza giuridica della seconda metà del Novecento abbia messo in discussione i concetti fondamentali dell'organizzazione e li abbia riscritti lungo percorsi argomentativi e raggiungendo soluzioni piuttosto differenziate; sono stati messi in discussione e sono controversi il concetto di persona giuridica³ ed i caratteri dell'ente pubblico, quelli di organo, organizzazione, competenza.

359; Id., *La globalizzazione del diritto pubblico*, ivi, 2006, 325 e più e prima ancora, Id., *Amministrazioni senza Stato. Profili di diritto amministrativo internazionale*, Milano, 2003; J.H.H. Weiler, *The Geology of International Law – Governance, Democracy and Legitimacy*, in *Zeitschrift für Ausländisches Recht und Völkerrecht*, 64 (2004), 547, B. Kingsbury, R.B. Stewart, N. Krisch, *The Emergence of Global Administrative Law*, presentato nel 2004 e poi pubblicato in *Law and Contemporary Problems*, 68 (2005), 15 ove un'ampia ricognizione bibliografica.

³ Per limitarsi alla letteratura nazionale, sul concetto di persona giuridica e la sua evoluzione M.V. De Giorgi, *Dalle persone giuridiche agli "enti no profit"*, P. Rescigno (a cura di), *Trattato di diritto privato. Persone e famiglia*^{ii ed}, I, Torino, 279, anche per i riferimenti bibliografici e la ricostruzione dei filoni di pensiero che si trova nelle note tra la pagina di apertura e la pagina 282. Comunque, per l'analisi critica del concetto, F. Galgano, *Delle persone giuridiche*, in *Commentario del codice civile* (a cura di A. Scialoja e G. Branca), Bologna-Roma, 1969 e, di poco precedente, R. Orestano, *Il problema delle "persone giuridiche" in diritto romano*, vol. I, Torino, 1968; più di recente, M. Basile, A. Falzea, *Persona giuridica*, in *Enc. Dir.*, vol. xxxiii, Milano, 1983.

Per la comprensione dei problemi che caratterizzano il concetto, è fondamentale il fascicolo 11/12 (1982/1983) dei *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, dedicato agli *Itinerari moderni della persona giuridica*, ed, in particolare, A. De Nitto, *Dottrina e realtà delle persone giuridiche pubbliche tra fine '800 e inizi '900 in Italia. Alle origini del problema della "crisi dello Stato"*, ivi, 631 e letteratura ivi citata; G. Berti, *op. ult. cit.*; J. Wróblewski, *Legal person: legal language and reality*, ivi, 1035; F. Todescan, *Dalla persona ficta alla persona moralis. Individualismo e matematismo nelle teorie della persona giuridica del sec. XVII*, ivi, 59 – del quale, comunque, è preziosa la lettura di *Diritto e realtà: storia e teoria della fictio iuris*, Padova, 1979. Una interessante esposizione dell'evoluzione del pensiero dei giuristi italiani quanto all'ambito pubblicistico, è in G. D'Alessio, *I giuristi e l'organizzazione amministrativa*, in *Queste istituzioni*, 1983, 5.

Quanto al concetto di ente pubblico, in senso critico, G. Rossi, *Enti pubblici associativi. Aspetti del rapporto tra gruppi sociali e pubblico potere*, Napoli, 1979 e la ricognizione successiva Id., *Gli enti pubblici*, Bologna, 1990; per ulteriori problemi anche gli studi raccolti in V. Cerulli Irelli, G. Morbidelli (a cura di), *Ente pubblico ed enti pubblici*, Torino, 1994.

Sul problema dell'organo – oltre a P. Costa, *Lo Stato immaginario: metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento*, Milano, 1986, rilevante per tutti i profili trattati in questo scritto e, quanto all'organo, soprattutto da 65 a 145 – B. Sordi, *Rappresentanza, Organo, Organizzazione: l'itinerario del diritto amministrativo*, in *Quaderni fiorentini*, xxxvii (2008), 188; A. Massera, *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel diritto amministrativo, I, Stato-persona e organo amministrativo. Profili storico-dogmatici*, Milano, 1989 (soprattutto da 218); per l'idea del collegamento strutturale alla personalità giuridica di diritto pubblico emblematico C. Esposito, *Organo, ufficio, soggettività dell'ufficio*, Padova, 1932, particolarmente da 257; in ogni caso M.S. Gianni, *Organi (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, xxxi, Milano, 1981, 37.

In merito all'organizzazione si vedano, almeno, i fondamentali contributi di S. Cassese, *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 1983 – con ampia appendice bibliografica ragionata, cui si rinvia –; F. Benvenuti, *L'organizzazione impropria della P.A.*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1956, 968; G. Pastori, *Gli enti comunitari. Profili generali*, in *Archivio ISAP*, I, Milano, 1962, ora in *Scritti scelti*, I, Napoli, 2010, 1 (ma su questi problemi, successivamente, anche, G. Berti, *Caratteri dell'amministrazione comunale e provinciale*, Padova, 1969);

Inoltre, anche il quadro costituzionale dell'organizzazione pubblica è discusso e non ci si allontana dal vero se si afferma che non v'è una concezione condivisa dello statuto costituzionale dell'organizzazione pubblica.

Se si arretra nell'analisi dei concetti, si scopre molto facilmente che lo stesso concetto di autorità⁴, così come quello di organo – soprattutto nella loro relazione con la sovranità – sono oggetto di discussioni.

Id., *Amministrazione pubblica*, in *Dizionario di politica* a cura di N. Bobbio, N. Matteucci, Torino, 1976, ora in *Scritti scelti*, cit., 205; G. Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968; V. Bachelet, *Profili giuridici dell'organizzazione amministrativa. Strutture tradizionali e tendenze nuove*, Milano, 1965; M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966; G. Treves, *L'organizzazione amministrativa*, Torino, 1977; G. Guarino, *L'organizzazione pubblica*, Milano, 1977. Per recenti ricognizioni del tema G. Tacogna, *La disciplina dell'organizzazione amministrativa*, Padova, 2014; A. Bartolini, *Organo ed ufficio*, in G. Morbidelli (a cura di), *I fondamenti dell'organizzazione amministrativa*, Roma, 2011, 1.

Quanto al profilo della competenza, per una ricognizione abbastanza recente, A. Pioggia, *La competenza amministrativa. L'organizzazione tra specialità pubblicistica e diritto privato*, Torino, 2001 (sul quale è utile la recensione di A. Orsi Battaglini, in *Dir. pubbl.*, 2002, 361); più risalente, il breve volume di G. Orsoni, *Competenza e amministrazione*, Padova, 1990; è, invece, da riferirsi più al profilo dell'attribuzione del lavoro di M. Bombardelli, *La sostituzione amministrativa*, Padova, 2004 e tuttavia utile sul fronte delle tendenze al superamento dei modelli classici di riparto, da 157.

⁴ Autorità e potere sono concetti largamente discussi (G. Duso, *Il potere. Per la storia della filosofia politica moderna*, Roma, 2011 e Id., *L'Europa e la fine della sovranità*, in *Quaderni fiorentini*, XXXI (2002), 109, ma da 113). Da un punto di vista terminologico, si passa dal rapporto di signoria personale al concetto di dominio come sovranità della persona giuridica dello Stato (sull'evoluzione della *Herrschaft* – sulla quale resta fondamentale M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*^{ed.}, Berlin, 2002, 123; D. Sternberger, *Drei Wurzeln der Politik*, Frankfurt, 1978). Il concetto di autorità (per il quale A. Kojève, *La Notion de l'autorité*, Paris, 2004, trad. it., Milano, 2011, che ne costruisce i quattro concetti astratti indipendentemente dalle sue forme concrete, sicché per l'evoluzione storica del concetto serve riferirsi ad H. Arendt, *What was Authority*, in *Between Past and Future*, New York, V 1961 oppure a J. Raz, *The Problem of Authority: Revisiting the Service Conception*, in *Minnesota Law Rev.*, 90 (2006), 1003, anche per la sintesi delle opinioni già espresse in Id., *The authority of law*, Oxford, 1979 e, per la discussione circa la nozione di autorità legittima, Id., *The Morality of Freedom*, Oxford, 1986, ai nostri fini soprattutto da 286, ove il concetto di autorità viene indagato descrivendo «*the conditions under which an authority is a good-enough authority*», articolando «*tests of success for authorities*» e fissando le «*conditions that have to hold if an authority is to be capable of successfully discharging its tasks*» è anch'esso controverso.

La teoria dell'organo nel suo collegamento con la sovranità è particolarmente evidente nell'idea dell'identificazione tra Stato e sovranità (S. Skalweit, *Der 'moderne Staat'. Ein historischer Begriff und seine Problematik*, Opladen, 1975) che sarà propria di Orlando (sicché «la sovranità, affermazione della capacità giuridica dello Stato, comprende tutti i diritti pubblici o, con espressione sintetica, essa stessa è il diritto dello Stato», V.E. Orlando, *Principi di diritto costituzionale*, Firenze, 1889, 59; sulla questione per maggiori discussioni e informazioni, G. Cianferotti, *Il pensiero di V.E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, 1980; A. Mazzacane, *I giuristi e la crisi dello stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, Napoli, 1986; L. Ferrajoli, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, 1999; M. Fioravanti, *La vicenda intellettuale del giovane Orlando (1881-1897)*, Firenze, 1979 e Id., *Popolo e Stato negli scritti giovanili di Vittorio Emanuele Orlando*, in Id., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, I, Milano, 2001) e nella conseguente individuazione dell'amministrazione come unica attività necessaria dello Stato in declinazione della sua sovranità (ed è fin troppo nota l'idea di O. Ranelletti, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, 279-280, per la quale si potrebbe dare esistenza di Stati senza legislazione o giurisdizione, ma non senza amministrazione).

Anche nella più tarda elaborazione di A. De Valles, *Teoria giuridica dell'organizzazione dello Stato*, Padova, 1931, pur nel tentativo di intensa razionalizzazione (e giuridificazione) dell'organizzazione pubblica, è evidente la riconduzione della sovranità alla persona giuridica dello Stato e la natura costitutiva dell'intera organizzazione, con la conseguente supremazia della volontà dell'organo e centralità dell'organizzazione amministrativa nella costruzione dello Stato (da 156). Solo una diversa concezione della sovranità, coincidente con l'ordinamento giu-

ridico posto in essere dallo Stato e con i modi di produzione ed applicazione delle norme (principalmente H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925) ha consentito la costruzione della teoria dell'organo in termini di impu-
tazione, la distinzione tra elementi *faktisch* e *normativ* di organizzazione e tra profili materiali, sostanziali e for-
mali, alla luce dei quali si sono potute sviluppare narrazioni diverse del problema (tipicamente, da noi, G. Berti,
op. ult. cit. e, per l'inquadramento entro principi ordinanti tratti dalla Costituzione, più recentemente, G. Pasto-
ri, *La funzione amministrativa nell'odierno quadro costituzionale*, in *Dir. econ.*, 2002, 475, ma soprattutto da 480).

Il tema centrale in tutta la costruzione della teoria della persona giuridica (tema sul quale è fondamentale F. Todescan, *Diritto e realtà. Storia e teoria della fictio iuris*, cit.) è proprio la creazione del concetto di Stato e della sovranità. È rilevante che, dopo le incertezze di glossatori, decretisti e commentatori (sul tema P. Peruzzi, *Il Liber Minoricarum decisionum di Bartolo da Sassoferrato. Ricerche sul problema della povertà francescana nel secolo xiv tra Bartolo e Baldo degli Ubaldi*, in *Pensiero politico medievale*, III-IV (2005-2006), da 23), sia in un ambito organicista e con l'affermarsi del giusnaturalismo che il tema trovi soluzione proprio attraverso il ricorso alla volontà sovrana. In questo senso, la *persona ficta* dello Stato è solo parzialmente un automa e, per quanto non già determinato dal meccanismo che la muove (le norme), agisce con una propria volontà ed essa affonda nella sovranità (sull'antropomorfismo del concetto di Stato nella nostra dottrina classica e per l'idea della concentrazione della sovranità in un unico centro personalizzato, C. Magnani, *Stato e rappresentanza politica nel pensiero giuridico di Orlando e Romano*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2000, 349). L'intera costruzione della teoria della *persona ficta* o *repraesentata* – che determinerà uno sviluppo notevolissimo nel diritto civile, dando luogo a quello commerciale – si determina per dare una spiegazione al fenomeno dello Stato e della sovranità, inserendoli nell'idea del contratto sociale e nel duplice volto della sovranità (del capo del corpo politico – il sovrano – e dello Stato, che li comprende entrambi) nel quale affondano le radici le spiegazioni dualistiche della sovranità che tanto hanno influito nella costruzione del diritto amministrativo contemporaneo (P. Costa, *Lo Stato "immaginario". Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, cit., e, per la Germania, M. Fioravanti, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, 1979 e, più sinteticamente, i contributi raccolti da A. Schiavone (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Roma-Bari, 1990). Il monopolio del potere e la sua generalità sono propri dello Stato (*subjectum commune*) e del sovrano (*subjectum proprium*) fin dalla costruzione groziana ed è con il matematismo hobbesiano che la costruzione raggiunge una definizione destinata a permanere. Lo Stato è strumento di governo degli individui e della società cui spetta la generalità della *potestas*, superando sia il problema della doppia sovranità (che diviene doppia capacità del sovrano), sia la questione della relazione tra finzione e realtà (perché la macchina artificiale dello Stato levitiano è essa stessa realtà – sul problema, però, E. Opocher, *La realtà giuridica e il problema della sua validità*, Padova, 1976 e, ovviamente, la voce *Realtà giuridica* di Romano [Santi] nei *Frammenti di un dizionario giuridico*, qui tenuto presente nella ristampa Milano, 1983 a cura di A. Romano); il monopolio del potere e la sua generalità sono da subito collegati con il monopolio dell'interesse pubblico (*«be carefull in his politic persono procure the common interest»*, Hobbes, *Leviathan*, II, XIX, in *English works*, London, 1839-45, 173) da parte dello Stato come persona giuridica (*«wiche is but an artificial man»*, *ivi*, *Introduction*, III, IX). Il quadro si completa con S. Pufendorf (*De iure naturae et gentium*, London, 1672, trad. it. a cura di F. Palladini e F. Todescan, con introduzione di N. Bobbio, Padova, 2016) nel disegno del popolo che legittima la sovranità ma, con il farlo, se ne priva irrimediabilmente per sottostare a chi ne dispone; la persona giuridica dello Stato assume una realtà eguale alle persone fisiche (O. von Gierke, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin, Weidmann, 1877, che enorme influenza ha avuto sulla nostra dottrina, specie privatistica attraverso Ferrara e Vivante – ma anche, con diverso accento, J.K. Bluntschli, *Lehre von modern Staat. Allgemeines Staatsrecht*, vol. I e II, 1885/1886, 1965 e G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1914) e si definisce per il tramite del suo «potere di dominazione originario», vale a dire con la sovranità (G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, cit., 370). Sovranità come disponibilità del potere e realtà della sua personificazione nella statualità divengono i termini immancabili di questa questione. Naturalmente, la rappresentazione del problema della personalità giuridica dello Stato come ente reale definito dalla sua sovranità è stata oggetto di discussioni e critiche successive. Sugli sviluppi successivi della soggettività pubblica si vedano le notazioni di A. De Nitto, *Dottrina e realtà delle persone giuridiche pubbliche tra fine 800 ed inizi 900 in Italia*, cit., circa l'iscrizione degli enti pubblici nella teoria della sovranità – chiaro in tal senso è F. Persico, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, Marghieri, 1875, per il quale «lo Stato è un tutto organico sotto forma di personalità (7) ed essa è "l'unità del potere sovrano"» (18) -). È proprio il bisogno di conservare l'unità della sovranità a far qualificare gli enti come autarchici (il riferimento è a Santi Romano, *Decentramento amministrativo*, in *Enc. Giur. It.*, Milano, 1897, IV, 427 poi in *Scritti minori*, Milano, 1950, II,

Allo stesso modo, il concetto di Stato, nella nostra letteratura, fin dalla fase di fondazione nella scuola orlandiana, vede pochi elementi condivisi⁵ e presto la discussione si concentra sulla sua crisi⁶.

Tuttavia, pur in questo quadro di molte incertezze, il regime positivo dell'organizzazione pubblica è oggetto di puntuali ricostruzioni – sia nel diritto nazionale⁷ che in quello europeo⁸ – alle quali si può con sicurezza rinviare.

Serve, quindi, avvertire il lettore che non ci si intende trattenere su questi elementi, molto profondamente e recentemente studiati. Il quadro generale del dato positivo è ben disponibile; semmai sono mancate in questi ultimi decenni trattazioni accurate di settori dell'ordinamento, di singole organizzazioni, delle quali si sa ormai poco di aggiornato ed affidabile tanto che sarebbe più che utile una ricerca collettiva che indaghi, da un punto di vista teorico e ricostruttivo e non appena per dar conto di novità frammentarie che vengono da una legislazione spesso di qualità scarsa, il complesso dell'amministrazione italiana. Quel che, invece, qui si vorrebbe – non più che – riavviare è la riflessione sul modello di amministrazione ed i principi (costituzionali) che lo giustificano. Naturalmente, il dato della

11) sicché essi non esercitano che «amministrazione indiretta dello Stato compiuta da una persona giuridica per diritto subiettivo e nell'interesse oltre che dello Stato anche proprio» (ivi) e solo «per rinuncia dello Stato all'esercizio di un'attività che pur rientrerebbe nella naturale sua sfera di funzioni» (Id., *Il Comune (parte generale)*, nel *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano* curato da Orlando, pt. I, vol. II, Milano, 1908, 577; ma sulla centralità del rapporto organico anche O. Ranalletti, *Concetto delle persone giuridiche pubbliche amministrative*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1916, 317 e sulla soggezione allo Stato, G. Miele, *La distinzione tra enti pubblici e privati*, in *Studi per F. Ferrara*, Milano, 1942, 473). In questa distinzione, si avverte «la diversa dislocazione del potere, fuori e dentro l'organizzazione» (G. Di Gaspare, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992, 93, ma in generale da 92 a 270), sicché i criteri fondanti sono quelli di competenza e di supremazia speciale.

⁵ Fondamentale in tal senso è la lettura del confronto tra Orlando, Santi Romano e Ranalletti di S. Cassese, *Lo Stato, "stupenda creazione del diritto" e "vero principio di vita" nei primi anni della Rivista Italiana di Diritto Pubblico (1909-1911)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, xvi (1987), 501, ove si nota che l'elemento comune – oltre al riferimento all'elaborazione tedesca – è il «passo in avanti rispetto ad essa, portando alle estreme conseguenze il distacco tra lo Stato e gli elementi che lo compongono e la sua impersonalità, distacco e impersonalità che fanno la grandezza della costruzione statale ma rappresentano, allo stesso tempo, l'origine del suo tracollo sia nelle vicende storiche che seguiranno di qualche anno, sia nella riflessione dei giuristi che prenderà piede dopo poco più di mezzo secolo» (514); per il resto, le differenze sono sensibili.

⁶ Ovvio il riferimento alla prolusione di Santi Romano del 1909, *Lo Stato moderno e la sua crisi* ora in Romano [Santi], *Lo stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, 1969. Sulla prolusione pisana si possono leggere P. Grossi, *Lo Stato moderno e la sua crisi (a cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano)*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2011, 1; A. Romano, *Santi Romano, Lo Stato moderno e la sua crisi e l'ordinamento giuridico*, ivi, 2011, 333; S. Cassese, *Ipotesi sulla formazione de l'ordinamento giuridico di Santi Romano*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 1972, 243; Id., *A proposito della pubblicazione de Il diritto pubblico italiano di Santi Romano*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1989, 474.

⁷ C. Franchini, *L'organizzazione amministrativa*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da S. Cassese, *Diritto amministrativo generale*, tomo I, Milano, 2000, 23 (seconda edizione, 2003, Tomo I, 251); G. Sciuillo, *L'organizzazione amministrativa. Principi*, Torino, 2013.

⁸ Per tutti, C. Franchini, *L'organizzazione amministrativa italiana*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. Chiti e G. Greco, Milano, 1997, 467 (seconda edizione, 2007, Parte generale, t. II, 863); G. Della Cananea, C. Franchini, *I principi dell'amministrazione europea* II ed, Torino, 2013.

legislazione ordinaria e della giurisprudenza non è trascurato e, tuttavia, in questa sede semplicemente sotteso, per non perdere di vista l'obiettivo che ci si propone.

Alcuni elementi di riflessione sembrano consolidati. È, infatti, piuttosto diffusa l'idea che l'organizzazione amministrativa abbia natura funzionalizzata e che l'autorità sia costituita in una persona giuridica nella quale l'organizzazione assume allo scopo di imputare gli effetti giuridici dell'attività cui è funzionalizzata. Non serve diffondersi nei richiami, giacché si tratta di principi largamente condivisi. Basterà richiamare Giannini, che afferma che «i disegni organizzativi si compongono di tre tipi di proposizioni prescrittive: la definizione della funzione, la definizione dell'elemento di articolazione della funzione, la determinazione de rapporti tra gli elementi medesimi»⁹; decisivo, quindi, il concetto di funzione che «qui significa parte di attività in quanto ordinata a un fine»¹⁰. Le organizzazioni sono, quindi, «collegate istituzionalmente ai gruppi»¹¹, con il risultato che «l'analisi giuridica delle istituzioni del gruppo pone una quantità di problemi che in massima parte pertengono alla normazione positiva e non alle invarianti», rispetto alle quali – invece – l'unico «problema generale di base» è «quello dell'imputazione giuridica»¹².

Si tratta di una sintesi largamente dominante nella nostra letteratura ancora oggi. Ciò che è considerato invariante è che l'autorità (I) si costituisca come persona giuridica¹³, (II) sia definita dai suoi fini ed (III) istituzionalmente collegata al gruppo di riferimento.

Pur con importantissime differenze, l'idea che l'organizzazione sia definita dai suoi fini e derivi dalla sovranità statale è condivisa anche dall'impostazione normativista. Per stare alla più diffusa formulazione – quella di Benvenuti in sede manualistica¹⁴ – il concetto di amministrazione deve esser distinto in soggettivo ed oggettivo: in ragione del primo, si qualificano i soggetti e gli organi che esercitano la funzione esecutiva, amministrando «poteri direttamente derivanti dalla sovranità»¹⁵ – ovvero indirettamente e per devoluzione da essa (autonomia); dal punto di vista oggettivo, invece, indipendentemente dalla provenienza dell'atto da un soggetto dotato di determinate qualificazioni, l'organizzazione coincide con «l'esplicazione della funzione esecutiva in senso sostanziale e formale», sicché vi sia «riconducibilità degli atti all'esercizio di una funzione esecutiva»¹⁶. Si tratta di una ricostruzione che propone una spiegazione dell'organizzazione differente

⁹ M.S. Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, 26/27.

¹⁰ M.S. Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., 27.

¹¹ M.S. Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., 28.

¹² M.S. Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., 29.

¹³ Nella letteratura precedente, almeno, G. Zanobini, *Concetto delle persone giuridiche amministrative*, in *Riv. di dir. pubbl.*, 1916, 817; C. Vitta, *Le persone giuridiche pubbliche in Francia e in Italia*, Modena, 1928.

¹⁴ F. Benvenuti, *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1996

¹⁵ F. Benvenuti, *Disegno dell'amministrazione italiana*, cit., 97.

¹⁶ F. Benvenuti, *Disegno dell'amministrazione italiana*, cit., 98.

da quella della tradizione istituzionista – talché pone l'amministrazione pubblica «al crocevia fra istituzioni e società»¹⁷, sottraendola dalla sua manifestazione tradizionale quale autorità e strumentalità all'azione di governo sicché l'organizzazione «appare primariamente nel suo profilo di attività per la cura di finalità e scopi obiettivati nella stessa Costituzione e poi nelle leggi»¹⁸ e potrà essere pensata in senso obiettivo, come «funzione dell'ordinamento»¹⁹.

Pur con importanti differenze, i dati della ipostatizzazione in una persona giuridica che partecipa della sovranità e della funzionalizzazione ai fini pubblici sono elementi caratterizzanti di entrambe le concezioni.

2. *Posizione delle questioni*

In questo quadro si iscrivono le questioni che mi sembrano richiedere una discussione. Come già accennato, si tratta solo di punti di partenza per una ripresa della riflessione sulla teoria dell'organizzazione pubblica. In breve, rispetto ai due elementi ritenuti certi circa l'organizzazione:

(i) quanto al primo, vale a dire alla funzionalizzazione dell'organizzazione ai fini o interessi pubblici²⁰, non potrà non venire in rilievo il fatto che lo stesso concetto di interesse pubblico è più presupposto che spiegato nelle nostre letteratura e giurisprudenza; anche in questo caso, infatti, formulazioni come ponderazione degli interessi in ordine alla fattispecie o interesse funzionale protetto dalla norma finiscono per essere discutibili e comunque molto generali;

(ii) quanto al secondo, se l'altro elemento di certezza è dato dall'essere l'organizzazione articolazione di una persona giuridica che identificheremo con l'ente pubblico, il suo stesso concetto è discusso, i suoi caratteri incerti, la natura della persona giuridica controversa.

Sembra, quindi, vi sia ragione di impostare ulteriori discussioni.

In questa prospettiva, non conviene limitarsi ai due fattori appena indicati; piuttosto, sembra utile discutere dei presupposti e dell'insieme degli elementi che concorrono a definire l'organizzazione. Cercando di ordinare sistematicamente i profili rilevanti della questione e le ragioni per discutere le spiegazioni correnti dell'organizzazione amministrativa, sembra utile individuare due sequenze concettuali distinte.

¹⁷ G. Pastori, *Feliciano Benvenuti e il diritto amministrativo del nuovo secolo*, in *Jus*, 2008, 323

¹⁸ G. Pastori, *op. ult. cit.*, 325.

¹⁹ G. Pastori, *op. loc. ult. cit.*

²⁰ Una tesi molto profonda relativa al concetto di interesse pubblico, costruita in aderenza al principio di legalità – pur diversa da quella che qui si intende sostenere – è in S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1989, 20 – quanto all'organizzazione, alla critica del concetto di organo, da 104.

Primariamente, la questione si pone lungo la sequenza concettuale propria dell'amministrazione in senso soggettivo e, cioè:

[*fine pubblico*] ⊢ [*persona giuridica pubblica*] ⊢ [*organizzazione*] ⊢ [*organo*]
 ⊢ [*funzionario*]

La seconda sequenza concettuale che sembra utile individuare per costruire una soluzione sistematica del problema, riguarda l'amministrazione in senso oggettivo, vale a dire:

[*fine pubblico*] ⊢ [*procedimento*] ⊢ [*competenza*] ⊢ [*organo*] ⊢ [*decisione/volontà*].

L'individuazione di queste sequenze concettuali consente di organizzare i problemi intorno a nuclei tematici omogenei; infatti: (I) vi sono spiegazioni differenziate di ciascun elemento di entrambe le sequenze concettuali; (II) sono controverse le relazioni tra gli elementi di entrambe le sequenze; (III) è discussa la relazione tra le due sequenze, vale a dire tra l'organizzazione in senso soggettivo ed obiettivo.

Conseguentemente, una spiegazione dell'organizzazione amministrativa richiede di fornire una soluzione coerente al problema dato da ciascuno degli elementi controversi e delle loro relazioni (interne alla singola sequenza e tra le due stringhe concettuali).

Per poter provare ad adempiere a questo compito, non sembra decisivo assegnare un significato specifico a ciascuno degli elementi controversi, quanto, piuttosto, fornire una loro spiegazione sistematica alla luce della definizione del profilo costituzionale dell'organizzazione pubblica. Infatti, a fronte di una pluralità di concetti fondamentali controversi (in sé stessi e nella loro relazione), occorre individuare un ancoraggio più solido della controversia rispetto all'interpretazione del loro regime legale, della loro evoluzione storica o del profilo dogmatico (vale a dire di organizzazione ed interpretazione delle norme positive) in sé stesso. In questa prospettiva, quindi, sembra utile impostare la questione sia sul versante teorico (nel senso della costruzione del sistema) che dogmatico (vale a dire, come interpretazione adeguata delle norme – nella specie, costituzionali)²¹. È, peraltro, ovvio che – come proprio di ogni spiegazione teorica – la soluzione raggiunta potrà persuadere o meno e, tuttavia, sarà per sua stessa natura discutibile.

3. *Primo elemento: a cosa sia funzionale l'organizzazione*

Pur senza indulgere in nominalismi, sembra molto difficile negare la natura funzionale dell'organizzazione. Nessuna organizzazione nasce se non funzionalmente ad uno scopo, ad un obiettivo, ad un'esigenza. Si tratta di un semplice punto di fatto, del quale non sembra ragionevole dubitare.

²¹ Per la distinzione, L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, 2012.

Per costruire una teoria adeguata dell'organizzazione pubblica conviene quindi partire da questo punto: a cosa l'organizzazione amministrativa sia servente, assunto che nessuna organizzazione ha senso in sé e per sé. Non appena si parla dal presupposto della dottrina tradizionale, la domanda apparirà priva di senso: ciò che preesiste nel diritto pubblico è lo Stato sovrano, la sua attrazione a sé di ogni capacità di diritto pubblico, sicché l'organizzazione amministrativa non può che essere articolazione della persona giuridica sovrana.

Il *primo* problema che si intende porre è, quindi, se il dato di partenza debba essere lo Stato sovrano, la spettanza della sovranità all'autorità e, quindi, la naturale pertinenza ad essa dell'organizzazione. Il *secondo* problema che si intende porre, per conseguenza, è se l'organizzazione debba necessariamente essere spiegata come articolazione della persona giuridica pubblica.

Affrontando questi due problemi, si spera di fornire una prima fondazione della teoria dell'organizzazione, sciogliendo il nodo concettuale della relazione tra [persona giuridica pubblica] e [organizzazione] così come quello della [relazione tra organizzazione e attività].

Conseguentemente, si intende chiarire quella porzione della sequenza concettuale relativa all'amministrazione in senso soggettivo che si riferisce a [persona giuridica pubblica] ⊢ [organizzazione] ⊢ [organo] ⊢ [funzionario] ed alla sua relazione con quella in senso oggettivo.

Si è osservato in apertura come tutte le teorie correnti dell'organizzazione pubblica presuppongano la sovranità dello Stato²².

Il che è naturale, giacché l'intero diritto pubblico si è costruito ed è evoluto nel senso della progressiva giuridicizzazione del potere originariamente iscritto nel perimetro dell'autorità pubblica costruita come persona giuridica. Peraltro, la costruzione dello Stato (e, a seguire, dell'autorità nelle sue varie articolazioni) come persona giuridica di diritto pubblico ha ragioni (e meriti) storiche profondissime, servendo – tra l'altro – a giuridicizzare la lotta civile (di religione, nella specie), razionalizzare l'uso della forza e della guerra, costruire la convivenza²³.

²² Più articolato è certamente il pensiero di G. Berti, *Il principio organizzativo nel diritto pubblico*, Padova, 1986, particolarmente da 72, giacché pone espressamente la questione – che risolve, però, con meno nettezza di quanto non ci si proponga di fare qui – della relazione tra organizzazione e sovranità popolare ed, anzi, della necessità dell'organizzazione per l'esercizio della sovranità popolare, in funzione di critica della centralità della persona giuridica statale.

²³ Ovvio il richiamo a C. Schmitt, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum europaeum*, Greven, Colonia 1950, (trad. it. Milano, 1991); ma sul tema anche Id., *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre der Souveränität*, Monaco-Lipsia 1922 (trad. it., parziale, in *Le categorie del 'politico'*, a cura di P. Schiera e G. Miglio, Bologna, 1972), Id., *Der Begriff des Politischen*, in Id. et al., *Probleme der Demokratie*, Berlino-Grüneberg, 1928 (trad. it., parziale, in *Le categorie del 'politico'*, cit.), Id., *Donoso Cortés*, Köln, Greven, 1950 (trad. it. Milano, 1996); su queste opere di Carl Schmitt, almeno, P. Chiantera-Stutte, *Il pensiero geopolitico. Spazio, potere e imperialismo tra Otto e Novecento*, Roma, 2014; S. Pietropaoli, *Schmitt*, Roma, C 2012; E. Castrucci, *Nomos e guerra. Glosse al «Nomos della terra» di Carl Schmitt*, Napoli, L 2011; C. Galli, *Genealogia della poli-*

Ciò che è evidente nel diritto pubblico europeo (ed in quelli che da questa tradizione attingono) è che l'autorità ed il suo potere sono il dato preesistente, sia giuridicamente (attraverso la sovranità) che effettivamente (giacché l'autorità preesiste al diritto pubblico che nasce per regolarla). È più che ovvio, quindi, che l'organizzazione sia avvertita come articolazione dell'autorità, funzionale ai suoi scopi.

Dal momento in cui essa si qualifica come persona giuridica, quindi, l'organizzazione non può che apparire come articolazione organizzativa della persona giuridica stessa, sicché i suoi organi sono centri di imputazione di atti compiuti grazie alla (originaria) capacità giuridica e d'agire della persona giuridica (ultimativamente, la sovranità).

Il presupposto teorico e pratico della generale pervasività del potere pubblico dell'organizzazione amministrativa, in essa personificato e giuridificato²⁴ è la sovranità²⁵; si tratta di sottrarre da una totalità (il potere come capacità di espri-

rica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno, Bologna, 2010; A. Amendola, *Carl Schmitt tra decisione e ordinamento concreto*, Napoli, 1999.

²⁴ Non essendo possibile in questa sede darne uno svolgimento adeguato al tema, basterà riferirsi a P. Costa, *Lo Stato immaginario: metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento*, cit., soprattutto da 65 a 145. Per la ricostruzione del collegamento dell'autonomia dell'organizzazione alla sovranità A. Massera, *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel diritto amministrativo. I. Stato-persona e organo amministrativo. Profili storico-dogmatici*, cit., da 218; per l'idea del collegamento strutturale alla personalità giuridica di diritto pubblico emblematico è C. Esposito, *Organo, ufficio, soggettività dell'ufficio*, cit., particolarmente da 257.

²⁵ Non può stupire che la concezione dell'organo sia radicalmente influenzata dalla concezione della sovranità, stante che il concetto stesso di Stato-persona incorpora insieme soggettività giuridica e sovranità. Il rilievo della questione è evidente nella riflessione giuridica dei Paesi continentali, sicché basterà darne solo alcuni riferimenti nella letteratura nazionale, certo a tutti nota; ciò anche perché è del tutto evidente nella nostra dottrina l'influenza delle teorie prima tedesche poi austriache. Infatti, la discussione intorno alla teoria dell'organo è pressoché assente nella letteratura preorlandiana soprattutto perché le grandi teorizzazioni organiciste dell'autorità pubblica (a cominciare da O. von Gierke, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin, 1887 e Jellinek, *Gesetz und Verordnung: Staatsrechtliche Untersuchungen auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage*, Freiburg, 1887) non erano ancora state elaborate o conosciute. Subito dopo l'elaborazione di queste questioni da parte della dottrina tedesca, si apre la stagione della riflessione sul tema nel nostro Paese ed, essenzialmente, in recezione di quelle teorizzazioni. Saranno Romano [Santi], *Nozione e natura degli organi costituzionali dello Stato*, Palermo, 1898 a recepire quelle idee – che troveranno sintesi nei *Principi di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1906 (qui tenuti presente nella III edizione, Milano, 1912) – e O. Ranalletti, *Gli organi dello Stato*, in *Riv. dir. pubb.*, 1909, 70 ad avviare la recezione di quelle idee (su questi problemi, per tutti, B. Sordi, *Rappresentanza, Organo, Organizzazione: l'itinerario del diritto amministrativo*, cit., 188). La teoria organicista si radica da subito nella questione della sovranità, sicché per Romano l'organo deriva dalla delimitazione della generale attività amministrativa dello Stato, con la cui personalità di diritto pubblico coincide la sovranità (15) ed i rapporti inter-organici non assumono rilievo giuridico perché annessi nell'unitaria sovranità della persona giuridica dello Stato, nell'unicità dei suoi scopi e competenza (24); diversamente, per Ranalletti, in aderenza più piena a Jellinek, la sovranità è qualità della potestà dello Stato (123 e ss.) ed il rilievo giuridico dei rapporti inter-organici non offusca l'unitaria assegnazione della sovranità (125). Sempre ragionando della sovranità, poi, l'interpretazione del tema in senso opposto, vale a dire in quello della natura rappresentativa e non organica del funzionario (D. Donati, *La persona reale dello Stato*, in *Riv. dir. pubblico*, 1921, I, 2; ma già G. Arangio Ruiz, *Istituzioni di diritto costituzionale italiano*, Torino, 1913, 522) si costruisce sull'idea che il popolo sia oggetto della sovranità e fonda la rappresentanza sul presupposto che i funzionari esercitino funzioni sovrane. La teoria dell'organo nel suo collegamento con la sovranità è particolarmente evidente nell'idea dell'identificazione tra Stato e sovranità (S. Skalweit, *Der 'moderne Staat'. Ein historischer Begriff und seine Problema-*

mersi in quanto autorità rispetto a qualunque profilo che appaia di pubblico interesse) la cui sostanza non può essere negata. In questa prospettiva non si fatica, quindi, a comprendere per quali ragioni l'organizzazione non possa che essere intesa come articolazione dell'autorità, legittimata dalla sua sovranità ed articolata entro la sua persona giuridica.

Si è innanzi ad un'immagine persuasiva: v'è una persona giuridica, lo Stato (o in genere dell'autorità), cui è assegnata la sovranità e della quale l'organizzazione è articolazione, entro la quale scorre il potere pubblico, si costituiscono relazioni inter-organiche (tipicamente gerarchiche) e problemi di imputazione dell'effetto giuridico della decisione. In questo senso l'organizzazione è funzionale allo Stato (o, in generale, alla persona giuridica pubblica). Non infrequentemente se ne offre l'immagine dell'articolazione organizzativa che prende indirizzi o comandi dall'organo politico riconducibile al potere esecutivo (il Governo, tipicamente) e li articola fino a produrre il risultato materiale voluto.

Quest'idea è stata molto ampiamente criticata: nella seconda metà del Novecento vi è chi ha sviluppato una vasta discussione diretta a dimostrare la natura necessaria dell'organizzazione ed il ruolo del tutto recessivo della persona giuridica²⁶. A quella critica si può rinviare per condivisibili osservazioni.

tik, Opladen, W 1975) che sarà propria di Orlando (sicché «la sovranità, affermazione della capacità giuridica dello Stato, comprende tutti i diritti pubblici o, con espressione sintetica, essa stessa è il diritto dello Stato», V.E. Orlando, *Principi di diritto costituzionale*, Firenze, Barbera, 1889, 59; sulla questione per maggiori discussioni e informazioni, G. Cianferotti, *Il pensiero di V.E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, 1980; A. Mazzacane (a cura di), *I giuristi e la crisi dello stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, Napoli, 1986; M. Fioravanti, *Popolo e Stato negli scritti giovanili di Vittorio Emanuele Orlando*, in Id., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, I, Milano, 2001) e nella conseguente individuazione dell'amministrazione come unica attività necessaria dello Stato in declinazione della sua sovranità (ed è fin troppo nota l'idea di O. Ranalletti, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, 279-280, per la quale si potrebbe dare esistenza di Stati senza legislazione o giurisdizione, ma non senza amministrazione). Solo una diversa concezione della sovranità, coincidente con l'ordinamento giuridico posto in essere dallo Stato e con i modi di produzione ed applicazione delle norme (principalmente H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925) ha consentito la costruzione della teoria dell'organo in termini di imputazione, la distinzione tra elementi *faktisch* e *normativ* di organizzazione e tra profili materiali, sostanziali e formali, alla luce dei quali si sono potute sviluppare narrazioni diverse del problema (da noi, G. Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., e, per l'inquadramento entro principi ordinanti tratti dalla Costituzione, più recentemente, G. Pastori, *La funzione amministrativa nell'odierno quadro costituzionale*, cit., soprattutto da 480). Diversamente, per la comprensione della natura originaria dell'incorporazione (nel senso etimologico della assunzione in un tessuto corporale) della sovranità nello Stato (e nel Sovrano) restano fondamentali E.H. Kantorowicz, *The King's two Bodies: a Study in Mediaeval Political Theology*, Princeton, 1957 e in Id., *Mysteries of State. An Absolutist Concept and its late Mediaeval Origins*, in *Harvard Theological Review*, XLVIII (1935), 65 (ove i riferimenti all'opera del giurista umanistico Luca da Penne, *Commentaria in tres Libros Codicis Justiniani*, Parigi, 1569 e il richiamo dell'idea che la spettanza della sovranità allo Stato ed al Sovrano appartengono ad una sorta di ordine naturale eterno, presente in Baldo, *Consilia*, III, n. 6, f. 34: «Ibi attendimus dignitatem tamquam principale ed personam tamquam instrumentalem. Unde fundamentum actus est ipsa dignitas quae est perpetua».

²⁶ Il riferimento è a G. Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit. e Id., *Il principio organizzativo nel diritto pubblico*, cit.

Tuttavia, il problema non sembra solo quello di svelare le ragioni²⁷ per le quali la persona giuridica non assolve ad un ruolo (giuridico) rilevante, essendo pensabile, invece, un'organizzazione proceduralizzata, fatta di una molteplicità di snodi interconnessi, frequentemente appartenenti a persone giuridiche diverse, il cui compito è attuare la volontà dell'ordinamento ed esercitare la funzione in senso giuridico e non eseguire il comando o l'indirizzo dell'organo di governo.

Ciò che appare centrale è osservare che la sovranità non appartiene necessariamente alla persona giuridica pubblica che ipostatizza lo Stato (o gli enti pubblici). Più ancora, nel nostro ordinamento costituzionale essa appartiene ad un soggetto diverso, vale a dire al popolo.

Se si intende (come qui s'intende) tenere fermo il principio per il quale l'organizzazione amministrativa ha funzione servente del sovrano, escludere che la sovranità spetti allo Stato ed affermare ch'essa pertiene al popolo, significa modificare radicalmente la spiegazione dell'organizzazione pubblica.

Anzitutto, non vi sono ragioni teoriche (per quanto ve ne siano – e di serissime – di natura storica) per ritenere che la sovranità debba necessariamente spettare allo Stato o in generale all'autorità. Le stesse costruzioni consolidate legittimano questa conclusione per ragione del fatto che le autorità sono «collegate istituzionalmente ai gruppi», sicché vi sono ottime ragioni per ritenere ch'esse non siano se non espressione di una capacità (la sovranità) originariamente spettante alla società.

Non è inutile rammentare che nel contributo fondamentale a questo modo di ragionare²⁸, si assume che il concetto di diritto si fondi in quello di società²⁹, contenendo quello di ordine sociale³⁰ sicché l'ordine sociale «se ne serve e le comprende nella sua orbita, ma, nel medesimo tempo, le avanza e le supera»³¹; piuttosto è l'ordine giuridico a coincidere con l'istituzione³² e questa a divenire ente³³,

²⁷ Tutte ampiamente dimostrate da G. Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit. e Id., *Il principio organizzativo nel diritto pubblico*, cit.

²⁸ S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, in *Annali delle Università toscane*, 1917/1918, qui tenuto presente nella ristampa (con note aggiunte dall'autore), Firenze, 1946.

²⁹ S. Romano, *op. ult. cit.*, 21, ove si osserva che i due concetti sono reciprocamente cointessuti, sicché «quel che non supera la sfera puramente individuale, che non supera la vita del singolo, come tale non è diritto (*ubi ius ibi societas*) e inoltre non c'è società, nel senso vero della parola, senza che si manifesti in un fenomeno giuridico (*ubi societas ibi ius*)»

³⁰ S. Romano, *op. ult. cit.*, 22.

³¹ S. Romano, *op. loc. ult. cit.*

³² S. Romano, *op. ult. cit.*, 23

³³ S. Romano, *op. ult. cit.*, 29. Discutendo (da 24) i risultati raggiunti dalla letteratura tedesca e francese, ed in particolare l'ampiezza inesatta del concetto per come utilizzato in Hauriou per via del fatto che quest'ultimo modella la nozione su quella dello Stato (28) – pur liberando il concetto di istituzione da quello di persona giuridica che condizionava la dottrina germanica (27) – Romano giunge al concetto di istituzione come ente – nel senso in cui questo ha «un'esistenza obiettiva e concreta, per quanto immateriale» sicché «per rendere meglio questo suo carattere abbiamo anche detto un "corpo" sociale» (29).

«manifestazione della natura sociale e non puramente individuale dell'uomo»³⁴: ne deriva che «l'istituzione sia un'organizzazione sociale»³⁵ ed, insieme, «un ordinamento giuridico, una sfera a sé, più o meno completa, di diritto obiettivo»³⁶.

Ciò che non si riesce a negare, in sede teorica, è che l'origine e legittimazione del potere risieda nel corpo sociale; ciò che, invece, ordinariamente accade da oltre due secoli – a fronte del rilievo notevole dello Stato, nelle sue articolazioni – è che questa origine finisca per essere solo tale, facendo traslocare rapidamente il potere nell'autorità (come istituzione o come ordinamento) per non fare ritorno in alcun modo alla sua origine. Anche la più recente fondazione democratica dell'organizzazione – in perfetta coerenza con la vicenda storica che caratterizzava la seconda metà del Novecento – ha finito per rileggere l'organizzazione nella prospettiva dell'indirizzo politico che promana dal consenso elettorale, dalla legittimazione delle assemblee elettive, dalla permanente capacità dell'elettorato di esprimersi attraverso una serie di corpi intermedi (partiti, associazioni, sindacati, etc.) che facevano fluire permanentemente quest'indirizzo nelle istituzioni; tuttavia, questo quadro è da tempo del tutto inattuale ed il richiamarsi a questa giustificazione, oggi, finisce per essere tradimento della sua stessa ispirazione originaria.

Non vi sono, quindi, ragioni teoriche per affermare la necessità che la sovranità appartenga all'autorità (e, per quel che interessa, al potere esecutivo). Non vi sono ragioni convincenti nemmeno per accettare l'idea della semplice espunzione dal mondo giuridico del concetto di sovranità³⁷; l'idea in questione, infatti, non solo nasce in funzione critica degli usi del concetto nella prima metà del Novecento – assegnando all'idea di sovranità anche responsabilità che non le spettano –, ma soprattutto non risolve il problema dell'individuazione della forza (giuridica) che ha la capacità di porre in essere l'ordinamento e legittimare l'autorità.

Che la si chiami potere costituente o sovranità – pur con le loro innegabili differenze – resta il problema di identificare una forza che ha la capacità di reggere la costruzione ordinamentale. Essa è necessariamente una capacità che si colloca tra il fatto ed il diritto, tra la società e le istituzioni e non può che essere (a mio modo di vedere) la persona umana con il suo valore normativo, che si esprime permanentemente in quest'ambito attraverso la garanzia della natura inviolabile (da parte del diritto e dell'autorità) dei suoi diritti. In questo senso si supera anche l'ampia discussione sul potere di eccezione³⁸.

³⁴ S. Romano, *op. ult. cit.*, 31 – anche se ciò non significa che il sostrato dell'istituzione siano sempre necessariamente «*degli uomini tra loro collegati*», potendo consistere anche in un insieme di mezzi destinati ad un fine predeterminato (*ivi*).

³⁵ S. Romano, *op. ult. cit.*, 33.

³⁶ S. Romano, *op. ult. cit.*, 35.

³⁷ Per questa idea, L. Ferrajoli, *La sovranità nel mondo moderno*, Roma-Bari, 1997.

³⁸ Si intende alludere alla nota questione posta da C. Schmitt circa la apparente contraddizione del concetto di sovranità, giacché il sovrano si pone nello stesso momento, nell'area del fatto ed in quella del diritto,

Dal punto di vista dogmatico, poi, non vi sono ragioni per dubitare che la sovranità esista come problema giuridico e che essa spetti al popolo. In questo senso, basterà la lettura dell'art. 1 Costituzione.

La disposizione costituzionale è espressa nell'attribuire la «sovranità» al popolo. Non si tratta di un'attribuzione generica, imprecisa. Il riferimento è precisamente alla «sovranità» come concetto giuridico e politico. Il dato letterale è insuperabile.

L'attribuzione è, anch'essa, estremamente precisa. Il sovrano costituzionale è il «popolo» e non lo Stato. Non si tratta di un riferimento lontano, del richiamo alla comunità di riferimento, della riscrittura positiva dell'istituzionismo o dell'organicismo.

Ancor più: l'attribuzione avviene nel presente ed è duratura giacché la sovranità «appartiene» al popolo. Essa non è un vago riferimento ad un contratto o ad un insieme di organismi che conducono, comunque, alla titolarità della sovranità in capo all'autorità. Essa, piuttosto, «appartiene». La presa del popolo sulla sovranità è concreta, attuale, permanente. Non si limita ad essere strumento di legittimazione delle istituzioni.

Né varrà richiamarsi al fatto ch'essa è esercitata «nelle forme e nei limiti della Costituzione». Si tratta di un enunciato che è stato letto nel senso di assorbire l'intera sovranità popolare nel flusso democratico che legittima le istituzioni, sicché la sovranità è passata per suo tramite nell'autorità, come se nulla fosse cambiato. Si comprende sia lo sforzo di democratizzazione dell'amministrazione, sia la sua estrema aderenza al contesto storico nel quale queste idee sono state proposte. Tuttavia, il dato letterale non legittima questa conclusione, giacché tra le forme ed i limiti v'è anche il trattenersi permanentemente della sovranità nel perimetro dei diritti fondamentali e dei doveri di solidarietà, senza che per la loro soddisfazione sia necessaria l'intermediazione dello Stato; allo stesso modo, il dato letterale non legittima affatto l'idea che l'unico modo di esercitare la sovranità sia quello di legittimare organizzazioni pubbliche, stante che anche sul versante organizzativo la Costituzione stessa («nelle forme e nei limiti della Costituzione») all'art. 118 legittima ampiamente l'auto-amministrazione della società.

nell'ambito non ancora regolato dal diritto ed in quello nel quale si pone l'ordinamento ovvero lo stato di eccezione che comporta la sua sospensione totale (C. Schmitt, *Politische Theologie: Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, cit., 32). È in questo elemento di collegamento tra fatto e diritto, sovranità Stato ed individuo (C. Schmitt, *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*, Tübingen, 1914, *passim*) che si colloca, a mio modo di vedere, la spettanza della sovranità al popolo. Questo è il punto nel quale il potere si giuridicizza, l'istituzione si pone, sicché in questo esatto luogo il potere viene funzionalizzato ai diritti inviolabili, che permangono in questa soglia tra ciò che è giuridico e ciò che fonda il diritto: la fondazione sta esattamente nella persona e nella sua dimensione inviolabile. Si potrebbe porre qui il problema – recentemente proposto – della relazione tra sovranità e biopolitica (Agamben, *Homo Sacer. Il potere sovrano e la vita nuda*, Torino, E 2005 e Id., *Stato di eccezione*, Homo Sacer, II, I, Torino, 2003); tuttavia, per gli errori – ed un corretto riassunto – di quella prospettiva basterà rinviare a L. Garofalo, *Biopolitica e diritto romano*, Napoli, 2009, *passim*.

Comunque, che si tratti della sovranità come concetto giuridico è confermato dall'art. 2 Costituzione. Come tutti sanno, questa disposizione «riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo» e «richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale». Il riconoscimento dei diritti inviolabili avviene con l'atto costitutivo, vale a dire con quella decisione fondamentale attraverso la quale l'ordinamento è posto e giustificato. Ne deriva necessariamente che – essendo i diritti inviolabili riconosciuti – essi sono riconosciuti come esistenti indipendentemente dall'esistenza dell'ordinamento positivo. Essi esistono senza che l'ordinamento positivo esista. Quindi, non possono che esistere nella sovranità, che è l'energia giuridica che pone in essere l'ordinamento positivo e lo giustifica. Infine, essi esistono come entità giuridiche. Non si tratta di valori, di fondamenti ideologici, di alcunché di politico: la Costituzione è chiara nell'identificarli come “diritti” e “doveri”. E poiché v'è un ordine di diritti e doveri esistente come diritto, indipendentemente dall'ordinamento positivo, essi costituiscono un ordine giuridico, l'ordine giuridico della società.

Se l'organizzazione pubblica è funzionale al sovrano per l'esercizio delle attribuzioni che spettano alla sovranità, occorre affermare chiaramente che essa è quindi funzionale non allo Stato (o all'autorità in genere) ma al popolo in generale ed all'attuazione dell'ordine dei diritti inviolabili e dei doveri di solidarietà che costituiscono la funzione stessa dell'ordinamento e dell'autorità. L'intero assetto dei poteri è funzionalizzato alla persona – vale a dire all'ordine dei diritti inviolabili e dei doveri di solidarietà che ne connotano la dimensione giuridica. Tuttavia, l'organizzazione pubblica appare – almeno in parte – come espressione diretta del popolo sovrano³⁹.

Come chiaramente messo in luce da tempo, non «pare che la sovranità, in quanto esercitata dal popolo, possa prescindere da un adeguato complesso di strumenti attraverso i quali manifestarsi»⁴⁰; il popolo, dunque, «esprimendo la propria fondamentale realtà giuridica nell'ordinamento statale, obbliga, per così dire, secondo determinati moduli di composizione, la produzione giuridica e la forma-

³⁹ Per una maggiore articolazione di questo ragionamento, sia consentito il rinvio a L.R. Perfetti, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir. pubb.*, 2013, 61; Id., *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, 299; Id., *Funzione e compito nella teoria delle procedure amministrative. Metateoria su procedimento e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 53; Id., *Sull'ordine giuridico della società e la sovranità*, in *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, Padova, 2016, 1153; Id., *La legalità del migrante. Status della persona e compiti dell'amministrazione pubblica nella relazione paradigmatica tra migranti respinti, irregolari, minori trattenuti e potere pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 393; Id., *Discrecionalidad administrativa y soberanía popular*, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, 117 (2016), 195; Id., *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2017, 99; Id., *Discrezionalità amministrativa e sovranità popolare*, in *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Torino, 2017, 119; Id., *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello Stato di diritto*, in questa *Rivista*, I (2017), 3.

⁴⁰ G. Berti, *Il principio organizzativo nel diritto pubblico*, cit., 73.

zione dei centri di potere in cui la produzione stessa si articola: il momento organizzativo diviene perciò preminente rispetto a quello puramente normativo»⁴¹. In quest'ordine di idee, la sovranità popolare assume essenzialmente il ruolo di confermare l'autonomia dell'organizzazione pubblica rispetto al concetto di personalità giuridica dell'ente.

Dal mio punto di vista, la trasformazione è più radicale: la sovranità popolare è il fondamento dell'organizzazione ed essa è solo articolazione organizzativa del popolo sovrano, secondo le tre modalità e regimi che discendono dalla Costituzione – coerenti con il policentrismo istituzionale che la caratterizza⁴² – e delle quali si dirà tra breve. L'organizzazione pubblica è – quindi – servente la sovranità popolare e ne articola e concretizza i fini. Poiché anche l'autorità è funzionalizzata allo stesso scopo, anche la persona giuridica dell'ente e il suo ordinamento subiscono la stessa direzione.

4. *Secondo elemento: quali fini persegua l'organizzazione*

Conseguenza immediata del chiarimento cui si confida di essere appena giunti è la possibilità di affrontare il concetto di [*fini pubblici*], essenziale per la ricostruzione dell'organizzazione sia in senso oggettivo che soggettivo.

Anche in questo caso, sulla scia di quanto già altre volte sostenuto – ed in buona parte anticipato da illustri studiosi⁴³ – si intende contestare che spetti all'autorità l'individuazione dei fini pubblici ed, allo stesso modo – distanziandosi in parte dai maestri appena citati – che i fini pubblici siano individuati dall'ordinamento positivo. Si colloca qui – e radicalmente – la distanza con chi intende la sovranità popolare espressa solamente dalla rappresentanza e, quindi, dalla legge – sicché, quanto all'organizzazione pubblica, la questione centrale sarebbe quella del principio di legalità⁴⁴.

Se è corretto il ragionamento appena svolto sulla sovranità popolare in senso giuridico, i fini pubblici non possono che risiedere nella massimizzazione dei diritti inviolabili e dei doveri di solidarietà che connotano la dimensione giuridica della persona.

⁴¹ G. Berti, *Il principio organizzativo nel diritto pubblico*, cit., 75.

⁴² G. Pastori, *La funzione amministrativa nell'odierno quadro costituzionale*, cit., 478.

⁴³ Per tutti, G. Pastori, *op. ult. cit.*, *passim*.

⁴⁴ Peraltro, per una lettura meno "mistica" della legalità, varrà la pena di rinviare ai saggi raccolti da G. Pino e V. Villa (a cura di), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, Bologna, 2016 – il riferimento alla natura mistica della legalità è ovviamente a J. Deridida, *Force del loi. Le «Fondement mystique de l'autorité»*, Paris, 1994, in trad. it. Torino, 2003

In questi termini, i [*fini pubblici*] – che, non solo nella nostra letteratura, costituiscono la componente non disciplinata dal diritto delle decisioni discrezionali dell'autorità⁴⁵ – sono disciplinati dal diritto (sia pure non dall'ordinamento positivo) e sono essi stessi entità giuridiche.

L'organizzazione amministrativa, quindi, è servente la sovranità popolare ed ha come fine quello della massimizzazione dei diritti inviolabili e dei doveri di solidarietà sociale.

Così chiarito il concetto di fine pubblico, vi sono ora gli elementi per fornire una spiegazione degli elementi che compongono la sequenza concettuale riferibile all'amministrazione in senso soggettivo ed a quella in senso oggettivo.

5. *Terzo elemento: relazione tra organizzazione in senso oggettivo e in senso soggettivo*

Sul versante delle relazioni tra organizzazione in senso soggettivo ed oggettivo, per conseguenza, occorre prendere atto del superamento della centralità della persona giuridica pubblica (dell'ente pubblico), non tanto per ragione dell'affermazione dell'organizzazione pubblica come realtà oggettiva ed obiettivata⁴⁶, quanto, piuttosto, perché l'organizzazione appare per tratti essenziali esterna all'autorità⁴⁷.

Il dato fondamentale è che estirpando la sovranità dall'autorità, l'intero volto di quest'ultima muta immancabilmente. L'elemento centrale e definitorio dell'autorità per come siamo tradizionalmente abituati a vederla raffigurata, muta irreparabilmente.

La capacità giuridica e di agire dell'ente, la centralità della personalità giuridica di diritto pubblico, la sua autonomia o capacità di darsi norme di comportamento che s'impongono ai terzi, la specialità del suo regime, sono – tra gli altri – elementi che trovano una collocazione e spiegazione sensibilmente differente una volta che si sottragga la sovranità dallo statuto dell'ente.

Ma, ancora, gli artt. 114 e 118 Costituzione determinano un elemento di discontinuità essenziale⁴⁸, connotando l'organizzazione come in parte necessariamente esterna al perimetro dell'autorità. Ciò non tanto perché l'art. 114 esprime

⁴⁵ Per la conseguenza che, quindi, la decisione in quest'ordine di idee esprima violenza, L.R. Perfetti, *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello Stato di diritto*, cit.

⁴⁶ Ovvio il riferimento a F. Benvenuti, *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Riv. Trim. Scienza Amm.*, 1978, 6; Id., *Il ruolo dell'amministrazione nello Stato democratico contemporaneo*, in *Jus*, 1987; G. Berti., *la pubblica amministrazione come organizzazione*, cit.; Id., *Il principio organizzativo del diritto pubblico*, cit.

⁴⁷ A. Maltoni, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005, fondamentale per tutti i profili qui trattati ma, particolarmente, in questo luogo, per la profonda capacità di indicare le aree di amministrazione suscettibili di essere trasformate in regolazione dell'attività dei privati.

⁴⁸ Negli stessi termini, G. Pastori, *op. ult. cit.*, 477.

ma «bene il senso del rovesciamento di prospettiva e di sistema: dal decentrare al federare»⁴⁹ – trattenendosi sempre nel perimetro di enti pubblici –, quanto, piuttosto perché l'art. 118 Cost. favorisce «l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà» sicché l'organizzazione pubblica funzionale ai [*fini pubblici*] come sopra definiti si colloca in parte direttamente nell'ambito della società⁵⁰.

Poiché non è sufficiente fornire una spiegazione degli elementi del problema – come s'è cercato di fare – senza darne una adeguata anche delle loro relazioni, non sembra senza importanza il fatto che – così spiegate le cose – il rapporto tra organizzazione pubblica in senso soggettivo ed oggettivo trovi una configurazione radicalmente differente; nella sostanza, diviene irrilevante che un organo sia pubblico in senso soggettivo o meno, giacché importa solo che lo sia in termini oggettivi. Se il concetto di organizzazione pubblica in senso soggettivo spiega solo una porzione dell'organizzazione amministrativa della Repubblica, la nozione stessa si slabbra e perde rilievo. La relazione tra le due configurazioni dell'organizzazione è, quindi, superata per ragione dell'irrilevanza della prima.

Deve essere notato – sempre dal punto di vista dogmatico – che la legislazione positiva contiene una larga pluralità di istituti⁵¹ che confermano il rilievo dell'organizzazione per fini pubblici collocata fuori del perimetro dell'autorità. Tuttavia, parte della dottrina, talune infelici (e spesso confuse) previsioni normative (o decisioni di autorità indipendenti, quando non le linee guida di ANAC) e parte significativa della giurisprudenza amministrativa esprimono una significativa tendenza alla pubblicizzazione. Una serie di soggetti di diritto privato, senza che vi sia partecipazione pubblica nella loro base associativa, vengono ricondotti a regimi pubblicistici attraverso più che discutibili (dal punto di vista della pura applicazione del dato positivo) per il solo fatto di esercitare attività materialmente di pubblico interesse; allo stesso modo, questa tendenza alla pubblicizzazione dei rapporti è rinvenibile in una vasta gamma di soggetti che presentano limitati tratti pubblicistici, nei settori più diversi della vita associativa o del diritto dell'economia; infine, la stessa cosa accade quando soggetti privati esercitino attività di pubblico interesse sulla scorta di titoli loro assegnati dall'amministrazione – come tipicamente accade in capo ai concessionari.

Si tratta di orientamenti che si spiegano facilmente alla luce delle teorie che qui si sono contrastate sul versante della sovranità: una volta assunto il monopolio dell'autorità rispetto a tutto ciò che sia di pubblico interesse, innanzi al vasto

⁴⁹ G. Pastori, *op. loc. ult. cit.*.

⁵⁰ Sulla questione, P. Duret, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, 2004 e – forse ancor più – Id., *La giustizia dell'amministrare. Riflessioni preliminari nel solco della sussidiarietà*, in *Jus*, 2009, 517.

⁵¹ Si legga, comunque, la suggestiva ricostruzione di R. Pini, *Amministrazione pubblica e comunità. Intese perdute, limiti varcati e possibile cooperazione*, Padova, 2011.

intervenire di soggetti privati in questi settori la conseguenza fatale sarà quella di trattarli come pubblici, attraverso vie – concettualmente discutibili e comunque prive di base normativa – che vanno dall'enfasi circa i titoli abilitativi all'esercizio dell'attività (si pensi solo alle strutture sanitarie accreditate) ovvero a quella relativa ai tratti pubblicistici occasionalmente presenti nel loro regime (come accade per banche, intermediari finanziari, società quotate, concessionari, e via enumerando) o nella loro base associativa (com'è delle società partecipate ma non controllate da enti pubblici). A fronte della crisi dello Stato, del vasto ricorso a strumenti privatistici (basterebbe pensare agli accordi procedimentali, dalla più parte della dottrina qualificati come di diritto pubblico, nonostante importanti indici contrari nell'art. 11 della l. 241/1990) e della crisi fiscale dello Stato (con la conseguente ritrazione dall'intervento di *welfare*) è riconoscibile un altrettanto intensa ricerca della dimensione pubblica in ciò che soggettivamente non lo è, nel tentativo di superare la contraddizione – che resta tuttavia insanabile – tra sistemi concettuali tradizionali ed evoluzione della realtà, materiale prima ancora che legislativa.

Anche per questo – per superare le contraddizioni ed evitare l'errore di travolgere gli istituti per dar loro una spiegazione altrimenti non rintracciabile – l'aggiornamento (meglio, il ribaltamento) delle teorie relative all'organizzazione pubblica è necessario.

6. *Forme e regimi dell'organizzazione*

Così composti, sulla base del disegno costituzionale, gli elementi del problema, è ora possibile individuare le diverse forme di organizzazione ed i tratti essenziali del loro regime.

6.1. *L'autorganizzazione come espressione di sussidiarietà*

Anzitutto, una porzione significativa dell'organizzazione per fini pubblici si trova fuori del perimetro della soggettività pubblica.

L'art. 118 Cost. fornisce un fondamento costituzionale chiarissimo in tal senso. Tuttavia, non si tratta di una norma isolata. Non è il caso di fornire elenchi che sono già altrimenti disponibili e, tuttavia, basterebbe pensare all'art. 33 Cost. relativamente all'istruzione, all'art. 41 (e 43) con riferimento ai servizi pubblici, all'art. 45 relativamente alla cooperazione sociale, all'inattuato art. 46 ed all'art. 47 relativamente alla disciplina del risparmio.

Sono organi dell'esercizio delle funzioni poste in essere direttamente dalla società nell'ambito della libertà soggetti (o loro organi) interamente retti dal dirit-

to privato. Il loro regime è semplicemente privatistico. La loro natura di organizzazione pubblica in senso oggettivo deriva dalle funzioni cui assolvono.

Le loro regole di relazione con l'amministrazione pubblica sono date (A) dalla partecipazione alla funzione di programmazione, con ruoli attivi e rilievo giuridico delle loro attività; (B) dalla regolazione pubblicistica della loro attività (definizione di standard, di requisiti organizzativi o soggettivi, etc.); (C) eventualmente dal convenzionamento o dall'esistenza di accordi – che non sempre serve qualificare come pubblicistici per ragione del fatto che una delle due parti è soggettivamente pubblica e l'attività è oggettivamente di pubblico interesse o rilievo; (D) dai controlli e vigilanza che istituzioni pubbliche esercitano sulla loro attività (basterebbe pensare all'attività bancaria).

La presenza di queste organizzazioni private che pongono in essere attività di pubblico interesse, che non di rado si inseriscono in procedimenti complessi che danno luogo – anche ma non solo – a provvedimenti amministrativi (basterebbe pensare al partenariato pubblico privato laddove, come nel *project financing*, l'iniziativa sia assunta dai privati), dimostra chiaramente la quasi irrilevanza della personalità giuridica di diritto pubblico dell'ente pubblico sul versante della definizione di cosa sia organizzazione amministrativa per fini pubblici: è, infatti, evidente che si hanno provvedimenti amministrativi di natura organizzativa alla cui definizione concorrono in modo decisivo (l'area dei servizi pubblici offre una serie smisurata di esempi) soggetti privati e loro organi.

6.2. *L'organizzazione amministrativa come diretta funzione della società e del suo ordine giuridico costituito dai diritti della persona*

La seconda modalità di organizzazione amministrativa per fini pubblici è, invece, soggettivamente pubblica e, tuttavia, è chiara la sua funzionalizzazione all'ordine sociale ed all'attuazione dei diritti fondamentali e dei doveri inderogabili. Non si tratta affatto di riproporre l'idea che l'organizzazione sia articolazione del potere esecutivo essendo questo, tuttavia, legittimato dal consenso elettorale e guidato dall'indirizzo politico rappresentativo (dal che si avrebbe una legittimazione democratica dell'amministrazione).

Tuttavia, una simile soluzione si spiegherebbe solo se l'amministrazione fosse colta quale «attività realizzativa», che si colloca rispetto ai compiti dello Stato nella «porzione terminale del processo di attuazione»⁵². Nella nostra Costituzione, i compiti dello Stato sono «espressi direttamente dalla Costituzione, nella maniera più diretta, esplicita e consapevole attraverso le formulazione riccamente

⁵² U. Allegretti, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, 1996, 11

orchestrate degli artt. 2 e 3»⁵³, ma – ancor più – lo stesso precetto dell'imparzialità (art. 97 Cost.) sarebbe messo a rischio ove si esponga l'organizzazione soggettivamente pubblica solo indirizzato politico⁵⁴.

L'organizzazione pubblica cui si intende alludere in questa sezione è quella che emerge chiaramente dalla struttura costituzionale.

Il concetto di amministrazione pubblica in Costituzione è presupposto⁵⁵; all'art. 97 è indicato il suo metodo d'azione (imparziale ed efficace), il compito assegnato alla legge di disciplinarla in modo che imparzialità e buon andamento siano garantiti, la professionalità, indipendenza e – all'art. 28 – responsabilità dei suoi funzionari, l'assicurazione della tutela giurisdizionale rispetto alle sue decisioni – agli artt. 23, 111, 113.

L'amministrazione pubblica, tuttavia, non è identificata come un potere dello Stato: «la Costituzione non ha pensato all'amministrazione come ad un potere dello Stato e ha, al contrario, inteso l'amministrazione come dovesse vedersi collegata immediatamente con la società»⁵⁶; l'amministrazione, infatti, non è inserita nella declinazione delle sfere di attribuzione del potere dalla Costituzione, nella disciplina dei coordinamenti o conflitti tra poteri (giacché ciò è previsto solo per il Governo), né si trova alcuna disposizione che ponga l'amministrazione funzionalmente o gerarchicamente in dipendenza del Governo stesso⁵⁷.

La «Costituzione si è di proposito astenuta dal configurare l'amministrazione con un volto preciso che ne consenta tra l'altro l'inserimento tra le funzioni esclusive e autoritarie dello Stato»⁵⁸, sicché la Costituzione si limita ad indicarne i tratti immancabili, doverosi, e lasciando per il resto ch'essa fosse adatta al suo scopo, alla sua ragione. La sua ragione, quindi, è solo l'essere funzionale all'ordine sociale ed all'attuazione dei diritti fondamentali e dei doveri inderogabili, sicché essa appare «come una forma della società, non come un'immagine dello Stato»⁵⁹, anzi, una delle «forme» costituzionali nelle quali si esprime la sovranità delle persone e dei loro diritti.

In questi termini, non serve modificarne il regime – che sarà quello dettato dal diritto pubblico che conosciamo – ma chiarirne la ragione. L'organizzazione

⁵³ U. Allegretti, *op. loc. ult. cit.*

⁵⁴ Sul tema, però, A. Cerri, *Imparzialità e indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova, 1973.

⁵⁵ G. Berti, *La responsabilità pubblica: Costituzione e amministrazione*, Padova, 1994; Id., *Amministrazione e Costituzione*, in *La pubblica amministrazione nella Costituzione. Riflessioni e indicazioni di riforma*, atti del xxxix Convegno di scienza dell'amministrazione, Milano, 1996, 11; G. Pastori, *op. ult. cit.*; per M. Nigro, *La pubblica amministrazione fra costituzione e formale e costituzione materiale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1985, 162, la Costituzione «Recependo in sé istanze dissimili o addirittura divergenti... ha, realisticamente, accolto una concezione dialettica, anzi drammatica dell'amministrazione».

⁵⁶ G. Berti, *op. ult. cit.*, 16

⁵⁷ G. Berti, *op. loc. ult. cit.*

⁵⁸ G. Berti, *op. loc. ult. cit.*

⁵⁹ G. Berti, *op. loc. ult. cit.*

(soggettivamente) pubblica è una delle «forme» costituzionali nelle quali si esprime la sovranità popolare e ad essa interamente funzionalizzata.

Si colgono, così, alcuni elementi essenziali. Anzitutto, sottratta la sovranità alla persona giuridica pubblica, l'unico elemento rilevante è proprio quello dell'organizzazione, giacché non vi sono ragioni per pensare ad un potere originario (foss'anche solo di organizzazione, o di auto-organizzazione) dell'ente: la sovranità spetta al popolo e non all'ente ed esso è totalmente funzionalizzato al primo.

In secondo luogo, e maggiormente, l'organizzazione (soggettivamente) pubblica è retta dalle regole dell'imparzialità, della competenza professionale dei propri funzionari (che per questo sono scelti per concorso), dalla loro responsabilità per la violazione di diritti (e interessi legittimi), dal controllo giurisdizionale sulle loro decisioni.

Si tratta di un profilo incompatibile con quello di un'organizzazione strumentale all'indirizzo politico della maggioranza. L'organizzazione pubblica è funzionale a diritti inviolabili e doveri inderogabili delle persone, non all'indirizzo politico.

Questo profilo è tanto più rilevante oggi: a fronte di organi di governo maneggiati da personale politico di bassissima qualificazione (quando non incuranti della legalità), privi di identità politico-ideologica o di base programmatica (e, quindi, scarsamente prevedibili), l'organizzazione assolve ad un compito primario di garanzia dei diritti rispetto alle violazioni che possano derivare proprio dall'attuazione dell'indirizzo politico; basterebbe por mente ai diritti inviolabili dell'essere umano nella vicenda del trattamento dei migranti, per comprendere l'importanza di un'organizzazione pubblica funzione dei diritti e dei doveri costituzionali e non dell'indirizzo politico della maggioranza.

6.3. *L'organizzazione amministrativa come funzione indiretta della società e del suo ordine giuridico costituito dai diritti della persona attraverso il circuito della rappresentanza democratica*

Naturalmente, non può essere negato che alcune funzioni amministrative spettino allo Stato (o agli altri enti pubblici) e dipendano dall'indirizzo politico, sicché esse sono solo indirettamente funzione della società.

Ci si intende riferire alle funzioni che, più che propriamente amministrative, sono da qualificarsi come attività di governo ed, infatti, non danno luogo ad atti nei quali si dà applicazione dell'ordinamento obiettivo, quanto, piuttosto, a quei provvedimenti che lo innovano o integrano – come sono i regolamenti, i piani, i programmi, etc.

Se si può discutere che queste funzioni siano qualificabili come attività amministrativa in senso proprio, non si può, invece, negare che a darvi corso siano organizzazioni amministrative (in gran parte in senso soggettivo – per quanto non manchi la partecipazione attiva della società, come tipicamente avviene nella pianificazione, nella programmazione, in gran parte dei procedimenti di regolazione o nelle valutazioni strategiche, come quelle di impatto ambientale).

Il regime di questa forma di organizzazione è sicuramente influenzato dalla circostanza che gli atti cui deve dare corso siano espressione propria dell'indirizzo politico, sicché si avvertirà la necessità di maggiore presidio dell'imparzialità, della procedimentalizzazione, della partecipazione e, per altro verso – emblematico è il regime della dirigenza ministeriale – si avvertirà il rilievo di elementi fiduciari.

7. *Ulteriori elementi di persuasione: l'organizzazione pubblica come problema politico*

Per concludere il ragionamento, sembra utile sottolineare il rilievo politico delle soluzioni prospettate. Il problema dell'organizzazione pubblica, infatti, non può esser limitato ad una soluzione tecnico-giuridica da darsi al significato delle disposizioni rilevanti. La posizione dell'organizzazione amministrativa nella dinamica dei poteri e nella relazione tra società ed autorità, è – in sé stesso – un problema politico. Si tratta di una circostanza che era perfettamente chiara nelle riflessioni dei maestri del passato e che, invece, sembra essersi in gran parte perduta a vantaggio di un tecnicismo non sempre produttivo. Essendo l'organizzazione amministrativa il più efficace e potente meccanismo di comando di cui disponga l'autorità, la più vasta e potente articolazione di dominio presente nell'ordinamento, l'individuazione del suo profilo, della relazione con il potere politico e con i diritti individuali è essa stessa una questione politica.

In questa prospettiva non si potrà trascurare il rilievo di potenti fattori storici che influiscono sul nostro problema e che non potevano essere presenti nelle profondissime riflessioni che la tradizione ci consegna. Non è questa la sede per trattare questo tema compiutamente e, tuttavia, essi rilevano lungo due versanti che sembrano molto significativi.

In primo luogo, l'autorità politica nazionale ha visto progressivamente ridursi il suo ruolo – eroso soprattutto dalla globalizzazione economica – e interrompersi il flusso dell'indirizzo politico democratico all'interno dell'organizzazione. In questi termini, le spiegazioni dell'organizzazione che si reggono sulla persona giuridica di diritto pubblico, titolare della sovranità e alimentata dalla legittimazione democratica, sembrano poco attuali.

In secondo luogo, l'instabilità delle culture politiche e la diffusa inadeguatezza dei gruppi dirigenti – conseguenze della crisi delle democrazie occidentali – richiede che l'organizzazione sia intesa assai più nella sua funzione di garanzia dei diritti che in quella di strumento dei governi.

Sembra utile indicare almeno quattro fattori di cambiamento che non sembra lecito trascurare. I primi due (la crisi delle democrazie e dello Stato) operano sul versante della legittimazione dell'organizzazione pubblica, sicché la sua riconduzione direttamente alla sovranità popolare sembra più utile a spiegare il dato dell'ordinamento ed a rispondere ai temi che la situazione storica pone. I secondi (crisi delle ideologie e rilievo della tecnica) pongono il problema dell'amministrazione come garante dei diritti assai più che dell'indirizzo politico.

Sul *primo* versante, in primo luogo si deve richiamare la crisi di rappresentatività delle democrazie occidentali. La stessa idea di democrazia soffre una significativa difficoltà: nella sua percezione storica la democrazia è espansiva (mentre negli ultimi decenni Paesi che si erano orientati in senso democratico – si pensi all'Est europeo ed al Medio Oriente – sono tornate a regimi autoritari); si accompagna all'aumento del benessere (mentre i sistemi di *welfare* occidentali sono in contrazione e le economie che crescono maggiormente – come quella cinese – sono quelle di Paesi non democratici); è governo del popolo e per il popolo (essendo invece censita⁶⁰ e conclamata la ridotta fiducia dei cittadini dei Paesi democratici nei propri governanti, la crisi dei partiti politici e delle organizzazioni intermedie).

A livello dogmatico è percepibile nella legislazione l'interruzione del circuito di legittimazione democratica in senso rappresentativo, effetto di queste crisi. Basterà richiamare alla mente la distinzione, di origine legislativa, tra organi di indirizzo politico ed organizzazione amministrativa⁶¹ ovvero la disciplina della dirigenza pubblica⁶².

⁶⁰ Per maggiori informazioni, P. Norris (ed.), *Critical Citizens: Global Support for Democratic Government*, Oxford, 1999; S.J. Pharr, R.D. Putnam, *Disaffected Democracies: What's Troubling the Trilateral Countries?*, Princeton, 2000; S.J. Pharr, R.D. Putnam, R.J. Dalton, *A Quarter Century of Declining Confidence*, in *Journal of Democracy*, 2000; J. Keane, *The life and death of democracy*, London, 2009; A. Mastropaolo, *La democrazia è una causa persa? Paradossi di un'invenzione imperfetta*, Torino, 2011; V. Marzocchi, S. Petrucciani (a cura di), *Democrazia e diritti nell'età globale*, Roma, 2004. Sul concetto di de-democratizzazione C. Tilly, *La democrazia*, Bologna, 2009.

⁶¹ In tema, anche per i riferimenti, F. Merloni, *Organizzazione amministrativa e garanzie dell'imparzialità. Funzioni amministrative e funzionari alla luce del principio di distinzione tra politica e amministrazione*, in *Dir. Pubb.*, 2009 (XV), 57; P. Forte, *Il principio di distinzione tra politica e amministrazione*, Torino, 2005.

⁶² Sul tema basti il rinvio a G. Pastori, M. Sgroi *Dirigenti pubblici*, in *Enc. dir., agg.*, V, Milano, 356, 2001; S. Cassese, *Il nuovo regime dei dirigenti pubblici in Italia: una modificazione costituzionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002; G. D'Alessio (a cura di), *L'amministrazione come professione. I dirigenti pubblici tra spoils system e servizio ai cittadini*, Bologna, 2008.

Nella stessa direzione, e forse più clamorosamente, l'affermazione progressiva delle autorità amministrative indipendenti⁶³, alla quale si aggiunge la proliferazione di agenzie governative.

Quanto all'effetto dei processi di globalizzazione rispetto al ruolo degli Stati, proprio quelle nazioni che vantano una più lunga tradizione democratica sono caratterizzate da bassissima legittimazione popolare delle forze politiche, disaffezione al voto, percentuali di gradimento del personale politico eletto non superiori ad un quinto dei votanti, scomparsa dei meccanismi democratici all'interno delle stesse forze politiche, ridotta controllabilità dei programmi elettorali, tramonto delle culture politiche generali con conseguente costruzione del consenso su temi occasionali o limitati. Si potrebbe lungamente continuare, elencando cause e dati rilevati da agenzie indipendenti ed autorevoli. Tuttavia, basterà riferirsi ad un dato, che sembra prova re la perdita di ruolo dello Stato: la ricchezza mondiale, nel brevissimo volgere di poco più di due decenni, si è concentrata in modo inaudito (basterà osservare che l'82% dell'incremento di ricchezza netta registratosi tra marzo 2016 e lo stesso mese del 2017 è andato appannaggio all'1% più ricco della popolazione mondiale)⁶⁴; si tratta di processi di concentrazione della ricchezza che per un lato privano di consenso l'autorità politica – evidentemente inadeguata a governarli – e per l'altro mostrano l'impotenza degli Stati rispetto a processi economici che non sono in grado di governare in alcun modo, neppure con una minima leva redistributiva. A ciò basterà aggiungere che il debito pubblico fa degli Stati dei soggetti incapaci di indirizzare le proprie scelte senza ottenere il consenso non già degli elettori, quanto piuttosto dei maggiori detentori dei titoli di debito.

Sul piano dogmatico, anche un osservatore distratto coglierebbe senza alcuna difficoltà il riflesso di questa situazione, data almeno dal rilievo dell'ammini-

⁶³ Il tema è vastissimo e baserà riferirsi, limitandosi alla letteratura italiana, F. Bassi, F. Merusi, (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993; S. Cassese, *La Commissione nazionale per le società e la borsa – CONSOB e i poteri indipendenti*, in *Riv. soc.* 1994, 492 ss.; S. Cassese, C. Franchini, (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996; V. Cerulli Irelli, *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, in M. D'Alberti, A. Pajno, (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2009, 75; M. Clarich, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive d'un modello*, Bologna, 2005; M. D'Alberti, G. Tesaro, (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000; L. Giani, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002; N. Longobardi, *Autorità amministrative indipendenti e sistema politico-istituzionale*, Torino, 2009; F. Merusi, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2006; A. Police, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007 e per la letteratura recente a A. Mazza Labocetta, *Autorità amministrative indipendenti e principio di legalità*, in *Dir. Econ.*, 2015, 633.

Con riguardo alle agenzie governative, per una recente discussione del tema, M. Monteduro, *Modelli organizzativi e funzione. Il caso dell'Agenzia italiana del farmaco*, Torino, 2018.

⁶⁴ Basterà il riferimento ad Oxfam, *Reward work, not wealth. To end the inequality crisis, we must build an economy for ordinary working people, not the rich and powerful*. Oxfam Briefing Paper Summary – January 2018, in oxfam.org.

strazione pubblica sovranazionale⁶⁵; non si tratta di un fenomeno che possa essere limitato all'Unione europea e, tuttavia, già solo quest'ultima mostra un'alterazione radicale – per modelli di amministrazione e di azione, relazioni organizzative e teoria delle fonti – della legittimazione democratico-rappresentativa.

Quanto al secondo profilo, che sembra consigliare l'enfasi circa il ruolo di garanzia dell'organizzazione amministrativa, non è disagevole richiamare il tema della crisi delle ideologie politiche e della capacità dei gruppi dirigenti politici di indirizzare l'azione di governo. La polarizzazione ideologica che ha dominato il mondo per oltre mezzo secolo è scomparsa; governi di importanti Paesi europei sono nelle mani di forze politiche sorte in occasione delle elezioni stesse (com'è per la Francia), o con nessuna esperienza di governo né chiara identità politica (come accade in Italia), ovvero frutto di coalizioni con partner quasi incompatibili (com'è in Germania), oppure prive di qualunque sostrato in tradizioni politiche riconoscibili (come per molti Paesi dell'Est europeo). Si tratta di un profilo che facilmente si salda con il quarto profilo che ci si è permessi di segnalare: a fronte di classi dirigenti politiche di scarsa esperienza, preparazione e capacità, si espande il rilievo della tecnica. A livello dogmatico ne sono prova – di nuovo – le amministrazioni specializzate, come le autorità indipendenti; nè pare un caso che la regolazione da parte di questo tipo di amministrazioni sia espressamente previsto in varie discipline comunitarie (a partire dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea). L'enfasi della tecnica è certamente una risposta all'incapacità della politica e, tuttavia, si scarica evidentemente sull'organizzazione, sicché non può esser trascurata. Ancora: la regolazione dei mercati, della moneta, di gran parte della circolazione della ricchezza è opera di amministrazioni tecniche (la BCE, la Banca d'Italia, Consob, Agcm) e la più parte dei servizi pubblici è realizzata attraverso società di capitali (ed è più che ovvio che, nonostante la frequente alterazione del modello societario con regole speciali e derogatorie – molto criticabili –, non è possibile ritenere che il flusso dell'indirizzo politico rappresentativo caratterizzi organizzazioni societarie, pena la smentita del loro regime); gli stessi servizi assistenziali sono stati in gran parte trasformati in aziende, con conseguenze analoghe.

I mutamenti storici che si propongono all'attenzione del giurista sembrano fornire ulteriori elementi a sostegno delle tesi che si sono proposte.

⁶⁵ Ovvio il riferimento, nella letteratura italiana, a S. Cassese, *Lo spazio giuridico globale*, cit.; Id., *La crisi dello Stato*, cit.; per i riferimenti, C. Franchini, G. Della Cananea, *Principi dell'amministrazione europea*, cit.

L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare

Il lavoro si propone di ripensare gli elementi tradizionali della teoria dell'organizzazione pubblica nella prospettiva della struttura costituzionale italiana, nella prospettiva del suo punto di maggiore novità per la teoria dell'organizzazione stessa, vale a dire quello della assegnazione della sovranità al popolo.

Riassunti gli elementi essenziali della teoria tradizionale dell'organizzazione pubblica e poste in luce le maggiori criticità a fronte dello spostamento della sovranità dallo Stato al popolo, il lavoro pone tre elementi fondanti della ricostruzione. Il primo è quello della funzionalizzazione dell'organizzazione amministrativa agli scopi del sovrano (il popolo) ed, in particolare, della sua funzionalizzazione al godimento dei diritti fondamentali della persona come elemento essenziale dell'esercizio della sovranità. Il secondo è quello della identificazione dei fini pubblici nella dimensione organizzativa. Il terzo è quello della distinzione tra organizzazione in senso soggettivo – nella parabola che va dai fini pubblici alla soggettività pubblica lungo la sequenza persona giuridica, organo, funzionario – ed oggettivo – secondo l'arco concettuale che muove sempre dai fini pubblici ma li declina lungo procedimento, competenza e decisione amministrativa.

Su queste basi si prova a fornire una spiegazione delle tre forme di organizzazione amministrativa e dei relativi regimi. Nella prospettiva della sussidiarietà che si accompagna al riconoscimento della sovranità popolare, la prima forma di organizzazione sarà quella della auto-organizzazione amministrativa della società, indipendentemente dalla presenza di strutture organizzative dello Stato o di enti pubblici. La seconda e più vasta forma di organizzazione amministrativa sarà quella che si realizza attraverso persone giuridiche pubbliche e che, tuttavia, sono diretta articolazione della sovranità popolare e sono rese direttamente funzionali al godimento di diritti fondamentali. Solo l'ultima – e più limitata – forma di organizzazione amministrativa sarà funzione solo indiretta della società e del suo ordine giuridico, articolandosi lungo il circuito della rappresentanza democratica.

Administrative organisation as a function of popular sovereignty

The work sets out to rethink the traditional elements of the theory of public organisation with a view to the structure of the Italian constitution, and with regard to its element of greatest novelty for organisation theory itself: the assignment of sovereignty to the people. Summing up the essential elements of the traditional theory of public organisation and highlighting the main critical aspects with regard to the shift of sovereignty from the state to the people, the work outlines three founding elements of reconstruction. The first is that of the functionalisation of administrative organisation for the purposes of (popular) sovereignty, and in particular, of its functionalisation for the benefit of the fundamental rights of the person as an essential element of the exercise of sovereignty. The second is that of the identification of public aims in the organisational dimension. The third is that of the distinction between organisation in the subjective sense – in the parable that ranges from public utility to public subjectivity along the sequence of legal person, or-

gan, functionary – and the objective one – on the basis of the conceptual arch that ranges again from public aims (but declining them along the way), to administrative competence and decisions.

On this basis, the attempt is made to provide an explanation of the three forms of administrative organisation and their relative regimes. In the perspective of subsidiarity that accompanies the acknowledgement of popular sovereignty, the first form of organisation will be that of the administrative self-organisation of society, independently of the presence of organisational structures of the state or of public bodies. The second and broader form of administrative organisation will be that implemented through public legal entities and which, nevertheless, are the direct articulation of popular sovereignty and which are directly functional to the enjoyment of fundamental rights. Only the last – and more limited – form of administrative organisation will be only the indirect function of society and its juridical order, expressed across the board of democratic representation.