

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

**DOTTORATO DI RICERCA IN ISTITUZIONI E
MERCATI DIRITTI E TUTELE**

Ciclo XXVIII

Settore Concorsuale di afferenza: 12/D1 –

DIRITTO AMMINISTRATIVO Settore Scientifico
disciplinare: IUS/10 **DIRITTO AMMINISTRATIVO**

**PRINCIPIO DEMOCRATICO E AUTONOMIA DELLA
DIRIGENZA AMMINISTRATIVA.
PER UN BINOMIO POSSIBILE**

Presentata da: Dott. Edoardo Nicola Fragale

Coordinatore Dottorato Relatore Chiar.mo Prof. Giulio
Illuminati

Chiar.mo Prof. Luciano Vandelli
Chiar.mo Prof. Gianluca Gardini

Esame finale anno 2016

**Principio democratico e autonomia
della dirigenza amministrativa.**
per un binomio possibile

di
Edoardo Nicola Fragale

*“Qui ad Atene noi facciamo così...
Noi crediamo che la felicità sia il frutto della libertà, ma la libertà
sia solo il frutto del valore”.*

Pericle - Discorso agli Ateniesi, 431 a.C.

*“Allora noi daremo agli uomini la tranquilla, umile felicità degli
esseri deboli, quali essi sono per natura. Oh noi li indurremo
finalmente a non essere orgogliosi giacché tu li innalzasti e quindi
insegnasti loro a essere orgogliosi; invece noi dimostreremo che
sono deboli, che sono soltanto dei poveri bambini, ma che la loro
felicità infantile è la più dolce di tutti”*

Fëdor Dostoevskij, i Fratelli Karamazov, La leggenda del grande
inquisitore

INDICE

OBBIETTIVI DELLA RICERCA

CAPITOLO I

LA SEPARAZIONE TRA POLITICA ED AMMINISTRAZIONE:...

il dibattito storico dallo Stato liberale all'epoca repubblicana

1. Politica e burocrazia al tempo dello Stato liberale p. 11
2. L'avvento della Costituzione repubblicana p. 32
3. La necessaria discontinuità: verso il superamento del modello accentrato p. 37
4. Prime forme di decentramento nei provvedimenti istitutivi della dirigenza pubblica p. 49
5. Il principio di efficienza nell'organizzazione p. 54

CAPITOLO II

INDIRIZZO E GESTIONE E PRINCIPIO DEMOCRATICO

1. L'introduzione del principio di distinzione nella legislazione ordinaria e la proposta di costituzionalizzazione p. 68
2. Separazione tra politica ed amministrazione e ruolo di diaframma svolto dallo statuto pubblicistico della dirigenza p. 73
3. Il principio di distinzione (funzionale) nella riforma c.d. Bassanini p. 83
4. Il principio di distinzione nella giurisprudenza costituzionale: sua derivazione dai principi di imparzialità e buon andamento p. 87

5. Il punto logico di partenza nella “distinzione presa sul serio”: l’indipendenza del funzionario e misure organizzative e normative necessarie per assicurarla p. 97

CAPITOLO III

INDIRIZZO POLITICO AMMINISTRATIVO E DISCIPLINA DELLA DIRIGENZA PUBBLICA LA DISCIPLINA DEL RAPPORTO DI LAVORO DIRIGENZIALE

1. Il superamento del modello gerarchico e suoi effetti sul terreno delle garanzie dell’alta burocrazia p. 109
2. Alle origini della dissociazione tra rapporto di servizio e rapporto organico p. 112
3. La dissociazione tra rapporto di servizio e rapporto organico quale corollario del principio di temporaneità degli incarichi e strumento di riequilibrio tra politica ed amministrazione p. 117
4. Il rapporto c.d. organico ed il sistema degli incarichi nella evoluzione normativa e giurisprudenziale p. 120

CAPITOLO IV

IL MODELLO BRITANNICO

1. Cenni sulla evoluzione del Civil Service britannico: dal 1870 alla riforma costituzionale del 2010 p. 136
2. Alla ricerca di una definizione di civil servant p. 143
3. Sulla stabilità del rapporto di impiego dei Civil servant p. 147
4. Sulla controversa natura del rapporto di impiego dei Civil Servant p. 150
5. Le riforme del Governo Cameron p. 164

6. Considerazioni conclusive

p. 174

BIBLIOGRAFIA

p. 177

OBBIETTIVI DELLA RICERCA

La tesi si propone di esaminare il principio di distinzione tra politica ed amministrazione, riguardato dall'angolo visuale della disciplina della burocrazia e, in particolare della dirigenza, snodo fondamentale da cui dipende il delicato equilibrio tra i principi di democraticità ed imparzialità dell'amministrazione.

Il tema viene esaminato a partire dal dibattito di fine Ottocento sul tema della separazione tra politica ed amministrazione, in connessione con le prime riforme dell'amministrazione pubblica e della burocrazia.

L'esame di questa prima fase storica, caratterizzata dalla presenza di un modello organizzativo fortemente verticistico ed accentrato, si concentra in special modo sul ruolo della burocrazia, riguardata ancora a quell'epoca in chiave oppositiva rispetto al potere di gerarchia ministeriale ed al rischio di indirizzi politici devianti rispetto alla legalità.

Il lavoro sottolinea, dunque, il ruolo di riequilibrio istituzionale svolto dalle garanzie della burocrazia, assicurate ancora a quel tempo dalla presenza di uno *statuto di matrice* pubblicistico.

Nella successiva parte, la tesi si sofferma sulle novità conseguenti all'avvento della Costituzione repubblicana, ove pur confermandosi l'idea della burocrazia weberiana, si ponevano le premesse, anche dogmatiche, per il superamento del modello monistico, incentrato sull'istituto della responsabilità ministeriale, a partire dal riconoscimento del principio della sovranità popolare. È nella successiva fase del lavoro che si analizzano le ricadute del superamento del modello della responsabilità ministeriale, con riferimento ai temi dell'imparzialità, delle tutele dei funzionari e del principio di democraticità.

Il lavoro aderisce all'idea che l'allentamento del vincolo di gerarchia della burocrazia rispetto all'organo di vertice imponga la necessità di un riequilibrio in senso democratico dell'amministrazione, sul versante delle garanzie di stabilità dei funzionari.

Scartata la praticabilità di una rigida separazione, quale quella introdotta dalla riforma Cassese del 1993, ove si assegnava allo *statuto pubblicistico* della dirigenza generale un ruolo sistemico,

quasi di diaframma tra politica ed amministrazione, l'autore ritiene che la politica e, dunque, la sovranità popolare, debba disporre di tutte le leve necessarie onde orientare in senso democratico l'amministrazione, anche eventualmente assumendo in proprio le decisioni a più alto tasso di politicità.

L'attenzione si sposta, dunque, sulla disamina degli strumenti attraverso i quali l'ordinamento ha inteso assicurare il principio di democraticità nell'amministrazione, a partire dal potere di indirizzo ministeriale, dall'istituto della valutazione dirigenziale e dalla disciplina degli incarichi dirigenziali a termine.

La tesi esamina i diversi istituti nonché le proposte dottrinarie e legislative più recenti volte a rafforzare l'imparzialità della funzione, tramite l'irrigidimento del principio di distinzione; proposte che inevitabilmente rimettono in discussione il delicato equilibrio tra imparzialità e democraticità dell'amministrazione.

Le maggiori perplessità, conseguenti alla creazione di una più netta cesura tra amministrazione e politica, vengono sollevate soprattutto in merito alle scelte discrezionali, in relazione alle quali l'autonomia assicurata al singolo dirigente, finanche salvaguardata dal rischio di atti di indirizzo eccessivamente prescrittivi, può oggettivamente costituire un vulnus al principio di democraticità, specie in presenza di scelte che afferiscano a decisioni ad alto tasso di politicità (Corte cost. 81/2013).

L'idea di fondo è che la creazione di cesure nette tra politica ed amministrazione, tali da recidere gli eliminabili elementi di fiduciarità delle nomine, non possa che comportare una rimessa in discussione dell'intero modello della distinzione, specie in riferimento alle scelte discrezionali a più alto tasso di politicità, in relazione alle quali appare tuttora imprescindibile, pur nella salvaguardia delle prerogative tecniche ed istruttorie dell'amministrazioni, la remissione della scelta in capo agli organi legittimati dall'investitura popolare.

Sintetizzando i risultati della ricerca, il lavoro muove verso risultati in controtendenza rispetto al panorama dottrinario e giurisprudenziale attuale, generalmente attratto dal problema dell'imparzialità e della lotta verso la corruzione, argomenti che in genere sottendono un giudizio di matrice antidemocratica, siccome facenti leva sull'incapacità della politica (peraltro solo quella italiana) di fare il suo mestiere.

Si sottolinea, pertanto, la necessità di assicurare un modello complessivo equilibrato, rispettoso in pari misura non solo del principio dell'imparzialità, ma anche del principio democratico.

CAPITOLO I
LA SEPARAZIONE TRA POLITICA ED
AMMINISTRAZIONE: IL DIBATTITO STORICO DALLO
STATO LIBERALE ALL'EPOCA REPUBBLICANA

Sommario: *1. Politica e burocrazia al tempo dello Stato liberale; 2. L'avvento della Costituzione repubblicana; 3. La necessaria discontinuità: verso il superamento del modello accentrato; 4. Prime forme di decentramento nei provvedimenti istitutivi della dirigenza pubblica; 5. Il principio di efficienza nell'organizzazione.*

1. Politica e burocrazia al tempo dello Stato liberale

Il problema della burocrazia e del suo ruolo nell'amministrazione tradizionalmente si innerva in temi di più ampia portata relativi alla funzione di organizzazione dell'amministrazione e, *in apicibus*, allo stesso assetto istituzionale dello Stato.

Questa considerazione appare particolarmente vera se riportata nel contesto delle riforme dell'amministrazione pubblica italiana, seguite all'avvento dello Statuto albertino.

È noto che il modello verticistico della responsabilità ministeriale, tramandatosi per decenni fin dopo l'avvento della Repubblica, fosse figlio della riforma cavouriana (legge 23 marzo 1853, n. 1483) della metà dell'Ottocento¹.

Quel modello di amministrazione individuava nell'organo politico il vero detentore del potere, non escluso quello organizzativo interno, affidando alla burocrazia compiti prevalentemente, se non

¹ G.GARDINI, *L'imparzialità tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, Giuffrè, 2003, p. 31.

quasi esclusivamente, di esecuzione delle decisioni assunte dal vertice politico ed amministrativo².

Si trattava di un sistema fortemente accentrato in cui il ministro costituiva unico ufficio a rilevanza esterna, residuando in capo ai direttori generali compiti non propri, ma al più delegati³.

Si suole affermare, onde rimarcare i tratti fortemente verticistici, che quel sistema accoglieva, da un lato, il modello inglese della responsabilità ministeriale, chiamando il ministro a rispondere innanzi al Parlamento di tutti gli atti del ministero, mentre dall'altra accoglieva la centralizzazione di matrice napoleonica, espandendo il potere di gerarchia ben oltre il livello dell'amministrazione statale⁴.

Benché una diversa interpretazione della Legge 23 marzo 1853, n. 1483 fosse in realtà possibile, come di tempo in tempo rammentato in sede dottrina, storicamente le norme furono intese in guisa da propiziare il forte accentramento dei poteri, e delle connesse responsabilità, in capo al ministro, ciò che condusse verso un graduale disallineamento della nostra amministrazione statale rispetto ad altri paesi, ben presto avviati

² G.GARDINI, *L'imparzialità tra indirizzo e gestione*, ibidem; sul punto anche A.BOSCATI, *Il dirigente dello Stato. Contratto di lavoro e organizzazione*, Giuffrè, 2006, p. 17 e segg.ti. In virtù di quella risalente normativa, gli uffici dei singoli ministeri erano sottoposti alla gerarchia del rispettivo ministro che per gli affari di grave importanza impartiva ordini su relazione del direttore generale (art. 14 r.d. del 1853, n. 1611): quest'ultimo firmava per il ministro ed esercitava le attribuzioni in suo nome nei limiti stabiliti dallo stesso ministro, rispondendo ad esso del suo operato (artt. 15 e 16). Sul punto L.ELIA, *Problemi costituzionali dell'amministrazione centrale*, Giuffrè, 1966, p. 4 e segg.ti.; M.CRESTI, *Efficienza e garanzie nell'evoluzione dell'organizzazione statale*, Giuffrè, 2006, p. 30.

³ Sull'interpretazione della Legge Cavour v. L.ELIA, *Problemi costituzionali dell'amministrazione centrale*, Giuffrè, 1966, p. 4 e segg.ti.

⁴ G.GARDINI, *L'imparzialità tra indirizzo e gestione*, ibidem; sul punto anche C.D'ORTA, *La riforma della dirigenza: dalla sovrapposizione alla distinzione tra politica e amministrazione?* in *Riv.Trim.Dir.Pubbl.*, 1994, 1. p. 151; S.CASSESE, *Grandezza e miserie dell'alta burocrazia italiana*, in *Pol.Dir.*, 1982, p. 219.

verso modelli di compromesso tra quelli osmotici e quelli ispirati ad una netta separazione⁵.

Peraltro non trovarono neppure accoglimento le proposte di riforma, subitaneamente formulate, allo scopo di decongestionare il potere ministeriale: non s'intendeva, per questa via, indebolire la posizione del governo, in uno Stato che doveva ancora consolidare le sue strutture istituzionali unitarie⁶.

La profonda riorganizzazione dell'amministrazione governativa realizzata dalla legge 23 marzo 1853, n. 1483 fu, dunque, dominata dall'idea del primato della politica sull'amministrazione, ciò che riverberava i suoi riflessi non solo sulla definizione della posizione organizzativa del ministro, ma anche sulla condizione di dominio dell'esecutivo sul parlamento in sede di esercizio della funzione di organizzazione⁷.

Questa situazione emerge con particolare evidenza soprattutto nel primo periodo dello Stato oligarchico liberale.

Del resto, la stessa Legge del 1853 limitava il proprio ambito di intervento alla determinazione di alcuni principi fondamentali, prevedendo che l'ordinamento dei ministeri e degli uffici da questi dipendenti avvenisse in modo uniforme quanto ai titoli, gradi e stipendi del personale, rimettendo le altre basi dell'organizzazione ad un apposito regolamento deliberato in Consiglio dei Ministri e approvato dal Re.

⁵ Interpretazioni alternative, facenti leva sull'art. 14-bis, predicavano l'esistenza di ampie competenze, seppure non esclusive, in capo ai direttori generali, stabilite mediante regolamenti ed esplicantesi in atti definitivi: rispetto a questa situazione ordinaria, la delega era destinata ad atteggiarsi a strumento del tutto eccezionale. In questo senso l'interpretazione di N.PICELLA, *L'organizzazione dell'Amministrazione centrale dall'unità d'Italia ad oggi*, in *Amministrazione civile*, 47-51. Questa alternativa lettura della legge cavouriana viene rammentata sia L.ELIA, *Problemi costituzionali dell'amministrazione centrale*, Giuffré, 1966, p. 4 e segg.ti. che da V.BACHELET, *Responsabilità del ministri e competenza esterna degli uffici direttivi dei ministeri*, Studi in memoria di E.GUICCIARDI, 1975, p. 573.

⁶ C.COLAPIETRO, *Voce Dirigenti pubblici*, Dig.Disc.Publ., 1990. Sul disegno di Legge Rattazzi si veda in particolare V.BACHELET, *Responsabilità del ministri e competenza esterna degli uffici direttivi dei ministeri*, Studi in memoria di E.GUICCIARDI, 1975, p. 573.

⁷ M.NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della Pubblica Amministrazione*, Giuffré, 1966, p. 63.

Alla legge veniva riservato, invece, il solo compito di provvedere alla determinazione degli stipendi annessi agli impieghi⁸.

La condizione di predominanza dell'esecutivo nell'esercizio della funzione di organizzazione dell'amministrazione, solo in minima parte attenuato dalla riserva legislativa nella determinazione degli assegni, dimostra come l'interesse del parlamento fosse ancora a quel tempo limitato alle sole problematiche relative al controllo della spesa pubblica, mentre del tutto recessiva appariva la necessità di assicurare l'imparzialità della burocrazia.

Le ragioni di queste scelte si innervavano, come prima si diceva, nell'assetto istituzionale dell'epoca che consegnava il potere ad una classe dirigente borghese, assai attenta alle esigenze di contenimento della spesa pubblica.

Come altre costituzioni dell'epoca, anche lo Statuto albertino era la costituzione di una monarchia costituzionale.

Benché il re avesse poteri sostanziali e fosse, perciò, titolare del potere esecutivo, in realtà il governo risultava legato da un vero e proprio rapporto fiduciario con la camera elettiva, sì che per questa via veniva ad atteggiarsi a stregua di governo parlamentare⁹.

Al rapporto di fiduciarità tra gli organi di indirizzo politico si aggiungeva poi anche una forte compattezza della classe dirigente dell'epoca, di matrice sostanzialmente borghese ed elitaria, caratterizzata da un elevato grado di omogeneità sociale, culturale ed economica.

⁸ A.CORPACI, *Il riparto della giurisdizione e tutela del lavoro nella pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano.

⁹ Prevedeva la separazione dei poteri ed un parlamento bicamerale, col senato di nomina regia e la camera dei deputati elettiva. Il re aveva poteri sostanziali: non solo era titolare del potere esecutivo ma concorreva a quello legislativo tramite la sanzione delle leggi e la giustizia era amministrata in suo nome. G.DE VERGOTTINI, *L'evoluzione del sistema politico – istituzionale, federalismi*, 2011. Ancora più chiaramente S.CASSESE-G.MELIS, *Lo sviluppo dell'amministrazione Italiana*, in *Riv. Trim.Dir.Pubbl.*, 1990, 333: "La storiografia fa risalire a Cavour, e precisamente all'epoca del connubio tra questi e Rattazzi...l'epoca nella quale prerogativa regia sulla formazione del governo e prerogativa parlamentare vengono in conflitto e una interpretazione evolutiva dello Statuto del 1848 sancisce il prevalere della seconda".

Questa peculiarità della situazione italiana vale, dunque, a spiegare l'assenza, a quel tempo, di una reale contrapposizione tra parlamento e governo, anche in relazione alla c.d. funzione di organizzazione degli apparati: per diverso tempo parlamento e governo operarono non già in regime di separatezza, come era invece nelle monarchie tedesche in cui il governo era espressione monarchica ed il parlamento espressione della società civile, bensì in regime di coordinamento, come nei regimi con governo parlamentare¹⁰.

Dunque appare indubbio che in una prima fase l'esercizio della funzione di organizzazione dell'amministrazione vide un predominio politico dell'esecutivo, anche in ordine alla regolamentazione relativa al personale, rimessa alla disponibilità politica dell'esecutivo: non sorprende allora che il problema della neutralità politica della burocrazia risultasse a quel tempo ancora così poco avvertito.

In quel peculiare periodo della vita del Regno, il parlamento non si estraneò completamente dalle vicende relative all'organizzazione dell'amministrazione, ma ogni attenzione andò appuntandosi, come prima si diceva, attorno alle problematiche relative al controllo del bilancio ed al contenimento della spesa pubblica, ivi compresa quella relativa agli stipendi, mentre del tutto assente era il tema dell'imparzialità dell'amministrazione.

L'impiego governativo veniva considerato quasi a stregua di oggetto della funzione organizzativa intestata al governo, di servizio cioè riferito soggettivamente al governo ed ai ministri, espressione di un potere politico, ma non ancora giuridico: in altri termini, si trattava di materia ricadente per intero in una sorta di diritto domestico dell'esecutivo, sottratto a qualsivoglia controllo esterno¹¹.

Ed in effetti, in tali termini (di *ius domesticum*) la disciplina della burocrazia venne riguardata, almeno inizialmente, anche dalla

¹⁰ M.NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della Pubblica Amministrazione*, Giuffrè, 1966, p. 63.

¹¹ Spunti in S.BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, CEDAM, Padova, 2000, p. 79 e segg. e A.CORPACI, *Il riparto della giurisdizione e tutela del lavoro nella pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano.

giurisprudenza che ne riconosceva l'intima inerenza rispetto al servizio pubblico, in ragione della supposta necessità di evitare ogni forma di indebita intromissione suscettiva di cagionare un *vulnus* non solo al principio di divisione dei poteri ma anche al buon andamento del servizio stesso¹².

¹² A.CORPACI, *Il riparto della giurisdizione e tutela del lavoro nella pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano. L'idea che la disciplina dell'impiego pubblico costituisse materia riservata all'amministrazione pura, insuscettibile perciò di essere scrutinata dal giudice ordinario se non al costo di un pregiudizio verso l'indipendenza dell'amministrazione, è argomentazione ben presente nella giurisprudenza del Consiglio di Stato del periodo. D'altra parte, tale orientamento appariva in linea con l'ampliamento delle zone di immunità nell'azione amministrativa generata dall'approvazione della Legge abolitiva del contenzioso amministrativo (legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E). Come noto, la Legge aveva inteso realizzare un modello di giurisdizione unica (c.d. modello monista), onde affidare al solo giudice ordinario qualsivoglia controversia riguardante la p.a., non importa se implicante (o meno) l'esercizio di pubblici poteri, purché avente ad oggetto la tutela dei diritti soggettivi civili e politici (Il modello, come rammenta G.VACCHELLI, *La difesa giurisdizionale dei diritti verso l'autorità amministrativa*, in Primo trattato di diritto amministrativo italiano di V.E.ORLANDO, p. 357 e segg.ti. – imitava quello adottato nella costituzione belga. Per una approfondita disamina della genesi della giurisdizione amministrativa di recente M.MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Editoriale scientifica, Napoli, 2008, p.10; S.BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, fasc.1, 2013, pag. 47. Per trattazioni anteriori v. E.GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, CEDAM, Padova, 1942, ristampa 1942, specie p. 39 e segg.ti). Nelle intenzioni del Legislatore, la cognizione del giudice ordinario doveva rimanere ferma pure al cospetto di provvedimenti amministrativi, purché sollecitata dalla richiesta di tutela di un diritto civile e politico, secondo quanto previsto dall'art. 2 della Legge abolitiva del contenzioso (Così O.RANELLETTI, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Giuffrè, 1934, p. 331). Non era, dunque, la dicotomia tra atti di gestione ed atti di imperio ad essere impiegata dalla Legge abolitiva quale criterio discrezionale sul quale radicare la competenza del giudice ordinario (questo aspetto è ben evidenziato da G.VACCHELLI, *La difesa giurisdizionale dei diritti verso l'autorità amministrativa*, in Primo trattato di diritto amministrativo italiano di V.E.ORLANDO, specie p. 436). Del resto, quella distinzione neppure apparteneva alla tradizione giuridica italiana. Al contrario, quella distinzione risaliva alla tradizione giuridica francese ove venne adoperata allo scopo di individuare nel magma dell'attività posta in essere dallo Stato una quota di atti (i c.d. atti di gestione) sottratta al divieto imposto ai tribunali dall'articolo unico del decreto 16 fruttidoro dell'anno III (3

Le cose mutarono di poco negli anni seguenti, per effetto dell'approvazione, per l'impiego statale, della Legge 19 luglio 1862, n. 722 sul cumulo degli impieghi e della successiva Legge 11 ottobre 1863, n. 1500 sulle disponibilità, aspettative e congedi degli impiegati civili dello Stato (e nel regolamento di esecuzione 25 ottobre 1863), trattandosi di discipline estemporanee, mirate a

settembre 1975) “di giudicare sugli atti di amministrazione, di qualunque specie siano, con le pene di legge” (sulla origine della distinzione B.G.MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Giuffrè, 2000, Milano, p. 9 e segg.ti. Cenni anche in P.GOTTI, *La legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato E, nella giurisprudenza del giudice ordinario*, in *Le riforme crispine*, Giuffrè, 1990, p. 45). Sovvertendo la *ratio* garantistica sottesa alla sua introduzione in Francia, la distinzione in parola venne riesumata dalla giurisprudenza italiana allo scopo, ben diverso, di realizzare una interpretazione sostanzialmente abrogativa della Legge del 1865, allo scopo cioè di escludere la predicabilità di diritti soggettivi e, per conseguenza, anche la tutela giurisdizionale offerta dal giudice ordinario a fronte degli atti adottati *iure imperii*, ferma in tal caso l'unica strada della tutela giustiziale, tramite l'esperimento del ricorso gerarchico nella sede amministrativa pura. Ne conseguiva che, a fronte degli atti di imperio, adottati sulla scorta delle leggi amministrative, non era concessa alcuna forma di protezione giuridica, essendo consentita la strada della tutela nella sede amministrativa pura. Non irrilevante ai fini del radicamento di questa interpretazione fu la circostanza che, almeno inizialmente, le funzioni di giudice per la risoluzione dei conflitti tra l'amministrazione e la giurisdizione vennero poste in capo al Consiglio di Stato. L'atteggiamento di sostanziale accondiscendenza tenuto dall'organo di regolazione dei conflitti consentì all'amministrazione di sottrarsi, in diversi settori, allo scrutinio del giudice ordinario. Tra questi settori si collocava indubbiamente anche il pubblico impiego, in relazione al quale il Consiglio di Stato, come rammentato, ragionava quasi in termini di materia riservata all'amministrazione, negando risolutamente che il rapporto tra amministrazione e funzionario potesse avere origine da un vincolo di natura contrattuale. Si parlava, più precisamente, di vera e propria riserva d'amministrazione, sì che l'intervento del sindacato giurisdizionale veniva giudicato a stregua di attentato a prerogative irrinunciabili dell'amministrazione, irrilevante peraltro il carattere più o meno vincolato della fattispecie presa in esame. L'interpretazione offerta dal Consiglio di Stato era talmente rigida che nessun diritto, pur se riferito allo stipendio, veniva riconosciuto. Come ben messo in evidenza dagli studi più attenti, le leggi sull'impiego pubblico ed i regolamenti organici venivano trattati a stregua di regole d'organizzazione, di matrice interna all'amministrazione (diritto domestico) aventi quale scopo immediato la sola tutela dell'interesse dell'amministrazione, sì che le stesse venivano addirittura a collocarsi all'infuori del diritto.

regolare specifici, ed assai limitati, profili del rapporto di impiego, aventi quale precipuo scopo quello di contenere l'espansione del bilancio, ponendolo al riparo dalle pratiche clientelari del personale pubblico di volta in volta attuate dalle compagini governative del momento.

Sotto altro versante, il modulo organizzatorio, ancora fortemente ancorato sull'accentramento del potere nelle mani del ministro, seppure oggetto di critica per il carattere artificiosità derivante dall'estensione del principio della responsabilità ministeriale a qualsivoglia atto del ministero, non solo non venne meno¹³, ma risultò ulteriormente rafforzato dalle riforme degli anni successivi ed in particolare dalla Legge Crispi del 1888 istitutiva dei Sottosegretari¹⁴.

Solo diversi anni dopo l'unificazione del Regno d'Italia, con l'avvento dello stato liberale democratico, seguente all'estensione progressiva del suffragio, cominciò a porsi seriamente il problema di come conciliare la presenza di un governo di natura parlamentare, reso possibile dal sistema dei partiti, con la necessità della imparziale esecuzione delle leggi da parte dell'amministrazione, sì che frequente cominciò a divenire –

¹³ In realtà vi fu sin da subito una certa consapevolezza delle disfunzioni generate dalla regola della responsabilità ministeriale, tanto che si imputava all'esagerazione del principio l'effetto di aver "scemato in pratica la responsabilità dei capi di amministrazione". Come rammenta V.BACHELET, *Responsabilità del ministro e competenza esterna degli uffici direttivi dei ministeri*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, CEDAM, 1975, p. 571, con queste parole – contenute nella relazione di accompagnamento al disegno di legge di convalidazione del rd. 24 ottobre 1866, n. 3306, Bettino Ricasoli individuava, più di un secolo e mezzo fa, i nodi problematico del modello gerarchico. Peraltro è da rammentare che in quel disegno di legge si proponeva una forte attenuazione della gerarchia ministeriale, tramite la costituzione di amministrazioni generali centrali che pur facendo parte del ministero, non ne erano uffici interni, sì che i capi delle stesse "risovono definitivamente gli affari di loro competenza".

¹⁴ In particolare la dottrina suole rammentare a tal proposito la Legge Crispi del 1888, introduttiva della figura dei sottosegretari di Stato. Sul punto, per tutti, L.ELIA, *Problemi costituzionali dell'amministrazione centrale*, Giuffrè, 1966, p. 9.

anche nei discorsi dei politici¹⁵ e degli intellettuali dell'epoca¹⁶ – il richiamo alla necessità di tenere separate politica ed amministrazione.

Senonché, l'auspicata separazione tra politica ed amministrazione venne ad assumere le sembianze della c.d. neutralizzazione politica della burocrazia, ciò che peraltro venne a realizzarsi assai lentamente nel tempo, ed in forme assai embrionali, procedendo di pari passo con l'evoluzione della giurisprudenza amministrativa sull'impiego pubblico.

In particolare, fu nel periodo seguente alla istituzione nel 1889 della IV Sezione del Consiglio di Stato, che la giustizia amministrativa seppe assicurare una più ampia giuridificazione del rapporto di impiego dei pubblici funzionari, edificandone lo *status* sul terreno del diritto pubblico, superando definitivamente l'idea, che aveva imperato per diverso tempo, della disciplina dell'impiego pubblico a stregua di materia riservata all'amministrazione pura, insuscettibile di qualsiasi forma di protezione giurisdizionale¹⁷.

I giudici amministrativi seppero contestualmente resistere alla tentazione, pure affermata in seno ad una parte della giurisprudenza ordinaria oltre che nella prevalente dottrina italiana del tempo¹⁸, di ricostruire l'impiego pubblico sul terreno del

¹⁵ Famoso il discorso sulla "giustizia nell'amministrazione" del 6 maggio 1880, S.SPAVENTA, *La politica della Destra. Scritti e discorsi*, Laterza, Bari 1909, 53.

¹⁶ M.MINGHETTI, *I partiti politici e la pubblica amministrazione*, 1881.

¹⁷ Sottolinea molto bene la funzione di contrappeso esercitata dalla istituzione della IV Sezione nei riguardi della parzialità dell'amministrazione G.FALCON, *Riforma della Pubblica Amministrazione e responsabilità della dirigenza*, in *Le Regioni*, 1998, 5, 1203.

¹⁸ Il panorama dottrinario del tempo era per lo più dominato dalle teorie civilistiche: isolata ed eccentrica rispetto alle posizioni prevalenti, appariva, infatti, la posizione di F.PERSICO, intesa a riproporre in Italia la concezione autoritaria ed unilaterale del rapporto di impiego pubblico, altrove già forgiata sulla idea che "*le funzioni, qualunque sieno, sono stabilite nell'interesse di chi le esercita, ma dello Stato che le commette*" (F.PERSICO, *Principii di diritto amministrativo*, Riccardo Marghieri, Napoli, IV Ed., 1890, specie p.220). Fatta eccezione per questo autore, le altre dottrine dell'epoca appaiono, invece, per lo più protese a coniugare la disciplina di diritto comune con la specialità amministrativa, in ossequio al principio dell'unitarietà dell'ordinamento. Pur

nelle differenti impostazioni, i diversi Autori hanno in comune questo che il principio consensualistico si ritrova inserito in un quadro più ampio, nel quale non è negata, ed anzi è finanche esplicitamente auspicata, la presenza di più o meno marcati tratti di pubblicità, ond'è che ciascuna delle accennate dottrine presenta, inevitabilmente, elementi di non trascurabile ambiguità, esito questo di quel forte ibridismo concettuale. Di fronte all'alternativa tra il diritto privato, sia pure *speciale*, ed il diritto pubblico, spesso la soluzione individuata era di mero compromesso, sì da essere ricorrente l'invocazione del principio di unitarietà dell'ordinamento giuridico. Nel novero della corrente connotata da marcati tratti di ibridismo sono da ricondurre autori come VITTORIO EMANUELE ORLANDO e LORENZO MEUCCI. Il primo, quanto meno nelle posizioni espresse nei *Principii* del 1892 (V.E.ORLANDO, *Principii di Diritto Amministrativo*, G.Barbera Editore, Firenze, 1892, p. 91) partiva dalla riconduzione del rapporto tra lo Stato e funzionario nell'area della rilevanza giuridica, onde escludere in tal guisa le vecchie concezioni risalenti agli Stati monarchici illiberali che ancora riconducevano il rapporto nell'ambito della sfera morale e politica. Sulla scorta di questa premessa, l'Autore passava ad affrontare il problema della natura giuridica di questo rapporto, esaminando le argomentazioni usualmente addotte a sostegno della unilateralità dell'atto costitutivo del rapporto di impiego, facenti leva sull'imprescindibilità del servizio prestato dai pubblici impiegati onde assicurare la vita dello Stato e sulla predeterminazione, in via unilaterale, delle condizioni normative ed economiche del rapporto di lavoro. Entrambi i rilievi venivano, tuttavia, giudicati poco persuasivi. La prima argomentazione veniva rigettata sull'osservazione che comando ed imperio si renderebbero necessari, in funzione della instaurazione dei rapporti di impieghi, solo in alcune circostanze e per alcuni rapporti, come quelli militari, ma non invece per i servizi di diverso tipo, per i quali ben può apparire sufficiente l'offerta spontanea dei cittadini. La seconda argomentazione veniva, invece, criticata, osservando, in contraria direzione, come la predeterminazione unilaterale delle condizioni di contratto costituisse fenomeno oramai largamente diffuso anche nel diritto comune, dove era assai frequente il perfezionamento del contratto tramite adesione alle condizioni generali fissate unilateralmente dall'altro contraente. Donde la natura contrattuale dell'atto costitutivo. Sennonché - a giudizio dell'ORLANDO - il richiamo a questi tipi contrattuali sarebbe da intendersi in termini puramente analogici. A disciplinare il rapporto di impiego pubblico non sarebbero di per sé bastevoli le regole previste dal codice civile per il mandato e la locazione d'opera, dal momento che la particolare indole di tali rapporti esigerebbe la posizione di norme di ordine pubblico, speciali e derogatorie rispetto al diritto comune. Si tratterebbe, pertanto, di rapporti ibridi o *sui generis*, partecipanti dell'uno e dell'altro dei due antichi tipi classici di rapporti rispettivamente appartenenti al diritto pubblico ed al diritto privato. Per quanto generato con forme e fini del diritto privato, il contratto avrebbe pur sempre causa il diritto pubblico e necessità d'ordine pubblico esigerebbero la sottoposizione delle relazioni reciproche tra

diritto comune, soluzione questa che sarebbe stata ben poco funzionale rispetto all'obiettivo di consolidare il livello di protezione dei funzionari dagli arbitrii del governo, come oramai da più parti invocato¹⁹.

Quanto all'intervento del Legislatore, di certo può dirsi che - ad onta delle sollecitazioni e dei propositi, anche governativi, intesi ad assicurare una più netta distinzione fra governo e amministrazione - una prima regolamentazione organica della burocrazia, dopo i diversi tentativi compiuti a partire dai progetti Lanza del 1870 e Depretis del 22 dicembre 1876,²⁰ risale ad epoca di molto posteriore, vale a dire alla legge 25 giugno 1908, n. 290 sullo stato giuridico degli impiegati statali ed al testo unico 22

le parti ad un regime speciale. In parte simile appare la posizione LORENZO MEUCCI, anch'essa schierata a favore della teorizzazione di un diritto privato speciale, collocato a metà strada tra il diritto privato ed il diritto pubblico, se non completamente assorbito in quest'ultimo (L.MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Fratelli Bocca Editore, Torino, 1909, p. 198/199). Riconosciuta la rilevanza giuridica e non solo etica del rapporto di impiego, l'Autore riteneva che non fosse revocabile in dubbio la natura contrattuale del rapporto, ritenendo per tale profilo non errata la teoria, anch'essa di origine tedesca, del negozio di diritto pubblico, siccome permeato da norme e principi propri del diritto civile e del diritto pubblico. I principi d'indole privatistica venivano a loro volta ricavati ora dalla disciplina della locazione d'opera ora da quella del mandato mista alla prima, a seconda che l'impiegato fosse addetto a mansioni meramente esecutive o fosse, invece, impegnato nel procedimento di formazione e di esternazione della volontà della p.a. Vero è che, neppure la ricostruzione di MEUCCI appare effettivamente consapevole delle implicazioni derivanti dall'accoglimento della prospettiva contrattuale, tanto sul piano dei poteri esercitati dal conduttore delle opere (o mandante), quanto sul diverso versante, ma al primo strettamente connesso, della capacità del contratto di aprirsi alle fonti eteronome, arricchendosi al contenuto di queste. Conferma di questa scarsa nitidezza dogmatica deriva anche dalla contestuale adesione alla dottrina del negozio di diritto pubblico, nata in tutt'altro contesto ricostruttivo e dommatico, ove la presenza di un rapporto di natura obbligatoria tra funzionario e Stato veniva radicalmente negata.

¹⁹ S.SPAVENTA, *La politica della Destra. Scritti e discorsi*, Laterza, Bari 1909, 53.

²⁰ Come ricorda E.PRESUTTI, *Lo Stato parlamentare ed i suoi impiegati amministrativi*, Napoli, Libreria editrice internazionale, 1899, p. 148 e segg.ti, il progetto presentato dall'on Depretis alla Camera il 22 dicembre 1876 è quello ha servito di base a tutti gli altri presentati in prosieguo di tempo sia dallo stesso on Depretis, sia dagli on. Crispi e Nicotera.

novembre 1908, n. 693 con cui venne a realizzarsi il coordinamento tra la legge 290 ed i testi legislativi adottati nel corso dei decenni precedenti in materia di cumulo degli impieghi, disponibilità, aspettative e congedi²¹.

È, dunque, a partire da quest'epoca che il parlamento conquista l'egemonia nella funzione d'organizzazione dell'amministrazione, imbrigliando maggiormente il raggio di manovra del governo, mercé l'introduzione e la generalizzazione di un sistema di garanzie a tutela dei funzionari, inteso a rendere la burocrazia indisponibile al potere normativo ed organizzativo del governo²².

Fu, dunque, lungo questo percorso che si affermò un modello intermedio tra quello della separazione tra politica ed amministrazione - che supponeva, nella sua rigida formulazione, una scissione netta tra funzione di governo, affidata agli organi rappresentativi, ed esecuzione amministrativa, riservata invece alla burocrazia²³ - e quello accolto dal precedente Stato liberale

²¹ Si rammenta a tal proposito il discorso pronunciato nell'Associazione costituzionale di Bergamo, la sera del 7 maggio 1880 da S.SPAVENTA, raccolto nel volume *La politica della Destra. Scritti e discorsi*, Laterza, Bari 1909, 53. Si legga anche il discorso pronunciato da Agostino Depretis al Senato nella seduta del 3 luglio 1883: *“Io credo pertanto, come già ho avuto altre volte occasione di dire chiaramente al Senato e alla Camera che tutte le riforme più importanti che sono da fare debbano essere ispirate al concetto di separare l'amministrazione dalla politica, di stabilire a qualunque costo la giustizia nell'amministrazione, di assegnare a ciascuno il suo ufficio, ai legislatori di fare le leggi e di controllare gli atti del Governo, al potere esecutivo di condurre l'amministrazione, con le idee del proprio partito, ma servendosi anche degli uomini leali ed onesti a qualunque partito appartengano, e dando all'amministrazione quell'assetto stabile e sicuro, il quale permetta a tutti gli uomini capaci di prestare i loro servizi al proprio paese...E' ispirata a questo concetto la legge sullo stato degli impiegati civili che questo alto Consesso ha già votato”*, A.DEPRETIS, *Discorsi parlamentari*, Raccolti e pubblicati per deliberazione della Camera dei deputati.

²² Il sistema di garanzia riguarda: l'ammissione nell'amministrazione (principio del pubblico concorso): garanzia del posto: prevedibilità della carriera (regime delle promozioni), regime delle retribuzioni v. in merito l'analisi di S.CASSESE-G.MELIS, *Lo sviluppo dell'amministrazione italiana*, in *Riv.Trim.Dir.Pubbl.*, 1990, p. 349.

²³ W.WILSON, *The study of administration*, in *Political science quarterly*, 2, 1887; M.WEBER, *Parlamento e Governo nel nuovo ordinamento della*

oligarchico, basato sulla completa osmosi tra politica ed apparato burocratico²⁴.

In questa fase di transizione si rivelò importante, come accennato, l'opera della giurisprudenza: non è dubbio che le prime guarentigie, intese ad assicurare una maggiore protezione ai pubblici funzionari, furono non già quelle forgiate dal Legislatore bensì proprio quelle individuate in via pretoria, tramite un laborioso processo di affinamento, anche concettuale, relativo alla natura del rapporto di impiego governativo.

Il percorso che consentì alla giurisprudenza di traghettare l'impiego pubblico verso un sistema di guarentigie ancorate sul diritto pubblico avvenne, tuttavia, assai lentamente, venendo certamente influenzato anche dagli echi delle grandi concettualizzazioni provenienti dalle dottrine sullo Stato di diritto, specialmente quelle di matrice tedesca caratterizzate da una concezione assai autoritaria dello Stato.

In effetti, proprio alle dottrine germaniche di fine Ottocento è da ascrivere il merito non solo di aver contribuito, assieme alle altre scuole europee, ad elaborare il principio del primato della legge nel rapporto tra Stato e cittadini, ma anche di aver affinato le categorie dogmatiche necessarie alla creazione di uno *status* del pubblico funzionario, interamente guarentigiato nell'ambito del diritto pubblico.

In particolare, l'elaborazione della nota dogmatica sullo Stato-persona²⁵ e sull'organo²⁶, in funzione della tutela dei diritti

Germania. Per la critica politica della burocrazia e del sistema dei partiti, 1918.

²⁴ S.CASSESE-G.MELIS, *Lo sviluppo dell'amministrazione italiana*, in *Riv.Trim.Dir Pubbl.*, 1990, p. 349.

²⁵ Appare non revocabile in dubbio l'influenza esercitata delle dottrine sullo Stato di diritto sull'edificazione dei principali dogmi relativi alla burocrazia imparziale. Alla base del principio dello Stato di diritto v'era l'esigenza di assicurare un'adeguata protezione della sfera di libertà dei cittadini nei riguardi dell'amministrazione. Con queste premesse teoriche di fondo, l'obiettivo della protezione dei cittadini venne ritenuto possibile attingendo all'armamentario del diritto comune, dominante l'idea del fenomeno giuridico inteso come insieme di regole volte a disciplinare soltanto rapporti giuridici (v. A.PIOGGIA, *La competenza amministrativa. L'organizzazione tra specialità pubblicistica e diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2001; G.DI GASPARE, *Il potere nel diritto*

pubblici soggettivi dei cittadini, consentì di riguardare i pubblici funzionari non più a stregua di mandatari del sovrano (e del suo governo), legati a questo da un vincolo personalistico e fiduciario,

pubblico, CEDAM, 1992; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, op.cit., p. 25. v. G.JELLINEK, *Il sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, op.cit., specie p. 214). Ond'è che la tutela dei diritti dei cittadini venne realizzata sostanzialmente riconducendo i poteri di sovranità al diritto soggettivo e, in definitiva, al rapporto giuridico, ciò che però postulava la presenza di due diversi soggetti. Dunque, l'impiego della dogmatica del diritto privato esige, in via preliminare, l'individuazione di una soggettività statale distinta da quella del sovrano, alla quale imputare i poteri di sovranità e, quindi, gli stessi rapporti giuridici coi cittadini, oramai protetti nei confronti dello Stato-persona dalla garanzia di applicazione della Legge (G.BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, op.cit., p. 25 e segg.ti: "Lo Stato usciva dal dominio personale del monarca e nel momento in cui si giuridicizzava e tendeva a divenire ordinamento, si caricava di una personalità giuridica astratta, allo scopo di costruire con i cittadini rapporti giuridici che esso stesso, in quanto ordinamento, disciplinava e garantiva"; come esattamente rileva N.BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Edizioni di Comunità, 1977, p. 157 "La teoria del diritto come rapporto tra due soggetti aveva tenuto il campo sino a che la teoria generale del diritto era stata modellata sul diritto privato: la teoria dello stato come persona giuridica, che aveva permesso l'applicazione del concetto di rapporto giuridico al rapporto tra individui e stato, era stata un tentativo di costruire la dogmatica del diritto pubblico a immagine e somiglianza di quella del diritto privato". Sul pensiero di G.JELLINEK v. sempre G.BALLADORE PALLIERI, *La dottrina dello Stato*, CEDAM, Padova, p. 56 e segg.ti.).

²⁶ Ai fini della edificazione della nuova soggettività statale, dirimenti si rivelarono le dottrine organiche, che consentirono di ricostruire in chiave antropomorfa l'entità statale, intendendola a stregua di vero e proprio organismo reale. Secondo le nuove ricostruzioni, lo Stato cessava di essere rappresentato a stregua di oggetto sottoposto dall'esterno al potere monarchico o di soggetto da collocare affianco al monarca, ma diveniva esso stesso persona, costituita da diversi organi vitali. Nel nuovo scenario il sovrano, fino ad allora rappresentato a stregua di reggitore dello Stato, veniva trasfigurato in organo dello Stato-persona (C.F.VON GERBER, *Diritto Pubblico*, op.cit., p. 21 e segg.ti; P.LABAND, *Le droit public de l'Empire allemand*, Tome I, V.Giard & E.Briere, 1900, p. 149 e segg.ti. (G.BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, CEDAM, Padova, 1968, p. 28 e segg.ti. E' dunque vero che "lo schema organicistico diviene così il motore di un processo politico-istituzionale di grande portata storica di cui è espressione la posizione del monarca che, da soggetto posto al di sopra dello Stato, diviene organo dello Stato, A.MATTIONI-F.FARDELLA, *Teoria generale dello Stato e della costituzione. Un'antologia ragionata*, Giappichelli, 1009, p. 58 e segg.ti.).

bensì oramai come organi, sovrastati dalla necessità di ossequiare ai doveri derivanti dalla Legge, in funzione di tutela dei diritti pubblici soggettivi dei sudditi-cittadini²⁷.

Da qui l'idea del funzionario pubblico completamente immerso nei doveri derivanti dalla funzione (c.d. dovere d'ufficio), a loro volta delimitati dal cerchio di attività tracciato dalla legge (competenza)²⁸.

Del resto proprio la rappresentazione del funzionario a stregua di "ruota" di un delicato ingranaggio, immagine questa significativamente adoperata da due dei più grandi giuristi di fine Ottocento (P.LABAND e L.DUGUIT), costituisce emblematica rappresentazione di quella concezione organicistica che propiziò, in primo luogo sotto il profilo concettuale, il dissolvimento della fattispecie contrattuale nella ricostruzione della posizione

²⁷ S.CASSESE-G.MELIS, *Lo sviluppo dell'amministrazione italiana*, in *Riv.Trim.Dir.Publ.*, 1990, p. 349; M.D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, Napoli, 1981.

²⁸ È significativo che si ritrovi nella dottrina dell'epoca l'immagine – assai ricorrente nella dottrina del tempo - del funzionario a tal segno immerso nell'organizzazione pubblica, da costituire ruota di un sofisticato ingranaggio, ond'è che lo Stato può modificare, estendere o restringere il cerchio di affari dell'autorità, senza che il singolo funzionario possa vantare alcun diritto. P.LABAND, *Le droit public de l'Empire allemand, op.cit.*, p. 4-5. Anche L. DUGUIT, *L'État, les gouvernants et les agents*, Albert Fontemoing, Paris, 1903, p. 414: "Tel agent désigné par l'État participe-t-il à l'accomplissement d'une mission considérée comme obligatoire pour l'État, il est fonctionnaire quelle que soit la nature des actes qu'il a fait... (ainsi), la notion de compétence et la notion de subordination des agents aux gouvernants, ou plutôt à la loi émanée d'eux, restent les mêmes. Elles consistent toujours en ceci; les agents ne peuvent pas sortir du cercle d'activité qui leur est tracé par la loi... Aux pouvoirs objectifs des fonctionnaires correspondent des devoirs objectifs. Tous ces devoirs du fonctionnaire se résument dans l'obligation pour lui de remplir exactement les attributions qui lui sont confiées, qui rentrent, d'après la loi, dans la fonction dont il est investi. Au premier abord, cette obligation générale du fonctionnaire paraît bien analogue à celle qui impose à l'individu qui, signant un contrat de louage de service, s'engage à mettre une certaine activité à la disposition de son cocontractant. Cependant, quand on y regarde de plus près, on aperçoit tout de suite que la situation est différente. D'abord, au cas de louage, l'étendue de l'obligation est déterminée par le contrat lui-même, œuvre des parties. L'obligation du fonctionnaire est déterminée par la loi supérieure aux deux parties".

giuridica del funzionario, dando luogo a quella ricostruzione del rapporto di impiego – concepito essenzialmente in termini di *status*²⁹, per intero dominato dal potere di supremazia speciale

²⁹ L'avvento delle nuove concezioni sullo Stato-persona e sugli organi rese non più proponibili per l'innanzi tutte le vecchie rappresentazioni imperniate sulla raffigurazione del funzionario a stregua di mandatario o di prestatore d'opera, dando avvio ovunque in Europa alla elaborazione – che fu ad un tempo pretoria, dottrinale e legislativa – di uno statuto speciale del funzionario pubblico. All'esito di questo lungo percorso, esclusa oramai la valenza solo politica dei vincoli tra funzionari e governo o la loro riconducibilità alla disciplina del diritto comune, accadde questo che l'impiegato investito di pubbliche funzioni cessò di essere riguardato alla stessa stregua di un salariato o di un prestatore d'opera e cominciò ad essere visto come funzionario (L.ROUBAN, *La fonction publique, La découverte*, Paris, 2004, p. 20). Alla fine di un processo storico non breve, si pervenne dunque al risultato finale del dissolvimento della persona del funzionario all'interno dell'organo (G.MARONGIU, *L'ufficio come professione*, op.cit., specie p. 99 e segg.). In questo lento percorso è possibile distinguere nitidamente, forse più dal punto di vista logico che cronologico, tre diversi momenti. Il primo passaggio è quello che conduce al dissolvimento del contratto, conseguente all'immembramento del funzionario nello Stato-persona, fenomeno questo predicato a partire dai funzionari titolari dell'organo (C.F.VON GERBER, *Diritto Pubblico*, a cura di P.L.LUCCHINI, Giuffrè, Milano, 1970). Il secondo fu la progressiva estensione delle medesime ricostruzioni ai funzionari diversi dai titolari dell'organo, con conseguente rigetto della distinzione, pure predicata da alcune concomitanti correnti dottrinarie, tra funzionari d'autorità e funzionari di gestione. Tale estensione venne sostenuta ora in ragione della difficoltà di distinguere tra funzionari impegnati nelle funzioni d'autorità e quelli, invece, coinvolti nello svolgimento di mere operazioni tecniche (v. P.LABAND, *Le droit public de l'Empire allemand*, Tome I, V.Giard & E.Briere, 1900, p. 149), ora in ragione di più raffinate ricostruzioni dogmatiche che predicavano il fenomeno di compenetrazione nell'organizzazione di tutti i funzionari stabilmente impegnati nell'assolvimento della missione definita obbligatoriamente dalla Legge, senza considerazione verso la natura delle incombenze espletate, purché svolte con carattere di continuità e permanenza (L. DUGUIT, *L'État, les gouvernants et les agents*, Albert Fontemoing, Paris, 1903, p. 414, ripreso in Italia da G.MARONGIU, *L'ufficio come professione. Saggio sul rapporto di impiego con lo Stato*, in *Democrazia come problema*, Il Mulino, II, p. 97). Tale nuova rappresentazione del funzionario rimase ferma anche con l'avvento delle dottrine inorganiche (P.LABAND, *Le droit public de l'Empire allemand*, Tome I, V.Giard & E.Briere, 1900, p. 149 e segg.; G.JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, op.cit., p. 197) e di quelle puramente normative (H.KELSEN, *Dottrina generale dello Stato*, Giuffrè, 2013, p. 184 e segg.), che come noto rigettavano l'idea dello Stato a stregua di organismo reale. La terza

dell'amministrazione³⁰ - che tanta diffusione ebbe nell'Europa continentale (e non solo).

operazione, distinguibile dalle prime due solo in termini concettuali, fu riempire il vuoto generato dal dissolvimento del contratto, ricostruendo gli atti interni d'organizzazione su base diversa da quella aziendalistica, evento questo che investì in pari misura gli atti di gestione del personale e gli altri ambiti interni all'organizzazione (G.MARONGIU, *L'ufficio come professione. Saggio sul rapporto di impiego con lo Stato*, in *Democrazia come problema*, Il Mulino, II, p. 97).

³⁰ Con riferimento alla natura del potere esercitato dall'amministrazione sul funzionario, come suggeriscono gli studi più attenti (A.M.OFFIDANI, *Studi sull'ordinamento giuridico speciale. Il concetto della supremazia speciale nella evoluzione della dottrina*, Giapichelli, Torino, 1962, passim), si procedette in realtà per gradi. In una prima fase si ritenne che l'immembramento del funzionario nell'organizzazione facesse del pubblico dipendente un oggetto del potere di sovranità dello Stato (G.MARONGIU, *L'ufficio come professione. Saggio sul rapporto di impiego con lo Stato*, in *Democrazia come problema*, Il Mulino, II, p. 97). Si credeva, cioè, che fosse lo *status* e, dunque, la condizione soggettiva conseguente all'acquisizione della qualifica a porre il funzionario in una condizione diversa e più elevata rispetto a quella del semplice cittadino, collocandolo dentro il cono d'ombra del potere di dominio dello Stato. Sì che in questa primitiva concezione, il potere di supremazia, per quanto speciale, nasceva comunque per trasposizione e adattamento del potere di supremazia generale: donde l'accostamento della posizione del funzionario pubblico rispetto a quella del cittadino speciale. Questa ricostruzione appariva evidente con riferimento al più appariscente tra i poteri di supremazia (speciale) esercitati dall'amministrazione: si intende alludere al potere disciplinare, ricostruito dalle primigenie ricostruzioni proprio a stregua di manifestazione del potere di sovranità dello Stato. In questa prospettiva, il potere disciplinare veniva rappresentato come una delle manifestazioni dell'*imperium*, donde la negazione di suità al potere medesimo. Non mancavano, per il vero, ricostruzioni più estreme, intese a ricondurre la potestà disciplinare ai poteri di sovranità statale, tramite assimilazione al potere punitivo di matrice criminale (per un panorama delle diverse teorie elaborate sui poteri di supremazia speciale v. A.M.OFFIDANI, *Studi sull'ordinamento giuridico speciale*, op.cit. p. 74 e segg.). Quanto appena esposto trova preciso riscontro nella dottrina italiana del periodo. Nel suo saggio sui poteri disciplinari del 1898 (S.ROMANO, *I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni*, in *Giur.it.*, 1898, ripubblicato in *Scritti minori*, II, Guffré, 1990, p. 83 e segg.ti), SANTI ROMANO dava atto del dibattito ancora in svolgimento in merito all'origine contrattuale del rapporto di impiego, mostrando – tuttavia - preferenza per la tesi che individuava la fonte dei doveri gravanti in capo al funzionario direttamente nella Legge. L'Autore non nutriva peraltro dubbi sul fatto che il potere

disciplinare costituisse diritto pubblico subbietivo dello Stato e che l'atto disciplinare fosse a tutti gli effetti espressione dell'*imperium*.

Conseguiva da questa importante premessa che “*la persona contro la quale tale potere si sperimenta entra perciò stesso nello status subjectionis: ne viene che...il potere disciplinare si risolve sempre in uno di quei diritti pubblici cui abbiamo posto il nome di diritti di supremazia*”. Nel pensiero di S.ROMANO, anche il potere disciplinare verso il dipendente, benché accessorio rispetto agli altri esercitati dall'amministrazione verso il proprio funzionario, doveva costituire espressione dei poteri di sovranità dello Stato. In questo quadro, il potere disciplinare veniva a differenziarsi dal potere esercitato dall'amministrazione verso i cittadini in quanto indirizzato verso soggetti ad essa legati da speciali rapporti di sudditanza (anche C.ESPOSITO, *Organo, ufficio e soggettività giuridica*, CEDAM, Padova, 1932, p. 23 parla di rapporto speciale diverso da quello di sudditanza che lega in genere i sudditi allo Stato: “*diverso per estensione, per contenuto di doveri, per requisiti di nascita*”). Ed in effetti, come rammentano gli studi approfonditi in materia, la dottrina tedesca individuò il fondamento di questo potere proprio nell'ambito del rapporto di servizio, idoneo ad esporre l'impiegato alla mercé dell'amministrazione: non a caso si riteneva che dal contratto di servizio originassero rapporti di sudditanza speciali. Solo che ci si avvide della sostanziale diversità di questo potere, non a caso definito di supremazia “speciale”, rispetto a quello di supremazia “generale”, resa ben evidente dalla inoperatività in questi ambiti interni del principio di legalità. Si ebbe perciò consapevolezza che la teorizzazione di un rapporto di sottomissione al potere di supremazia speciale non consentiva di individuare una soluzione dogmaticamente appagante, tanto più che continuava a rimanere sostanzialmente irrisolto il problema della individuazione della fonte del potere, una volta verificata la sostanziale estraneità del potere organizzativo rispetto al potere di supremazia dell'amministrazione per così dire generale. Una risposta al problema provenne, agli inizi cioè del Novecento, dalla dottrina istituzionistica, che trovò in S.ROMANO uno dei suoi più importanti ed illustri fautori (la dottrina istituzionistica, come noto, ha una primogenitura in Francia, con l'opera di M.HAURIUO, *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, a cura di WIDAR CESARINI SFORZA, Giuffrè, Milano, 1967, ma viene ripresa e rivista in termini originali in Italia da S.ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, 1917. Come noto, la teoria istituzionistica partiva dall'idea che l'organizzazione sociale racchiusa nell'istituzione costituisse, essa stessa, “*ordinamento giuridico*”. In seno agli istituzionisti era frequente l'impiego della diversa nozione di ordinamento interno, inteso quale ordinamento di una istituzione compresa in un'altra maggiore, visto di fronte all'ordinamento di quest'ultima. Conseguiva da questa premessa l'idea che la specialità costituisse non già attributo specifico del potere, bensì conseguenza della natura interna, e perciò anche speciale, dell'istituzione e dell'ordinamento (A.M.OFFIDANI, *Studi sull'ordinamento giuridico speciale. Il concetto della supremazia speciale nella evoluzione della*

All'esito di questo lungo percorso accadde, dunque, questo di nuovo che l'impiegato investito di pubbliche funzioni cessò, quasi ovunque in Europa, di essere riguardato alla stessa stregua di un salariato o di un prestatore d'opera³¹ o, peggio, di soggetto gravato soltanto di doveri morali e politici senza alcun diritto³², e cominciò ad essere visto come un funzionario³³.

Esito questo, come poc'anzi si avvertiva, di matrice squisitamente concettuale³⁴.

dottrina, Giappichelli, Torino, 1962, p. 175 e segg.ti che rimanda alle tesi di S.ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, 1917. È chiaro a questo punto che le dottrine istituzionistiche costituirono la traduzione in termini obbiettivistici delle teorie che ancoravano il potere di supremazia speciale sul rapporto di servizio ovvero sul rapporto di sottomissione al potere di comando dello Stato).

³¹ G.MARONGIU, *L'ufficio come professione. Saggio sul rapporto di impiego con lo Stato*, in *Democrazia come problema*, Il Mulino, II, p. 97.

³² G.MARONGIU, *L'ufficio come professione. Saggio sul rapporto di impiego con lo Stato*, in *Democrazia come problema*, Il Mulino, II, p. 97 parla di veri e propri schiavi, rappresentazione che pare rispondere alle iniziali rappresentazioni.

³³ L.ROUBAN, *La fonction publique*, La découverte, Paris, 2004, p. 20.

³⁴ Nella ricostruzione più matura dello Stato di diritto, conseguente al passaggio dallo Stato liberale oligarchico a quello democratico, il rapporto tra parlamento e governo cessò di porsi in termini di contrapposizione e venne a presentarsi in termini di rapporto di fiduciarità, ond'è che – anche sotto il profilo delle costruzioni dommatiche - il parlamento dispense i panni di organo della società civile per assumere quelli di organo dello Stato-persona (M.NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della Pubblica Amministrazione*, Giuffrè, 1966, p. 63; ma anche più di recente G.DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, CEDAM, 1995; G.BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, op.cit., p. 25 e segg.ti; anche G.DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, Cedam, 1994, p. 16 e segg.ti). In questa visione antropomorfa dello Stato, oramai esteso in guisa da assorbire anche il parlamento, non solo il sovrano, ma anche gli altri organi dello Stato divenivano a loro volta strumenti dei quali lo Stato poteva, anzi doveva, oramai servirsi onde esternare la propria volontà e così esercitare i propri poteri di sovranità. In questa nuova prospettiva, schiusa dall'avvento dello Stato di diritto, era necessario che la ricostruzione organicistica improntasse di sé non solo la figura del sovrano, ma anche quella dei funzionari, anch'essi resi partecipi dei poteri di sovranità intestati allo Stato persona. Occorreva, in altri termini, che la ricostruzione organicistica procedesse parallelamente per i due poli della relazione: se l'originario detentore della sovranità, il monarca appunto, diveniva organo dello Stato, occorreva che il medesimo processo investisse anche il secondo polo della relazione, sì che anche coloro i quali si trovavano ad operare come servitori del

Benché sia indubitabile che l'impiego pubblico sia nato in ragione di raffinate edificazioni dogmatiche, non è meno vero che l'istituto venne forgiato, ed ebbe perciò ampia diffusione in tutta Europa, in funzione di garanzia dell'imparziale esecuzione della Legge contro i rischi derivanti dalle *improprie* forme di condizionamento politico, quale contrappeso, dunque, verso il potere di gerarchia ministeriale, onde assicurare – assieme alla predeterminazione per mano legislativa di alcuni principii fondamentali relativi all'organizzazione ed allo status dei dipendenti – la non disponibilità da parte governativa delle strutture organizzative.

L'obbiettivo era di individuare una forza di resistenza nei riguardi dell'indirizzo politico ministeriale *deviante* rispetto all'indirizzo politico legislativo e, dunque, rispetto all'imparzialità-legalità³⁵.

sovrano, legati a questo da mandato fiduciario, dovevano divenire a loro volta organi esecutivi (G.MARONGIU, *L'ufficio come professione. Saggio sul rapporto di impiego con lo Stato*, in *Democrazia come problema*, Il Mulino, II, p. 71 e segg.ti. che sul punto rimanda a F.V.GERBER. Per l'esperienza tedesca riferimenti circa la situazione pregressa dei funzionari si ritrovano proprio in C.F.VON GERBER, *Diritto pubblico*, 1852, traduzione di P.L.Lucchini, Guffré, p. 9 ove emplementicamente si afferma che “l'amministrazione si effettuava a mezzo di funzionari la cui responsabilità dipendeva da un vincolo di diritto privato con la persona del signore”; nonché O.MAYER, *Le droit administratif allemand* (Ed. française par l'auteur), V.Giard&Brière, Paris, IV, 1906, 44: “A l'origine et avant la séparation du droit civil et du droit public, cet acte était envisagé comme un contrat ordinaire dans le sens du droit civil. L'idée du régime de la police - d'après laquelle on peut exiger des sujets tout ce qui est nécessaire aux buts de l'Etat, amène enfin à la doctrine qui ne voit ici aussi qu'un acte unilatéral de l'autorité si le sujet requis donne son consentement, ce n'est que la reconnaissance de son devoir préexistant de sujet”, che rimanda all'opera di SEUFFERT, *Von verhältniss des stap. ates undder diener des staates*, 1793 e GONNER, *Der Staatsdienst aus dem Ghesichtspunktc des Bechts und der Nationaleconomie betrachlct*, 1808. V. anche la ricostruzione storica di P.LABAND, *Le droit public de l'Empire allemand*, Tome II, V.Giard&E.Brière, Paris, 1901, p. 115 e 127, che fa risalire proprio a Gonner il rigetto delle ricostruzioni civilistiche).

³⁵ H.NEZARD, *Éléments de droit public à l'usage des étudiants en droit (capacité)*, 1911, p. 104-107, secondo cui la moltiplicazione dei funzionari ed il loro frequente intervento nei rapporto individuali determinerebbero una sorta di tirannia insopportabile, se la funzione non venisse esercitata in modo imparziale: “La condition essentielle de l'impartialité du fonctionnaire c'est son in dépendance, ce sont les garanties dont il jouit contre les mesures

In conclusione, nel passaggio dallo Stato liberale oligarchico allo Stato democratico pluriclasse, si assiste ad un primo, seppure ancora embrionale, tentativo di modifica del primigenio modello accentrato e verticistico, fino ad allora pressoché sovrastato, senza alcun serio contrappeso, dal potere di gerarchia ministeriale.

Ecco allora che l'invocata separazione tra politica ed amministrazione comincia a trovare sfogo non già nell'attribuzione al ministro di compiti diversi da quelli di mera amministrazione, asseritamente più in sintonia col suo ruolo di decisore politico³⁶, bensì nella posizione di stabilità dei funzionari, garantiti dalle interferenze dei politici dall'applicazione di uno *statuto* pubblicistico, considerato come antidoto alla subordinazione gerarchica ministeriale ed alla politicità c.d. indotta dalla presenza di un organo politicamente parziale³⁷.

Su questa originaria rappresentazione dell'organizzazione amministrativa, non priva di contraddizioni e di intrinseca incompiutezza, non vennero più di tanto ad incidere le riforme fasciste del 1923, sull'ordinamento gerarchico e sullo stato giuridico degli impiegati.

Pur recando norme intese alla "*vassalisation*" dei pubblici funzionari, per altri aspetti le riforme fasciste condussero addirittura verso il perfezionamento tecnico del modello, tramite

arbitraires (révocation) de la parte du gouvernement". In riferimento al tradizionale rapporto antinomico tra principio di gerarchia e principio di neutralità della burocrazia in Francia, di recente J.FIALAIRE, *Fonction publique et finalités de l'Etat*, in *Le statut général des fonctionnaires: trente ans, et après?*, Dalloz, 2014. Anche L.CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, CEDAM, Padova, 1974, p. 119, là dove si chiarisce che l'indipendenza del funzionario "è dai partiti politici la cui azione non si traduca legittimamente in indirizzo politico dello Stato, ma non di più".

³⁶ Come propugnato dallo stesso E.PRESUTTI, *Lo Stato parlamentare*, op.cit., passim; lo rammenta anche L.CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, 1974, p. 8.

³⁷ Su questi profili E.PRESUTTI, *Lo Stato parlamentare*, op.cit., 22 nonché L.CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, 1974, p. 8; S.CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Giuffrè, 1973, p. 35.

l'esplicito riconoscimento del principio di gerarchia³⁸ e la coeva istituzione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle controversie di pubblico impiego³⁹.

2. *L'avvento della Costituzione repubblicana e le prime letture nel segno della continuità*

Chiusa la parentesi fascista, il modello amministrativo forgiato all'epoca del passaggio dallo Stato liberale oligarchico allo Stato liberale democratico venne per certi versi a consolidarsi con l'avvento della Costituzione repubblicana, auspice la particolare attenzione da questa mostrata verso il valore dell'imparzialità dei funzionari, seppure in un quadro d'insieme non privo di intime contraddizioni.

Certamente era vero, come la dottrina del tempo subitaneamente colse⁴⁰, che la Costituzione repubblicana non aveva inteso dedicare particolare attenzione ai problemi dell'organizzazione amministrativa, tanto che l'interesse serbato al tema appariva racchiuso in un nucleo assai ristretto, per quanto significativo, di disposizioni (artt. 5, 28, 97 e 98 Cost.).

³⁸ L.ARCIDIACONO, *Profili di riforma dell'amministrazione statale*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 9; M.CRESTI, *Efficienza e garanzie nell'evoluzione dell'organizzazione statale*, Giuffrè, 2006, p. 23.

³⁹ Si rammenta che l'istituzione della giurisdizione esclusiva avvenne per effetto del R.D. 30 dicembre 1923, n. 2840. Peraltro i coevi RR.DD. 11 novembre 1923, n. 2395 sull'ordinamento gerarchico e 30 dicembre 1923, n. 2960 sullo stato giuridico degli impiegati civili dello Stato impressero al pubblico impiego un carattere fortemente autoritativo, sì che all'atto della istituzione della giurisdizione esclusiva, avvenuta con il R.D. 30 dicembre 1923, n. 2840, la relazione governativa poteva a ragione affermare che l'interesse pubblico avesse nella materia *de qua* natura così assorbente da far scomparire o affievolire la portata effettiva della questione patrimoniale o di diritto privato. In questi termini, C.F.FERRARIS, *Diritto amministrativo*, La Litotipo Editrice Universitaria, Padova, 1923, Vol. II, p. 296. In merito alla c.d. "vassalisation" (di cui parla S.CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Giuffrè, 1973, p. 35 e segg.ti), l'art. 51 del r.d. n. 2960/1923 prevedeva il potere del governo di dispensare l'impiegato che "si ponga in condizione di incompatibilità con le direttive del governo").

⁴⁰ M.NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della Pubblica Amministrazione*, Giuffrè, 1966, p. 63 e segg.ti.

Tuttavia, dall'esame dei lavori preparatori emergeva in modo sufficientemente chiara l'intenzione dei costituenti di rafforzare, per l'avvenire, il principio della neutralizzazione politica della burocrazia⁴¹.

Gli elementi strutturali propri del modello di burocrazia weberiana vennero, in effetti, definitivamente puntellati nella Costituzione del '48, nell'ambito delle previsioni relative al diritto di partecipazione dei cittadini ai pubblici uffici (art. 58 Cost.), all'imparzialità dell'amministrazione (art. 97 Cost.) ed al vincolo di fedeltà dei pubblici funzionari rispetto alla Nazione (art. 98 Cost.)⁴².

In verità, l'indipendenza del funzionario, rispetto alla quale le guarentigie erano state tradizionalmente edificate, era a ben vedere predicata non già in riferimento alla politica, bensì in relazione all'azione dell'organo di vertice trascinante in un indirizzo politico ed amministrativo *illegale*.

Di certo appariva improprio postulare l'indipendenza dalla politica, nel momento in cui la costituzione continuava a riconoscere l'esistenza di un robusto rapporto di subordinazione gerarchica, quale inevitabile corollario del principio della responsabilità ministeriale (art. 95 Cost.).

Ciò che si intendeva impedire era, dunque, la strumentalizzazione dell'amministrazione per il conseguimento di obiettivi di lotta partitica, fenomeno questo giudicato assai negativamente siccome capace di inquinare, con l'instaurazione di rapporti di clientela, anche il corretto agire esterno della p.a.⁴³

In questo senso, il principio della neutralità politica del funzionario era preordinato ad impedire non solo, e forse neppure tanto, le deviazioni dell'indirizzo politico ascrivibili dalle incrostazioni ideologiche del *civil servant*, quanto e piuttosto ad

⁴¹ M.NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della Pubblica Amministrazione*, Giuffrè, 1966, p. 63 e segg.ti.

⁴² Si intende alludere al modello weberiano di funzionario *sine ira ac studio*. V. M.WEBER, *Parlamento e Governo. Per la critica politica della burocrazia e del sistema dei partiti*, Laterza, 1993, p. 39. L'art. 98 Cost. nasce, come noto, avendo a modello l'analoga disposizione della Costituzione di Weimar.

⁴³ L.CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, CEDAM, Padova, 1974, p. 98.

evitare forme di deviazione dall'indirizzo politico fissato dal parlamento nella Legge, ascrivibili alla politicità indotta dalle pressioni dell'organo politico, ritenuta tra le forme di condizionamento più insidiose, siccome per intero originata da fattori strutturali interni alla stessa amministrazione.

In questo senso la neutralità politica del funzionario coglieva uno tra i tanti possibili contenuti semantici dell'imparzialità soggettiva del funzionario⁴⁴.

Che l'imparzialità fosse stata intesa dai costituenti proprio in questi termini trova, peraltro, conferma dall'esame dei lavori preparatori, dai quali emerge la preoccupazione verso la necessità, certamente ossequiosa della matura tradizione liberale democratica, di assicurare ai funzionari specifiche garanzie, onde sottrarli alle improprie influenze dei *partiti politici*⁴⁵.

La scelta a vantaggio di un modello di burocrazia imparziale avveniva, però, nell'ambito di un contesto organizzatorio ed istituzionale nel quale l'amministrazione continuava, almeno all'apparenza, ad essere riguardata in una posizione ancillare rispetto alla politica, considerata ancora quale vera detentrica del potere di decisione (art. 95 Cost.).

Non ebbero, a tal riguardo, integrale seguito le iniziali proposte del MORTATI, intese a prefigurare un modello organizzativo, nel quale la responsabilità di interi settori dell'apparato amministrativo veniva affidata in capo a funzionari e capi servizio, in omaggio alle suggestioni di tardo Ottocento circa la separazione tra politica ed amministrazione⁴⁶.

⁴⁴ L.CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, CEDAM, Padova, 1974, p. 98.

⁴⁵ M.NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della Pubblica Amministrazione*, Giuffrè, 1966, p. 63 e segg.ti.

⁴⁶ Lo ricordano C.PINELLI, *Sub art 97 Cost.*, *Commentario alla costituzione Branca*, Zanichelli; S.RAIMONDI, Voce *Dirigenza*, in *Enc.Treccani*; G.FALCON, *Riforma della Pubblica Amministrazione e responsabilità della dirigenza*, op.cit., 1203, i quali rammentano come la proposta del Mortati venne osteggiata da Terracini il quale rilevava, in senso già critico rispetto alla situazione allora imperante, che "già i dirigenti generali dei Ministeri ritengono di essere i veri dirigenti della Nazione", sì che sarebbe stato eccessivo potenziarne ruolo e funzioni nel nuovo ordinamento costituzionale.

Il consapevole accantonamento del principio di separazione dal tavolo dei lavori in seno alla costituente contribuisce a spiegare perché il quadro risultante dalla Costituzione del '48 venne diffusamente interpretato, almeno inizialmente, in termini di continuità rispetto all'ordinamento giuridico liberale-democratico di inizio secolo.

Di talché non si dubitò in dottrina della necessità, a stregua del principio di democraticità, di continuare ad affidare, anche per l'avvenire, compiti di decisione amministrativa in capo ai soli organi rappresentativi della comunità, con attribuzione alla burocrazia di compiti meramente esecutivi ed ausiliari⁴⁷.

Del resto, anche i primi passi mossi dal Legislatore ordinario andarono muovendosi lungo questa direzione, riproducendo senza poche variazioni il modello accentrato e verticistico proprio della tradizione liberale e democratica.

Superato il periodo della dittatura fascista, la cui normativa appariva intrisa da forti connotazioni etico e politiche, il d.P.R. n. 3/1957 si incaricò di perfezionare il sistema delle garanzie dei funzionari, confermando il tradizionale modello amministrativo accentrato e legalitario, con l'unica, seppure non irrilevante, novità relativa al conferimento in capo ai direttori generali dei ministeri del potere di adozione dei provvedimenti vincolati.

Innovazione questa che però non valse a mutare, ad unanime giudizio, ruolo e funzioni della burocrazia, anche a motivo della sostanziale pratica inattuazione delle nuove previsioni, sì che lo strumento maggiormente impiegato onde decongestionare i poteri ministeriali continuò, come prima, ad essere rappresentato dalla sola delega di firma⁴⁸.

Dunque, nelle prime interpretazioni dottrinarie, oltre che nel concreto svolgimento legislativo, si confermava la tradizionale

⁴⁷ U.ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, CEDAM, 1965, p. 300
“...l'imparzialità richiede di massima la separazione tra organo istruttorio e decidente” : p. 391 secondo cui “per la funzione di iniziativa (in quanto compete all'autorità), e più ancora per quella di decisione, sembra che debba prevalere la struttura democratica dell'organo”.

⁴⁸ Cfr. art. 155 d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3. Il lavoro negli uffici continuo pertanto ad essere improntato, come nel passato, ai principi dell'accentramento e della gerarchia. V. S.RAIMONDI, *Voce Dirigenza*, Enc.Giur. Treccani, 1989.

antinomia, propria dello Stato liberale democratico, tra il principio di democraticità, che concepisce l'amministrazione in chiave strumentale, ma non servente, rispetto alla realizzazione dei programmi politici del governo⁴⁹, e l'imparzialità dell'amministrazione, declinata in termini di neutralità politica dei suoi funzionari, riguardata ancora come baluardo verso i principii di verità e giustizia nella sede di esercizio del potere⁵⁰.

In altri termini, trovava conferma, con l'avvento della Costituzione repubblicana, la concezione delle guarentigie del funzionario pubblico come strumento di riequilibrio nei riguardi del potere gerarchico, a sua volta concepito come corollario del principio della responsabilità ministeriale e come strumento necessario per assicurare al governo la necessaria presa sull'amministrazione, a garanzia dell'unitarietà dell'indirizzo politico⁵¹.

La carica innovativa di cui pure risultava portatrice la Costituzione repubblicana, specie nelle disposizioni riferite alle competenze dei singoli uffici (art. 97, comma 2, Cost., ma non solo), non venne, dunque, almeno inizialmente, percepita.

Sì che venne perpetuato il risalente modello di inizio Novecento che individuava nella responsabilità ministeriale, e nei suoi corollari del potere di gerarchia e della spersonalizzazione dei funzionari, la chiusura in senso democratico di tutto il sistema.

⁴⁹ Sottolinea il nesso di forte interdipendenza tra responsabilità ministeriale e gerarchia L.CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, Padova, 1974, p. 49.

⁵⁰ U.ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, CEDAM, 1965, op.cit., p. 306 secondo cui "la funzione istruttoria sembra richiedere di massima organi di carattere burocratico e tecnocratico. Invero qui della causa amministrativa prevale l'aspetto del fatto e quindi l'imparzialità vi si presenta prima di tutto come valore di verità"; ma anche G.MARONGIU, *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione (1969)*, in *La democrazia come problema*, 1994, Il Mulino, p. 241.

⁵¹ Come scriveva L.M.GIRIODI, *I pubblici uffici*, in Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano, I, Milano, 1900, 306, "La subordinazione gerarchica costituisce per così dire la catena che collega in un tutto organico le sparse membra dei singoli uffici pubblici, e fa sì che l'intera azione amministrativa acquisti unità di indirizzo onde raggiungere agevolmente e con maggiore pienezza i fini di interesse generale".

3. La necessaria discontinuità: verso il superamento del modello accentrato e legalitario

Come sovente avviene, il momento di massimo perfezionamento di un istituto è anche quello che ne segna l'inevitabile declino.

Già a partire dagli anni Sessanta cominciarono ad emergere, catturando ben presto anche l'attenzione della dottrina, le prime rilevanti distorsioni del modello verticistico, caratterizzato dal mito della separazione tra politica ed amministrazione e dall'altrettanto mitizzato principio della responsabilità ministeriale⁵².

Il problema venne ad emergere in primo luogo nella prassi; ma l'inefficacia operativa del modello accentrato venne a manifestarsi nell'ambito di un quadro complessivo di progressivo sfarinamento delle premesse dogmatiche, oltre che di contestuale profonda rilettura degli addentellati costituzionali che ne costituivano il presupposto, ciò che rese ancor più vivida l'insoddisfazione e l'esigenza di cambiamento.

In primo luogo, l'insuccesso del modello verticistico venne emergendo nella realtà effettuale, in ragione della non chiara distribuzione delle competenze tra politici e burocrati.

Accadde, così, che la politica venne in certi casi a sovrapporsi rispetto alle prerogative dell'amministrazione, specie nei casi di avocazione delle prerogative tecniche (pareri e istruttoria) degli organi burocratici.

In realtà, appariva molto più frequente l'ipotesi inversa, cioè di decisioni politiche formalmente adottate dal ministro ma sostanzialmente ascrivibili ai funzionari: del resto, l'impossibilità materiale di conoscere i diversi affari in ragione della vastità delle questioni rimesse alla firma ministeriale rendeva solo formale la partecipazione del ministro all'adozione della decisione e,

⁵² In questi termini si esprime la prevalente dottrina (per tutti C.D'ORTA, *La riforma della dirigenza: dalla sovrapposizione alla distinzione tra politica e amministrazione?*, in *Riv.Trim.Dir.Pubbl.*, 1994, p. 15 e segg.ti) facendo proprie le parole di Ricasoli sull'esagerazione di un giusto principio, quello della responsabilità ministeriale.

conseguentemente, anche del tutto evanescente la sua stessa responsabilità⁵³.

Il principio della responsabilità ministeriale risultava in tal modo grandemente sminuito, sovrastato com'era dall'opposto principio della presunzione di non conoscenza: prendeva in tal modo corpo il noto fenomeno di progressivo disallineamento tra titolarità formale ed esercizio reale del potere amministrativo, ciò che valse, in ultima analisi, a dar luogo ad una sostanziale irresponsabilità del ministro⁵⁴.

Spostando l'attenzione dalla prassi alla teoria, a mettere in crisi il modello monistico fu soprattutto la profonda rimediazione delle trasformazioni indotte sull'ordinamento dall'avvento della legalità costituzionale, a partire dai principi fondamentali introdotti dalla nuova Carta repubblicana.

Nel nuovo scenario determinato dall'avvento della Costituzione, furono i dogmi della spersonalizzazione e dell'anonimato del funzionario a cadere per primi.

Negli anni Cinquanta emerse la consapevolezza della portata dirompente del principio della sovranità popolare (art. 1 Cost.), anche nei suoi riflessi più schiettamente amministrativistici, sì da sospingere la dottrina verso una profonda rimediazione dei tradizionali concetti ereditati dalla tradizionale dogmatica tedesca⁵⁵.

L'idea secondo cui la sovranità pertiene al popolo non solo per la sua titolarità ma anche per il suo esercizio costringeva, infatti, a rivedere uno dei dogmi più potenti elaborati dalla dottrina ottocentesca: quello relativo allo Stato-persona, concepito ancora a guisa di persona titolare dei diritti di sovranità⁵⁶.

⁵³ L.CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, CEDAM, Padova, 1974, p. 25.

⁵⁴ L.CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, CEDAM, Padova, 1974, p. 25 e 247.

⁵⁵ E.TOSATO, *Sovranità del popolo e sovranità dello Stato*, in *Riv.Trim.Dir.Pubbl.*, 1957, p. 47; R.ALESSI, *L'affermazione costituzionale della sovranità popolare ed i suoi riflessi amministrativistici*, in *Riv.Trim.Dir.Pubbl.*, 1959, p. 49 e segg.ti.

⁵⁶ Per la verità, l'impostazione organistica sottesa alla dottrina dello Stato-persona era stata già contestata da KELSEN, che individuava l'aspetto criticabile della dottrina dell'autolimitazione in questo che essa generava una vera e

Come il problema dei diritti di sovranità aveva sospinto la dottrina dell'Ottocento a trasfigurare il sovrano in organo dello Stato-persona⁵⁷, onde assicurare tutela ai diritti di libertà dei sudditi, allo stesso modo il riconoscimento della sovranità popolare costringeva ora la dottrina italiana dell'epoca repubblicana a rivedere la tradizionale raffigurazione dell'entità statale a stregua di Stato-persona⁵⁸.

Il processo di rimeditazione che ne seguì investì ineluttabilmente tutti i corollari dello Stato di diritto, imponendo in primo luogo una diversa concezione del potere, avviato oramai ad essere riguardato in termini puramente normativi⁵⁹ a stregua cioè di energia giuridica che promana dall'ordinamento e non più quale situazione giuridica intestata allo Stato-persona⁶⁰.

propria antinomia tra diritto e Stato, dovuta al fatto che ciò che era mezzo di conoscenza era assunto esso stesso ad oggetto di conoscenza, aggiungendosi a quello originario che si intendeva spiegare: così sarebbe avvenuto per lo Stato che costituiva soltanto un mezzo di spiegazione dell'unità di sistema, successivamente ipostatizzato e personificato. Donde la creazione di uno Stato munito di essenza metagiuridica, distinto dal diritto, così H.KELSEN, *Dottrina generale dello Stato*, op.cit. 191 e segg.ti

⁵⁷ F.MERUSI, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Giuffré, 1977 p. 159. G.DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, CEDAM, 1992, p. 24.

⁵⁸ E.TOSATO, *Sovranità del popolo e sovranità dello Stato*, in *Riv.Trim.Dir.Publ.*, 1957, p. 47; R.ALESSI, *L'affermazione costituzionale della sovranità popolare ed i suoi riflessi amministrativistici*, in *Riv.Trim.Dir.Publ.*, 1959, p. 49 e segg.ti.

⁵⁹ Secondo una prospettiva d'analisi non lontana metodologicamente da quella accolta dalla dottrina pura del diritto della scuola normativistica austriaca. Il processo si inverte, senza nette cesure, ma anzi vischiosamente G.DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, CEDAM, 1992, p. 291 e segg.ti.

⁶⁰ Non appare ben chiaro alla Dottrina che più ha analizzato tali problematiche come e secondo quale metodo (quello normativistico Kelseniano) l'idea del potere giuridico a stregua di energia che promana dall'ordinamento si sia potuto affermare (G.DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, CEDAM, 1992, p. 291 e segg.ti. Dalla diversa considerazione del potere a stregua di energia, nel solco del progressivo allontanamento dalle concezioni volontaristiche, lo stesso eccesso di potere comincia ad atteggiarsi come vizio della funzione e non più come vizio dei motivi piuttosto che della causa dell'atto. V. al riguardo F.BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rass.Dir.Publ.*, 1950, I, 1.

Queste nuove riflessioni sulla sovranità e sul potere apparvero dunque vivide di importanti conseguenze operative anche sul piano organizzatorio: l'idea dell'organizzazione come apparato compreso ed assorbito nella soggettività statale⁶¹ divenne ad un certo punto recessiva di fronte alla diversa idea dell'organizzazione come complesso di centri di potere e, meglio ancora, come *complesso di individualità fisiche* inserite in una sfera di potere sovrano, costituito al fine di portare ad esercizio i poteri di sovranità⁶².

⁶¹ Nella impostazione soggettivistica e volontaristica tradizionale, il potere era figura inquadrabile nel novero delle situazioni giuridiche soggettive. Ebbene, il riconoscimento della soggettività in capo allo Stato persona rese necessario lo sdoppiamento, già prima vista a proposito della disamina dell'organo, tra titolarità ed esercizio della situazione giuridica soggettiva. Titolare della potestà risultava, in questa prospettiva, la persona giuridica, mentre il suo esercizio spettava in capo all'organo, in base ad un criterio di competenza. Sennonché, la scomposizione tra titolarità ed esercizio del potere venne ad essere messa in crisi dal superamento della concezione del potere a stregua di momento dinamico del diritto soggettivo e dall'affermazione dell'idea che il potere costituisca, piuttosto, un'energia giuridica che promana direttamente dall'ordinamento. La raffigurazione del potere giuridico in termini di energia non pone un problema di titolarità del potere, bensì solo di esercizio. Ne consegue che la nozione oggettiva del potere colloca il soggetto in posizione di ricettività: la persona giuridica non partecipa più alla costruzione della fattispecie, ma costituisce oramai termine finale di imputazione e responsabilità, G.BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, *op.cit.*, p. 163, in note 20, 21, 22.

⁶² Per questa affermazione vedi R.ALESSI, *L'affermazione costituzionale della sovranità popolare ed i suoi riflessi amministrativistici*, in *Riv.Trim.Dir.Amm.*, 1959, p. 71. Esattamente Alessi afferma (p. 71) che “*l'apparato si presenta giuridicamente come un complesso di centri di potere, centri secondari nel senso sopradetto, in antitesi al centro primario costituito dal popolo. Complesso di centri di potere: vale a dire complesso di individualità fisiche investite di una sfera di potere sovrano al fine di esplicare effettivamente detto potere. Complesso di individualità fisiche, pertanto, titolari, ai sensi delle cose dette, della sfera di potere loro assegnata. Non propriamente organi, dunque, nel senso in cui la dottrina dominante intende questo concetto, vale a dire di manifestazione fisico-giuridica della esistenza stessa dello Stato. L'apparato non è lo Stato e non lo sono neppure, singolarmente, i singoli componenti dell'apparato; sibbene centri di quel potere nello Stato che si fonda sull'ordinamento statale e che la nozione stessa di ordinamento, come si è detto, presuppone*”.

Se nel corso dell'Ottocento l'affermazione delle dottrine sulla personalità dello Stato aveva portato a concepire i funzionari a stregua di organi dello Stato-persona, ecco ora che il definitivo superamento della concezione antropomorfa dello Stato consentiva di superare i dogmi della spersonalizzazione e dell'anonimato del funzionario: all'organo, inteso come componente della persona giuridica, si venne a sostituire il diverso concetto di ufficio, onde indicare un centro di potere investito dall'ordinamento giuridico dell'esercizio della funzione⁶³.

Il cambio di prospettiva appariva, dunque, notevole.

L'organizzazione, intesa quale articolazione di organi, veniva concepita non più, o non più soltanto, quale mezzo per offrire voce all'amministrazione, onde munirla della capacità d'agire necessaria in vista dell'esercizio dei poteri di sovranità⁶⁴, ma oramai quale strumento per lo svolgimento della funzione assegnata dall'ordinamento giuridico⁶⁵.

La strada intrapresa conduceva verso la raffigurazione dell'ufficio a stregua di centro attivo del ciclo di produzione giuridica, collocando in condizione di recessività la posizione dell'amministrazione, intesa oramai come soggetto passivo,

⁶³ In questi termini esattamente R.ALESSI, *L'affermazione costituzionale della sovranità popolare ed i suoi riflessi amministrativistici*, in *Riv.Trim.Dir.Amm.*, 1959, p. 71 "poiché nel campo del diritto pubblico, un potere non si disgiunge da un correlativo dovere relativo all'esercizio del potere stesso, tal che ogni potere in diritto pubblico, come è stato bene affermato, in definitiva si risolve in una funzione, l'apparato si risolve in un complesso di centri di funzioni pubbliche stabilite dall'ordinamento statale. Appunto l'idea del dovere connesso all'esercizio del potere, è richiamata dal termine ufficio che viene comunemente usato per indicare questi centri di potere o, meglio, di funzioni, così come il termine funzionario sembra idoneo ad indicare l'individualità fisica titolare dell'ufficio". Anche *passim* G.BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, *op.cit.*, nonché G.MARONGIU, *Funzionari e ufficio nell'organizzazione amministrativa dello Stato*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, I, Milano, 1987.

⁶⁴ Alla teoria della immedesimazione organica, concepita come strumento per munire di capacità d'agire la persona giuridica, a viene ora a sostituirsi il diverso fenomeno della imputazione dell'atto e della fattispecie A.FALZEA, *Capacità* (teoria generale), voce in *Enciclopedia del diritto*, VI, p. 14, sulla scorta delle nuove idee della dottrina pura del diritto. H.KELSEN

⁶⁵ G.BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, *op.cit.*, *passim*.

avviato ad essere degradato a mero centro di imputazione dell'attività, secondo l'impostazione predicata dalla dottrina pura del diritto⁶⁶.

In questa nuova rappresentazione normativistica del potere e dell'organo, la dottrina cominciò a sottoporre a nuova luce non solo il principio del decentramento (art. 5 Cost.) ma anche l'art. 97, co. 2, Cost.⁶⁷, là dove prefigurava la possibilità che autonome prerogative e responsabilità venissero assegnate in capo ai singoli funzionari.

La rottura del principio dell'anonimato del funzionario non poteva essere più netta.

La soluzione interpretativa si inseriva, tuttavia, armoniosamente e senza alcuna forzatura nel cerchio delle disposizioni costituzionali relative all'organizzazione, trovando un esplicito addentellato nei lavori preparatori, ove pure si parlò espressamente della necessità di implementare moduli organizzatori in grado di agevolare l'emersione delle responsabilità dei singoli funzionari: furono queste le considerazioni che sospinsero i costituenti all'elaborazione del testo racchiuso nell'art. 97, co. 2, Cost.⁶⁸.

Lungo la medesima direzione si poneva, del resto, il principio del decentramento (burocratico) individuato dall'art. 5 Cost., ond'è che poteva senz'altro ritenersi predicabile la necessità costituzionale di un decentramento dei poteri verso gli uffici sottostanti non solo territoriali ma anche centrali, superando in tal

⁶⁶ G.BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, CEDAM, Padova, 1968, p. 77 e segg.ti.; G.MARONGIU, *L'ufficio come professione. Saggio sul rapporto di impiego con lo Stato* (1981), in *Democrazia come problema*, Il Mulino, 1994 p. 89.

⁶⁷ Da leggersi in relazione all'art. 28 Cost. sulla responsabilità diretta dei funzionari. Cfr. R.ALESSI, *L'affermazione costituzionale della sovranità popolare ed i suoi riflessi amministrativistici*, in *Riv.Trim.Dir.Amm.*, 1959, p. 71.

⁶⁸ Sino le parole dell'On. Mortati, in sede di lavori preparatori: *“la necessità di includere nella costituzione alcune norme riguardanti la pubblica amministrazione sorge per due esigenze. Una prima è quella di assicurare ai funzionari alcune garanzie per sottrarli alle influenze dei partiti politici..la seconda riguarda la responsabilità dei pubblici funzionari...la quale a sua volta presuppone la creazione di una organizzazione che giovi a precisare la responsabilità stessa”*, lo rammenta M.NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Giuffrè, 1966, p. 64.

guisa il tradizionale principio di gerarchia che aveva in modo monolitico governato il rapporto tra ministro ed i suoi uffici⁶⁹.

In definitiva, veniva ad emergere, sia pure vischiosamente, l'esigenza di rivedere, ed anche in senso radicale, il tradizionale principio della gerarchia ministeriale che, seppure forgiato in termini strumentali rispetto all'attivazione della responsabilità ministeriale e, in definitiva, rispetto allo stesso circuito della legittimazione democratica, appariva oramai del tutto inadeguato a riflettere i nuovi principii emergenti dalla Costituzione repubblicana.

È, dunque, lungo questa prospettiva di superamento delle gravi incongruenze emerse nella prassi che il dibattito attorno alla separazione tra politica ed amministrazione riprese vigore all'indomani dell'avvento della Costituzione.

La prima direttrice di intervento mirava far emergere, ora anche formalmente, le reali sedi di esercizio del potere, onde rendere più vitale, responsabile e, dunque, anche più efficiente ed imparziale l'azione amministrativa⁷⁰.

Questa diversità di prospettiva venne a germinare in seno alla dottrina italiana a partire dagli anni Sessanta, nell'ambito di un movimento di idee inteso a realizzare lo svincolo dell'amministrazione dalla politica⁷¹ o quanto meno, in diversa prospettiva, un diverso equilibrio tra le due diverse componenti, burocratica e democratica, dell'amministrazione⁷².

⁶⁹ Su questo aspetto le posizioni in dottrina convergono. F.ROVERSI MONACO, *Profili giuridici del decentramento nell'organizzazione amministrativa*, 1979; G.BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, op.cit., p. 163, in note 20, 21, 22. L.CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, CEDAM, Padova, 1974, p. 25 e 247; G.MARONGIU, *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, in *La democrazia come problema*, Tomo I p. 157; più di recente M.CRESTI, *Efficienza e garanzie nell'evoluzione dell'organizzazione statale*, Giuffrè, 2006, p. 23.

⁷⁰ L.CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, CEDAM, Padova, 1974, p. 25 e 247.

⁷¹ In questi termini si esprime A.M.SANDULLI, *Governo e Pubblica Amministrazione*, in *Riv.Trim.Dir.Pubbl.*, 1966, p. 736; M.S.GIANNINI, *Parlamento e amministrazione*, in *Amm.civ.*, 1961, numero speciale, p. 148.

⁷² U.ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, CEDAM, Padova, 1965, p. 302 e segg.ti che rimandava all'incontro tra il principio democratico e quello burocratico la conformazione degli organi amministrativi.

In concomitanza con la maturazione di una diversa sensibilità, il tradizionale modello imperniato sul diretto affidamento di poteri di decisione in capo al ministro cominciò, così, a destare crescenti perplessità, siccome ritenuto poco rispondente rispetto alle diverse previsioni costituzionali, in primo luogo rispetto a quelle relative all'imparzialità ed al buon andamento dell'amministrazione⁷³.

L'obiettivo perseguito dai costituenti, vale a dire il consolidamento dell'imparzialità dell'amministrazione, tramite la previsione del vincolo di fedeltà alla Nazione, non poteva che aver preso le mosse – così si diceva - dall'idea di affidare poteri decisionali proprio in capo alla burocrazia⁷⁴.

Con un ribaltamento completo di impostazione rispetto alle letture tradizionali, si proponeva, da parte di questo minoritario orientamento, la realizzazione di una vera e propria separazione della politica dall'amministrazione, mediante l'affidamento in capo agli organi burocratici, nominati peraltro in modo indipendente e non secondo fiducia, di buona parte delle competenze discrezionali ministeriali, sì da riservare ai ministri solo ciò che assume effettivamente valenza generale e politica e non anche ciò che, per essere particolare, appare demandabile all'amministrazione⁷⁵.

Dunque, l'idea era di sollevare i ministri dalla posizione di superiori gerarchici, onde assicurare loro soltanto poteri di indirizzo, tramite l'adozione di norme e direttive di carattere generale, di coordinamento e di sorveglianza.

Questa lettura appariva, peraltro, in linea con la tendenza più generale, già prima vista, volta ad individuare nella potestà di direzione il nuovo principio ordinatore delle amministrazioni pubbliche, in sostituzione del tradizionale principio di gerarchia, onde assicurare la necessaria unità di indirizzo politico dell'amministrazione, pur in un assetto organizzativo oramai largamente caratterizzato dal decentramento⁷⁶.

⁷³ A.M.SANDULLI, *Governo e Pubblica Amministrazione*, in *Riv.Trim.Dir.Pubbl.*, 1966, p. 736.

⁷⁴ A.M.SANDULLI, *Governo e Pubblica Amministrazione*, ibidem.

⁷⁵ A.M.SANDULLI, *Governo e Pubblica Amministrazione*, ibidem.

⁷⁶ G.MARONIGIU, *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, CEDAM, Padova, 1988, passim.

Si trattava, come è evidente, di una interpretazione di rottura rispetto alla risalente tradizione, ma non sfornita di fondamento, specie se riguardata alla luce delle intenzioni originarie dei costituenti.

Le iniziali proposte del MORTARA, volte a prefigurare il diretto affidamento di potestà decisionali in capo a funzionari, non avevano – è vero - trovato svolgimento nell'ambito dei lavori preparatori⁷⁷.

Tuttavia il loro contenuto sostanziale non era stato del tutto abbandonato nelle scelte finali compiute dai costituenti, se è vero che l'esigenza di moduli organizzatori in grado di agevolare l'emersione delle responsabilità dei singoli funzionari trovò comunque espressione nel principio, scolpito nell'art. 97 co. 2 Cost., della individuazione per legge delle autonome prerogative degli uffici⁷⁸.

Proprio tali considerazioni indussero altra, ed anche più radicale, dottrina ad individuare nel testo dell'art. 97 Cost. un contenuto precettivo non dissimile da quello originariamente individuato nella proposta di MORTATI, postulando, per tale via, addirittura una completa separazione strutturale tra l'amministrazione ed il ministro, tale da rendere l'organo politico disinserito dall'amministrazione⁷⁹.

Affianco a queste più radicali letture, non mancavano tentativi di altro genere, intesi a ricondurre a (diversa) sintesi le antinomie presenti nel dettato costituzionale.

La contraddizione più appariscente – si faceva osservare in chiave problematica – sembrava proprio annidarsi nella coesistenza tra il

⁷⁷ Lo ricordano C.PINELLI, *Sub art 97 Cost., Commentario alla costituzione Branca*, Zanichelli; S.RAIMONDI, *Voce Dirigenza*, in *Enc.Treccani*.

⁷⁸ Sino le parole dell'On. Mortati, in sede di lavori preparatori: *“la necessità di includere nella costituzione alcune norme riguardanti la pubblica amministrazione sorge per due esigenze. Una prima è quella di assicurare ai funzionari alcune garanzie per sottrarli alle influenze dei partiti politici..la seconda riguarda la responsabilità dei pubblici funzionari...la quale a sua volta presuppone la creazione di una organizzazione che giovi a precisare la responsabilità stessa”*, lo rammenta M.NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Giuffrè, 1966, p. 64.

⁷⁹ N.SPERANZA, *Governo e pubblica amministrazione nel sistema costituzionale italiano*, Napoli, 1971.

principio della responsabilità ministeriale previsto dall'art. 95 Cost. e l'affidamento di autonome competenze e responsabilità in capo agli uffici di cui all'art. 97, co. 2, Cost.

L'analisi partiva dalla considerazione che senza gerarchia, la responsabilità ministeriale sarebbe stata del tutto evanescente.

Ma la gerarchia, si aggiungeva, non tollera l'assegnazione in capo all'organo subordinato di competenze esclusive: il rapporto di sovra/sotto ordinazione postula, infatti, non già una diversità di competenze, bensì una competenza unica, seppure gradualmente ordinata tra i diversi uffici.

Detto diversamente, competenza esclusiva (dell'organo asseritamente sotto ordinato) e potere di gerarchia (dell'organo sovra ordinato) costituirebbero concetti reciprocamente escludenti, sì che la presenza dell'una varrebbe a negare automaticamente la predicabilità dell'altra⁸⁰.

Senonché, la prospettiva di un generalizzato restringimento dei poteri ministeriali alla sola attività di direzione venne, da autorevole dottrina costituzionalistica, ritenuta del tutto inadeguata a consentire l'implementazione dell'indirizzo politico-amministrativo di cui all'art. 95, comma 2, Cost.⁸¹.

Di fronte a questo dilemma si stagliavano sullo sfondo due diverse soluzioni: la prima, quella di intendere la portata dell'art. 97 Cost. in senso assai restrittivo, onde escluderne dall'ambito applicativo l'amministrazione centrale e la seconda, invece, proclive a mantenerne l'applicazione ai ministeri, ipotesi questa giudicata più plausibile, intendendo, però, le competenze dei singoli uffici come *tendenzialmente* esclusive, onde consentire in ogni caso l'esercizio di una competenza di primo grado del ministro, mercé la politicizzazione dei singoli affari, seppure limitatamente ad ipotesi del tutto eccezionali.

⁸⁰ Secondo quanto predicava la migliore dottrina che, appunto, escludeva la possibilità di convivenza tra gerarchia e competenza esclusiva A.DE VALLES, *Teoria giuridica dell'organizzazione dello Stato*, I, Padova, 1931, p. 313. Proprio sull'istituto della competenza veniva ad infrangersi il principio giuridico e politico della gerarchia G.MARONGIU, *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, CEDAM, 1988, p. 117.

⁸¹ L.ELIA, *Problemi costituzionali dell'amministrazione centrale*, Giuffrè, 1966, p. 17 e segg.ti.

Seppure delimitato in un ambito destinato notevolmente a restringersi, la gerarchia restava in questa prospettiva pur sempre un modo di organizzazione implicito nel sistema, come impliciti restavano i poteri gerarchici del ministro rispetto agli apparati dipendenti⁸².

Senza dilungarsi oltre nella descrizione delle opzioni ricostruttive successive, pure variamente emerse ed alle quali si farà comunque cenno nel prosieguo della trattazione, interessa qui sottolineare come nel dibattito seguente all'esperienza repubblicana un po' tutte le strade vennero in realtà seguite per ricomporre ad unità le diverse anime presenti nel dettato costituzionale: dalle teorie nettamente separatistiche, inclini a realizzare un radicale distacco tra il ministro e l'amministrazione⁸³, fino a quelle meno dirompenti inclini, invece, ad individuare nell'indirizzo e controllo strumenti di per sé bastevoli a legittimare la presa democratica della politica sull'amministrazione⁸⁴, fino alle tesi, per così dire, più tradizionali, maggiormente persuase del fatto che la responsabilità, anche solo politica del ministro, dovesse, in ogni caso, legittimare il mantenimento di un vincolo, seppure più attenuato, di gerarchia⁸⁵.

Altri tentativi di ricomposizione vennero compiuti negli anni Settanta⁸⁶ ed il dibattito, pur con notevole diversità di accentuazioni, proseguì fino agli inizi degli anni Novanta, facendo nel tempo maturare il convincimento, assai diffuso, che i

⁸² Così L.ELIA, *Problemi costituzionali dell'amministrazione centrale*, Giuffrè, 1966, p. 17 e segg.ti.

⁸³ N.SPERANZA, *Governo e pubblica amministrazione nel sistema costituzionale italiano*, Napoli, 1971.

⁸⁴ A.M.SANDULLI, *Governo e Pubblica Amministrazione*, in *Riv.Trim.Dir.Publ.*, 1966, p. 736.

⁸⁵ L.ELIA, *Problemi costituzionali dell'amministrazione centrale*, Giuffrè, 1966, p. 17 e segg.ti.

⁸⁶ V.BACHELET, *Responsabilità del ministro e competenza esterna degli uffici direttivi dei ministeri*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, CEDAM, Padova, 1975, p. 591.

⁸⁶ C.PINELLI, *Sub art. 97 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione* Scialoja Branca, Zanichelli, 1994.

⁸⁶ Su questi aspetti, con nettezza L.CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, CEDAM, Padova, 1974, p. 29

costituenti non avessero in realtà optato per alcuno specifico modello di amministrazione, dicendo in realtà assai poco a proposito dell'amministrazione centrale⁸⁷, se non per principi assai generali⁸⁸, lasciando in tal modo al solo Legislatore ordinario il compito di assicurarne il concreto svolgimento.

In altri termini, si affermò l'idea della predicabilità - alla luce del dettato costituzionale - di diversi - e tutti ugualmente legittimi - modelli di amministrazione; conclusione questa destinata ad essere revocata in dubbio solo in tempi più recenti, per effetto di più esplicite prese di posizione da parte della giurisprudenza costituzionale.

Come l'esperienza dimostrerà in prosieguo, il Legislatore andò sperimentando, a partire dagli anni Settanta, un po' tutte le diverse ipotesi ricostruttive teorizzate in dottrina, spostando progressivamente il baricentro del potere decisionale dalla politica verso l'amministrazione, secondo graduazioni ed intensità via via crescenti, trovando ogni volta, in queste sue nuove e diverse determinazioni, il costante supporto della giurisprudenza costituzionale.

Al di là delle peculiarità proprie di ciascun modello, importa qui sottolineare che nel momento in cui il Legislatore procedeva a reinterpretare, col supporto delle rinnovate teorizzazioni dottrinarie, il principio della responsabilità ministeriale, in guisa da ammetterne la coesistenza con altre forme di responsabilità interna all'amministrazione, emergeva la necessità di rimeditare anche i cardini dei precedenti modelli, in punto di poteri, competenze e, soprattutto, di tutele dei funzionari.

Nel sistema verticistico ed accentrato, lo statuto dei pubblici impiegati, regolato dal diritto pubblico e fondato su pregnanti garanzie di stabilità, costituiva istituto a rilevanza - non è azzardato sostenerlo - quasi costituzionale: si trattava di un fattore di riequilibrio del sistema, nella misura in cui agendo in chiave oppositiva rispetto alla subordinazione gerarchica, consentiva di

⁸⁷ V.BACHELET, *Responsabilità del ministro e competenza esterna degli uffici direttivi dei ministeri*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, CEDAM, Padova, 1975, p. 591.

⁸⁸ C.PINELLI, *Sub art. 97 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione* Scialoja Branca, Zanichelli, 1994.

impedire l'attuazione di un indirizzo politico ministeriale deviante rispetto alla legalità.

Appariva, dunque, evidente che un diverso modello di organizzazione, ancorato sul ridimensionamento se non addirittura sul superamento della gerarchia ministeriale, implicasse la necessità di ripensare, ed anche radicalmente, lo statuto pubblicistico dei funzionari e, più in generale, i rapporti stessi tra politica e burocrazia: con l'attenuarsi della presa del governo sull'amministrazione si stagliava all'orizzonte la necessità di attenuare, proporzionalmente, anche le guarentigie dei funzionari che diversamente da prima avrebbero, nel diverso contesto, svolto non più una funzione di bilanciamento e di garanzia verso la pretesa applicazione di un indirizzo deviante, bensì una funzione di vero e proprio freno verso la trasmissione del flusso democratico dal vertice politico verso l'amministrazione.

L'individuazione di un soddisfacente equilibrio tra la necessità, per un verso, di assicurare la presa democratica del governo sull'amministrazione, onde consentire l'attuazione del programma politico approvato dal Parlamento, e l'esigenza, per altro verso, di assicurare l'imparzialità/legalità nell'agire della p.a. costituirà, in effetti, il vero nodo problematico emerso all'attenzione del Legislatore e degli studiosi nel corso di tutti gli anni successivi.

3. Prime forme di decentramento nei provvedimenti istitutivi della dirigenza pubblica

Un primo colpo al modello monistico venne inferto con l'istituzione nel 1972 del ruolo della dirigenza.

L'intento primario era di rivedere, attenuandolo fortemente, il principio di gerarchia tra organi politici e burocrazia, mercé il trasferimento di una quota del potere in capo ai più alti funzionari. Appare evidente come dietro questi primi tentativi di riforma si celassero le evolutive letture sui rapporti tra art. 95 e 97 Cost., cui prima s'è fatto cenno.

L'idea era di procedere verso il progressivo superamento del precedente modello verticistico, con l'introduzione di una fascia intermedia e di intermediazione tra il momento

politico/decisionale e quello burocratico/esecutivo⁸⁹, sì da realizzare, mediante il decentramento, l'allineamento tra sede formale e sede sostanziale di esercizio del potere⁹⁰, ponendo fine a quelle ambiguità di fondo che avevano caratterizzato il precedente assetto organizzativo.

Questa nuova prospettiva prendeva forma con l'approvazione della Legge 28 ottobre 1970, n. 775, ove veniva previsto il progressivo superamento del modello verticistico ministeriale, con una nuova disciplina delle funzioni dirigenziali e delle attribuzioni degli uffici centrali e periferici delle amministrazioni dello Stato.

Nell'ambito dei criteri direttivi, il Legislatore delegante prevedeva, tra l'altro, la configurazione delle direzioni generali quali "organi esterni", l'attribuzione di poteri decisionali in capo ai dirigenti dei predetti uffici nonché l'introduzione di una particolare forma di responsabilità dei dirigenti in relazione all'esercizio delle funzioni dirigenziali, mentre continuava a prevedere i poteri di supremazia gerarchica generale, spettante ai ministri, con riconoscimento della facoltà dei ministri di annullare o revocare gli atti dei dirigenti.

Il successivo d.P.R. n. 748/1972 provvide alla istituzione della dirigenza, articolandola in tre diverse qualifiche dei dirigenti generali, superiori e primi dirigenti, contemplando la possibilità di preposizione a funzioni di direzione di uffici, di compiti di studio e ricerca ovvero ispettive⁹¹.

La più importante innovazione riguardava l'attribuzione in capo ai dirigenti non solo dei poteri organizzativi degli uffici, ma anche

⁸⁹ G.MARONGIU, *Un nuovo ruolo per i dirigenti*, op. cit.

⁹⁰ C.D'ORTA, *La riforma della dirigenza: dalla sovrapposizione alla distinzione tra politica ed amministrazione*, in *Riv.Trim.Dir.Pubbl.*, 1994, 1, p. 151; L.CARLASSARE *op. ult. cit.*, p. 157 ss. e V.BACHELET, *Responsabilità del ministro e competenza esterna degli uffici direttivi dei ministeri*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1976, p. 571.

⁹¹ Sulla riforma istitutiva della dirigenza si vedano, G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana*, Bologna, 1996, 497 ss.; R. ALESSI, *Rilievi sulla portata innovatrice del D.P.R. n. 748 del 1972 sulla disciplina delle funzioni dirigenziali*, in *Giur. it.*, 1975, IV, 195; L. ARCIDIACONO, *Profili di riforma dell'amministrazione statale*, Milano, 1980; S. TERRANOVA, *I dirigenti nell'amministrazione dello Stato secondo la nuova disciplina del dpr 748/72*, in *Foro amm.*, 1973, 231; S.RAIMONDI, *Dirigenza*, in *Enc.Giur.Treccani*.

dei poteri decisionali, delimitati ove possibile secondo il criterio del valore dei singoli affari.

Si può certamente dire che il decreto legislativo istitutivo della dirigenza costituisse il primo serio tentativo di importare dentro le strutture amministrative tradizionali moduli di gestione di matrice imprenditoriale, fondati sul principio di economicità, nella prospettiva della ottimizzazione delle risorse rispetto agli obiettivi fissati.

Si trattava, peraltro, di una vera e propria rottura rispetto agli schemi tradizionali, che imponeva di ripensare, ed anche radicalmente, non solo e non tanto la disciplina del rapporto di servizio degli alti funzionari, che in effetti rimase in punto di regime giuridico del tutto immutato, quanto e piuttosto i principi cardine dell'organizzazione ministeriale, specie con riferimento al fondamento di legittimazione dell'alta burocrazia, da ravvisarsi oramai non più, o non più soltanto, nella legalità dell'azione amministrativa, bensì oramai nel risultato, destinato ad assurgere - anche formalmente - a criterio di individuazione di una nuova forma di responsabilità⁹².

⁹² Si trattava di una forma di responsabilità radicalmente differente rispetto a quelle tradizionalmente conosciute in riferimento ai pubblici dipendenti. In merito si veda Corte Conti, sez. contr., 28/11/1985, n. 1602 secondo cui *“L'art. 19 d.P.R. 30 giugno 1972 n. 748 ha configurato un "novum genus" di responsabilità, ben distinta da quella penale, civile, amministrativa, contabile e disciplinare prevista per tutti i dipendenti dello Stato, che si ricollega alle peculiari funzioni devolute al personale civile dirigente dello Stato, istituendo parallele garanzie per escludere ogni possibilità di eventuale arbitrio, e cioè prevedendo la contestazione che risultati negativi rilevati nella gestione dirigenziale e l'attivazione del procedimento con atto del ministro; pertanto, è illegittimo il provvedimento adottato ai sensi dell'art. 19 d.P.R. n. 748 cit., ove manchi la previa contestazione, al dirigente, da parte del ministro, di fatti negativi”*; T.A.R., (Lazio), sez. II, 3 ottobre 1985, n. 2378 T.A.R., (Lazio), sez. I, 10 giugno 1981, n. 460, in *Riv. amm. R. It.* 1981, 771 *“La disposizione dell'art. 19 d.P.R., 30 giugno 1972 n. 748 (la quale stabilisce che "i dirigenti dello Stato, ferma restando la responsabilità penale, civile amministrativa, contabile e disciplinare, prevista per tutti gli impiegati civili dello Stato, sono responsabili, nell'esercizio delle rispettive funzioni, del buon andamento, della imparzialità e della legittimità dell'azione degli uffici cui sono preposti, e specialmente dell'osservanza degli indirizzi fissati dal governo e dal ministro, dell'osservanza dei compiti loro assegnati dalla legge, del conseguimento dei risultati") deve necessariamente essere correlata con le altre comprese nello*

Il salto di qualità era, dunque, evidente.

Da mero esecutore delle decisioni altrui il funzionario veniva elevato a decisore, a soggetto cioè compartecipe di una quota del potere ministeriale, ond'è che una formale revisione della regolamentazione sul personale trascinava con sé una radicale rivisitazione dell'organizzazione, nella misura in cui riqualificava a stregua di organi i dirigenti muniti del potere⁹³.

In questa direzione, il tentativo di superare il tradizionale disallineamento tra sede formale e sede di esercizio reale del potere, con conseguente responsabilizzazione diretta dei funzionari in relazione al risultato dell'attività amministrativa, si poneva in linea con le esigenze di buon andamento dell'amministrazione⁹⁴.

Ad onta dell'importanza degli elementi di innovazione introdotti, il giudizio sulla riforma fu, tuttavia, unanimemente negativo e non solo a causa dei difetti tecnici della riforma.

Le competenze dei dirigenti vennero individuate in modo assai rigido, tramite rinvio ad elenchi di atti e non all'individuazione di specifiche funzioni; il principio di gerarchia veniva, inoltre, solo attenuato ma non interamente superato⁹⁵.

Soprattutto rimase opaca la differenziazione funzionale tra organi politici ed organi della gestione nonché dubbia l'effettività e la

stesso decreto (art. 4, 7 e 6) che hanno fatto dei funzionari dirigenti preposti a direzioni generali, servizi autonomi e divisioni dei veri e propri organi, ai quali viene attribuita la potestà di emettere provvedimenti a rilevanza esterna, taluni dei quali aventi il carattere della definitività; la responsabilità per l'esercizio delle funzioni dirigenziali così determinate (riferita non a singoli atti, bensì all'attività dirigenziale considerata nel suo complesso, e cioè al rendimento nella conduzione degli uffici ed istituti) può qualificarsi come responsabilità del tipo manageriale, analoga a quella dei dirigenti delle imprese private, la quale attiene essenzialmente alla capacità, ossia all'attitudine necessaria per il conseguimento dei risultati dell'azione amministrativa".

⁹³ G.MARONGIU, *Un nuovo ruolo per i dirigenti*, in *La democrazia come problema*, op.cit, p. 33 e segg.ti.

⁹⁴ Così il giudizio di V.BACHELET, *Responsabilità del ministro e competenza esterna degli uffici direttivi dei ministeri*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, CEDAM, Padova, 1975, p. 580.

⁹⁵ Sul punto di recente M.CRESTI, *Efficienza e garanzie nell'evoluzione dell'organizzazione statale*, Giuffrè, 2006, specie p. 79.

natura della responsabilità conseguente ai risultati negativi della gestione.

Come rilevava attenta dottrina, nella prassi si assistette ad uno scambio tra organi politici e dirigenza: quest'ultima rinunciava ad esercitare le nuove prerogative riconosciute dalla Legge, ottenendo in cambio la garanzia di mantenimento dello *status* economico e giuridico⁹⁶.

L'asfitticità del contenzioso sull'applicazione delle misure sanzionatorie conseguenti alla nuova forma di responsabilità (consistenti nel collocamento a disposizione nei ruoli e dal collocamento a riposo per ragioni di servizio) costituiva, del resto, la migliore riprova della ineffettività dell'istituto.

Anche l'ambigua natura di tale forma originaria di responsabilità non contribuiva al suo successo.

Accanto alla qualificazione in termini di responsabilità di risultato⁹⁷, si ritrovava in diversi commentatori dell'epoca il diverso convincimento che si trattasse di responsabilità di natura latamente politica, siccome affidata alla valutazione discrezionale e fiduciaria dell'organo di vertice, senza la previsione di filtri o garanzie procedurali di sorta, salvo il solo onere della previa contestazione e della deliberazione, per i dirigenti più alti, del Consiglio dei ministri⁹⁸.

Quest'ultima tesi appariva, peraltro, coerente sia con l'idea che gli stessi atti di affidamento delle funzioni dirigenziali avessero a loro volta matrice sostanzialmente fiduciaria sia con l'assenza di meccanismi oggettivi di rilevazione dei risultati⁹⁹.

⁹⁶ S.CASSESE, *Grandezze e miserie dell'alta burocrazia in Italia*, in *Pol. dir.*, 1981, p. 220 ss.

⁹⁷ S.RAIMONDI, *Dirigenza*, in *Enc.Giur.Treccani*.

⁹⁸ Sul carattere politico della responsabilità, conseguenza del carattere fiduciario della nomina, v. S.RAIMONDI, *Dirigenza*, in *Enc.Giur.Treccani*; V.BACHELET, *Responsabilità del ministro e competenza esterna degli uffici direttivi dei ministeri*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, CEDAM, Padova, 1975, p. 580; L. ARCIDIACONO, *Profili di riforma dell'amministrazione statale*, Milano, 1980.

⁹⁹ V.BACHELET, *Responsabilità del ministro e competenza esterna degli uffici direttivi dei ministeri*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, CEDAM, Padova, 1975, p. 580.

Non è dubbio che dietro queste incertezze ricostruttive, manifestatesi proprio attorno alla fiduciarità delle nomine ed alla natura della nuova forma di responsabilità, si celassero le difficoltà, imposte dall'introduzione dei nuovi principi di responsabilizzazione e di decentramento, di rimeditare i diversi nodi problematici del vecchio modello.

Tanto si imponeva a partire dalla necessità di assicurare in forme nuove il principio di democraticità dell'amministrazione; principio che, nella precedente configurazione, risultava affidato alla sola responsabilità ministeriale, ed al conseguente esercizio del potere di gerarchia, oramai però depotenziata dalla previsione di competenze esclusive in capo alla dirigenza.

Al di là dei difetti tecnici e delle incoerenze interne al nuovo modello edificato nel 1972, di certo vi è che, a distanza di pochi anni dalla riforma, il tentativo di innovazione sembrava già fallito.

4. Il principio di efficienza nell'organizzazione

Se al tempo della maturazione dello Stato liberale ottocentesco fu il principio di imparzialità a costituire la forza trainante delle modifiche degli assetti organizzativi ed istituzionali, col nuovo secolo è il principio del buon andamento della p.a., letto all'esito di un lento percorso in termini non conflittuali col principio di imparzialità, ad imporre un ripensamento radicale dei paradigmi ricostruttivi dell'amministrazione pubblica.

Ma procediamo con ordine, partendo ancora una volta dall'emersione sul piano costituzionale dei principii in esame.

In certa misura era inevitabile che il principio di imparzialità di cui all'art. 97 Cost. venisse ad assumere un contenuto semantico ampio, siccome non limitato alla sola regolazione dell'attività amministrativa, ma esteso al punto da ricomprendere anche il momento organizzativo: chiare apparvero, infatti, le implicazioni sull'attività amministrativa delle vicende relative agli ambiti interni, giuridicamente niente affatto indifferenti, dell'amministrazione¹⁰⁰.

¹⁰⁰ M.NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Giuffrè, 1966, p. 78; m anche A.CERRI, *Imparzialità ed*

L'idea, pure sostenuta in alcune iniziali rappresentazioni, circa il carattere solo sostantivo del principio¹⁰¹ appariva, infatti, poco giustificabile alla luce delle disposizioni costituzionali.

Del resto, il proposito dei costituenti, reso manifesto sin dai lavori preparatori, era di perpetuare, anche per l'avvenire, i principali corollari propri dello Stato di diritto, a partire dall'idea della burocrazia imparziale, vista quale strumento di bilanciamento verso la naturale partigianeria dell'organo politico, ond'è che la valenza organizzativa del principio non poteva in alcun modo essere posta in discussione, seppure in una prospettiva ancora limitata al solo profilo della neutralità politica dei funzionari.

È, tuttavia, indubbio che la dimensione strutturale ed organizzativa del principio di imparzialità comincia a prendere corpo negli studi dottrinari¹⁰², oltre che nella considerazione della giurisprudenza e del Legislatore, solo in tempi relativamente recenti.

A ben vedere, non diverso proposito i costituenti ebbero a manifestare in relazione al diverso principio del buon andamento.

Anche in tal caso, si intese affidare all'attività del Legislatore ordinario e, più in generale, al titolare della potestà normativa di organizzazione il compito di individuare le condizioni organizzative, formali e strutturali, in grado di assicurarne l'emersione¹⁰³.

In altri termini, i costituenti ritennero che i due risultati, relativi all'imparzialità ed al buon andamento dell'amministrazione, fossero garantibili non già in base a qualsivoglia forma d'organizzazione, ma solo in base ad un certo tipo di

indirizzo politico nella pubblica amministrazione, CEDAM, Padova, 1973, p. 99, quando afferma che l'imparzialità “*Di riflesso investe anche l'organizzazione, in quanto questa influisce e si ripercuote sull'attività e sull'idoneità a conformarsi alle esigenze che da esse derivano*”.

¹⁰¹ P. BARILE, *Il dovere di imparzialità della P.A.*, in *Scritti in onore di P. Calamandrei*, Padova 1958, IV, 136.

¹⁰² Sul tema G.GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, passim.

¹⁰³ M.NIGRO, *Studi sulla funzione di organizzazione*, op.cit., p. 78 e segg.ti.

organizzazione e, dunque, per il tramite di determinate regole organizzative¹⁰⁴.

È vero, tuttavia, che per qualche tempo si presentò la difficoltà di individuare, in relazione al principio del buon andamento, l'*ubi consistam* della giuridicità, sì che proliferavano tesi riduzionistiche intese a spostare il baricentro del principio verso l'area del non giuridico, non solo con riferimento al momento dell'attività amministrativa, ove il tema è sempre stato riguardato sotto l'angolo visuale della discrezionalità amministrativa e dello spazio da riservare al merito e, dunque, alle scelte di carattere necessariamente politiche¹⁰⁵, ma anche con riferimento al diverso versante dell'organizzazione, ove spesso il buon andamento è stato invocato onde rimandare a criteri, di matrice organizzativa appunto, elaborati da scienze diverse da quelle giuridiche.

L'idea che il buon andamento imponesse un rinvio a criteri di natura extragiuridica, siccome appartenenti ad altre scienze sociali, di per sé privi di rilevanza per il diritto, non poteva che condurre verso una perdita di giuridicità del medesimo principio¹⁰⁶.

Il tentativo di riposizionare in una dimensione giuridica il principio ne sollecitò l'accostamento al principio d'efficienza¹⁰⁷.

¹⁰⁴ M.NIGRO, *Studi sulla funzione di organizzazione*, ibidem.

¹⁰⁵ Sul piano dell'attività amministrativa il tema è strettamente correlato al problema della discrezionalità e dei suoi rapporti col merito amministrativo, oggetto di ampio dibattito già a partire dalla fine degli anni Trenta con le monografie di GIANNINI, MORTATI, AMORTH ed ALESSI. M.S.GIANNINI, *Il potere discrezionale nella pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano 1940. In quegli stessi anni diversi sono i contributi sul tema della discrezionalità: C.MORTATI, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, Off. Tipografica Roberto De Luca, 1935; *Note sul potere discrezionale*, in *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana - Raccolta di Scritti III*, Giuffrè editore, Milano, 1972, p. 999; id: *Discrezionalità*, voce del *Nuovissimo Dig.it.*; R.ALESSI, *Intorno ai concetti di causa giuridica, illegittimità, eccesso di potere*, Giuffrè, Milano, 1934; A.AMORTH, *Il merito dell'atto amministrativo*, Giuffrè, 1939.

¹⁰⁶ G.CATALDI, *Nuovi indirizzi nell'organizzazione delle amministrazioni centrali*, in *Riv.Trim.Dir.Publ.*, 1951, p. 457 e segg.ti.

¹⁰⁷ M.NIGRO, *Studi sulla funzione di organizzazione*, p. 78 e segg.ti.

Si cominciò per tale via a sostenere la necessità di riconoscere all'amministrazione *mezzi giuridici elastici*, idonei a consentire cioè un migliore proporzionamento, al fine stabilito, dell'attività erogata¹⁰⁸.

Vero è che, dopo le prime teorizzazioni degli anni Sessanta, occorsero diversi anni prima che il principio di efficienza trovasse coerente svolgimento nella disciplina dell'organizzazione, sì che si assistette per un certo periodo ad una frattura progressiva tra le declamazioni dottrinarie e la realtà dell'ordinamento.

Pur con queste precisazioni, è comunque vero che a partire dai primi studi degli anni Sessanta, i temi relativi all'efficienza dell'amministrazione ed alla tensione dell'attività amministrativa verso il conseguimento del risultato divennero via via centrali nelle considerazioni dei giuristi, così da giustificare nuove proposte di superamento del tradizionale modello di amministrazione legalitario e burocratico.

L'insorgenza dell'interesse verso questi temi venne a coincidere, sotto il profilo storico, col declino, se non con la vera e propria crisi, del provvedimento amministrativo, conseguenza questa del superamento della tradizionale identificazione del risultato dell'azione amministrativa con la legittimità del provvedimento.

Alla base di questo lento declino del provvedimento amministrativo si ritrovava certamente un fenomeno di più ampia portata e importanza, relativo all'arricchimento delle funzioni e dei compiti espletati dallo Stato (c.d. Stato sociale)¹⁰⁹.

Fenomeno questo che si osservava oramai da tempo risalente, sin da quando, a partire dalla fine dell'Ottocento, si era andato ampliando, per effetto dell'introduzione del suffragio universale, l'intervento dello Stato nell'economia e si erano andati palesando come non più sufficienti i tradizionali moduli dell'azione amministrativa, imperniati sulla centralità del provvedimento e sulla valutazione della sua legittimità.

Contestualmente con l'affermarsi di nuovi modelli di amministrazione, si avvertiva la necessità di spostare il baricentro

¹⁰⁸ M.NIGRO, *Studi sulla funzione di organizzazione*, op.cit., p. 85 e segg.ti.

¹⁰⁹ Sul punto in particolare G.DI GASPARE, *Voce Organizzazione amministrativa, Dig.Disc.Pubblic.*, 1995.

del sistema delle garanzie dalla tutela dei diritti di libertà dei cittadini, messi a repentaglio dall'agire autoritativo dell'amministrazione, al bisogno di realizzare nuovi diritti sociali, reclamanti una azione promozionale da parte dello Stato: il problema, ad un tempo politico e giuridico, veniva così progressivamente a focalizzarsi sul bisogno di assicurare l'efficacia dei programmi di intervento, apparendo oramai insufficiente la sola garanzia di legittimità dell'azione amministrativa.

La prospettiva diveniva radicalmente differente rispetto al passato, dal momento che il grado di soddisfazione degli interessi dei cittadini, veri detentori dei diritti di sovranità, assurgeva oramai a fattore di legittimazione dell'amministrazione, così dei vertici politici come dei funzionari¹¹⁰.

Coerentemente col mutamento di contesto, l'attenzione - anche nelle riflessioni della dottrina¹¹¹ - andava progressivamente a focalizzarsi sui concetti di efficacia, efficienza ed economicità dell'amministrazione, tanto da rendere sempre più frequente il ricorso alla nota locuzione dell'amministrazione per risultati, formula linguistica la cui paternità si fa risalire a M.S.GIANNINI con cui si intendeva esprimere, anche plasticamente, l'idea di una amministrazione aperta alle istanze di cambiamento provenienti dalla società.

Un'immagine, dunque, di amministrazione moderna, in grado di legittimare sé stessa non solo, e non tanto, in base al grado di formale ossequio alla legge quanto, e piuttosto, in base alla capacità di realizzare i bisogni dalla collettività¹¹².

¹¹⁰ G.DI GASPARE, *Miti e paradossi della riforma amministrativa: tra asimmetria informativa e indirizzo politico amministrativo, verso un modello neocavuriano di amministrazione pubblica?*, in *Dir.Publ.*, p. 653-679.

¹¹¹ G.MARONGIU, *Spunti pr la ricostruzione di una funzione manageriale nella pubblica amministrazione*, op.cit, p. 469 e segg.ti.

¹¹² Sulla genesi della felice formula A.ROMANO TASSONE, *Sulla formula "Amministrazione per risultati"*, *Scritti in onore di E.Casetta*, Napoli, 2001, Vol. II, p. 813 e seg.ti. Vedi pure gli scritti, anche a volte in chiave critica, di M. Cammelli, *Amministrazione di risultato*, in *Annuario dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Milano, 2003, p. 127 e segg.ti nonché di S.CASSESE, *Amministrazione di risultati?*, in *Giorn.Dir.Amm.*, 1004, 9. p. 941.

Queste trasformazioni non potevano rimanere prive di conseguenze sulle tradizionali costruzioni elaborate sulla scorta delle tradizionali dottrine sullo Stato di diritto.

Il risalente modello c.d. legalitario individuava, sotto ogni angolazione, nella Legge il fulcro di ogni propria attività: in quel sistema organizzativo, la Legge finiva col rappresentare l'unico fondamento di legittimazione formale e sostanziale dell'azione dell'amministrazione, nella misura in cui riponeva nelle mani dell'organo-funziario una frazione del potere sovrano, imponendone l'esercizio in vista della realizzazione del fine pubblico (dovere d'ufficio)¹¹³.

Quel sistema, caratterizzato da linearità quasi geometrica, supposeva però una totale identificazione dell'attività amministrativa col provvedimento, ciò che veniva sempre più spesso messo in crisi dalla dilatazione del campo di intervento dei pubblici poteri, a mezzo di attività materiali non più valutabili a stregua dei consueti canoni della legittimità dell'azione¹¹⁴.

L'ossequio verso le procedure e le forme non poteva, dunque, più ritenersi sufficiente, avvertendosi la necessità di orientare l'amministrazione verso parametri relativi all'efficacia dell'attività, riguardata peraltro nel suo complesso.

Il riorientamento dell'amministrazione verso il risultato imponeva, in primo luogo, un ripensamento dei canoni giuridici di valutazione dell'attività amministrativa, donde l'elevazione a parametri giuridici dei principi di economicità e di efficacia, per effetto della Legge n. 241/1990.

L'innovazione non appariva marginale, ed anzi la rottura rispetto al passato appare radicale a tal punto da giustificare l'idea che l'ordinamento avesse assunto oramai una nozione ampia di legalità, tale da ricomprendere al proprio interno anche il conseguimento del risultato voluto dalla norma, in termini di

¹¹³ G.BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, CEDAM, Padova, 1968, p. 28 e segg.ti.

¹¹⁴ G.DI GASPARE, Voce Organizzazione amministrativa, in *Digesto Discipline pubblicistiche*, 1995.

realizzazione dell'interesse protetto, al di là dell'ossequio formalistico alle disposizioni normative¹¹⁵.

Senonché, la sola modifica dei parametri di valutazione dell'attività amministrativa, senza interventi incisivi nel profondo dell'organizzazione - senza cioè inoculare dentro gli apparati metodi efficientistici di matrice aziendalistica - venne ritenuto insufficiente ad orientare l'amministrazione verso il "risultato".

Sotto tale profilo appariva del resto emblematica l'esperienza, assai deludente, della managerializzazione della dirigenza pubblica, risalente al d.P.R. n. 748/1972.

La riforma era naufragata, essendo per lo più apparsa a stregua di mera operazione di facciata, di mera riqualificazione in senso managerialistico di una rilevante fetta degli alti funzionari direttivi, senza capacità di incidere sul reale modo di operare degli apparati e dei sui principali attori interni.

Al fondo non vi era solo un problema di mentalità dei protagonisti, ma anche di strumenti e di risorse organizzative: si chiedeva ai funzionari di operare come dirigenti, senza tuttavia munirli di poteri organizzativi assimilabili a quelli riconosciuti in capo ai dirigenti privati¹¹⁶.

¹¹⁵ L.MERCATI, *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 23, secondo cui emerge "una accezione nuova del principio di legalità, correlata con la funzione primaria della legge, consistente nell'indicazione dei fini da tradurre in risultati concreti; la valenza garantista del principio si percepisce, sul piano sostanziale, sia rispetto allo svolgimento dell'azione, che rispetto al raggiungimento del risultato, lasciando invece sullo sfondo le problematiche più strettamente formalistiche...Il contrasto tra legalità ed efficienza, dunque, non si risolve più in termini di baratto o di alter natiuità, ma invece in termini di necessaria integrazione...Intesi in questi termini, efficacia ed economicità si presentano come veri e propri paradigmi di legittimità, alla stregua dei quali l'attività amministrativa può e deve essere valutata".

¹¹⁶ Problema lucidamente rilevato da M.D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle leggi Bassanini*, in *Lavoro nelle p.a.*, fasc.1, 1998, pag. 35: "non vi sarebbe coerenza nel richiedere ad amministratori pubblici e dirigenti una pianificazione per obiettivi dell'attività amministrativa, e poi negare loro l'accesso agli strumenti di gestione flessibile propri del lavoro privato; e ancor meno nel considerarli autonomi e responsabili dei risultati e poi vincolarli al rispetto degli schemi di

Neppure erano state loro affidate sino in fondo la responsabilità per i prodotti finali dell'amministrazione, stante la conservazione di ampia quota dei poteri decisionali in capo al ministro.

Si può capire, pertanto, perché la figura di dirigente pubblico emergente dalla legislazione dell'epoca, cominciò ad essere raffigurata in termini di sostanziale ambiguità, in ragione del solco creatosi tra la nozione di dirigente propria delle scienze aziendalistiche, ove per *manager* si intende colui il quale si pone al vertice di una determinata amministrazione, e la figura specifica di pubblico dirigente tratteggiata dal decreto del 1972, che nulla aveva in comune con l'altra nozione, trattandosi di posizione organizzativa collocata in una condizione di subordinazione gerarchica nei confronti del Ministro, non completamente responsabilizzata, dunque, dei risultati dell'attività amministrativa¹¹⁷.

I paradigmi dell'amministrazione di risultato imponevano, dunque, un più deciso intervento del Legislatore, onde penetrare più in profondità nella macchina amministrativa, rivedendo sia la posizione organizzativa del dirigente che i poteri messi a sua disposizione, anche mediante una maggiore valorizzazione della responsabilità di risultato, fino ad allora solo abbozzata nel decreto istitutivo della dirigenza.

Il problema si spostava, dunque, verso la ricerca di pratiche di matrice aziendalistica, in vista dell'inesco della capacità innovativa della burocrazia, ciò che reclamava in primo luogo una modifica del contesto organizzativo.

Come ben messo in evidenza dalle scienze economiche, l'assenza di criteri (*standards*) in grado di accertare in modo irrefutabile il successo o l'insuccesso di un funzionario costituisce la causa principale dell'assenza, nell'ambito delle strutture burocratiche, dello spirito di iniziativa.

gestione «legittima» elaborati, attraverso operazioni puramente logico argomentative, da giudici amministrativi non responsabili dei risultati”.

¹¹⁷ Sul punto C.COLAPIETRO, voce “*Dirigenti pubblici*”, nel *Digesto* - IV ed., Disc. Pubbl., V, Torino, 1990, p. 119 ss.; id., *La “controriforma” del rapporto di lavoro della dirigenza pubblica*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2002, n. 4 – 5.

Sì che è proprio l'assenza di un serio incentivo a fare di più del minimo richiesto a sospingere l'attenzione del burocrate verso l'attuazione delle circolari, in luogo della ricerca del successo tangibile e reale¹¹⁸.

In vista dell'inesco della capacità innovativa, e della conseguente assunzione della responsabilità, occorre inoculare nelle amministrazioni c.d burocratiche strumenti giuridici in grado di riprodurre mimeticamente il rischio di impresa: solo così sarebbe stato possibile consentire al burocrate di abbandonare i panni del funzionario, cioè di impiegato astretto nella sua azione dall'osservanza delle leggi e dei regolamenti, per fargli assumere quelli ben diversi, dell'imprenditore (nozione da intendersi in termini meramente descrittivi e non in termini tecnico-giuridici), di soggetto cioè in grado di introdurre elementi di innovazione di prodotto o di processo, in quanto sospinto dalla necessità di sottrarre la propria "impresa" (la carriera) al rischio del fallimento¹¹⁹.

Si trattava, dunque, in primo luogo di traghettare dentro l'organizzazione modelli operativi e procedure di valutazione di matrice aziendalistica, partendo dall'idea – ben esplicitata nel tempo dalla dottrina – che la riserva di legge in materia di organizzazione degli uffici implicasse soltanto la necessità che un minimo di organizzazione venisse riservata alla Legge e non anche che, una volta assicurata questa garanzia di regolamentazione legale – il resto dovesse risultare regolato tramite ricorso alle fonti unilaterali e pubblicistiche¹²⁰.

Da qui, dunque, il riconoscimento, per effetto della Legge di delega n. 421/1991 e dei successivi decreti delegati, del principio di efficienza sul versante organizzativo, tradotto in termini operativi nella riconduzione del potere di organizzazione interno (o di una quota di esso) al diritto comune e nell'impiego del

¹¹⁸ L.VON MISES, *Burocrazia*, ed. italiana Rusconi, 1991, p. 77.

¹¹⁹ Senza necessità di pervenire al risultato di equiparare, anche sotto il profilo tecnico, il dirigente pubblico ad un imprenditore P.CERBO, *Potere organizzativo e modello imprenditoriale nella pubblica amministrazione*, CEDAM, 2007, p. 21.

¹²⁰ A.ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d'impiego con enti pubblici*, in *Giorn.Dir.Lav.Rel.Ind.*, 1993, 3-4, p. 461.

contratto quale fonte regolativa dei rapporti di impiego, seppure con le opportune limitazioni rese necessarie dal rispetto dei diversi parametri costituzionali.

In questo equilibrato dosaggio delle fonti, che non disdegna il ricorso al più duttile armamentario del diritto comune, veniva a tradursi sul terreno del diritto positivo il principio costituzionale del buon andamento, declinato nella formula del principio di efficienza, come già con lungimiranza indicato da NIGRO nei suoi scritti degli anni Sessanta¹²¹.

Si diceva che l'introduzione del principio di flessibilità nell'organizzazione interna costituiva il naturale completamento delle precedenti riforme.

In effetti, sia il decreto istitutivo della dirigenza del 1972, sia la successiva Legge sul procedimento amministrativo del 1991 supponevano l'esistenza di un modello di organizzazione capace di muoversi efficientemente verso il raggiungimento del risultato, estraneo alla disciplina del tempo.

Ecco, dunque, che il principio del buon andamento, inteso a stregua di economicità ed efficienza¹²², reclamava il superamento del modello organizzativo imperniato sul potere organizzativo di matrice pubblicistica¹²³.

Da qui la scelta compiuta dal legislatore degli anni Novanta del secolo scorso a favore di un modello di amministrazione diverso, maggiormente orientato ai risultati e agli obiettivi, anziché soltanto alle norme ed alle procedure¹²⁴, tramite ampio ricorso ai moduli privatistici ed al paradigma dei poteri privati non dissimili

¹²¹ L.MERCATI, *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza*, Giappichelli, 2002, p. 15. Donde le critiche che in quegli anni si levarono verso una così ampia e diffusa applicazione della specialità amministrativa. In dottrina M.S.GIANNINI, *Rapporto sui principali mali dell'amministrazione*, in *Riv.Trim.Dir.Publ.*, 1979 nonché M.RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, Il Mulino, 1978.

¹²² Così P.VIRGA, *Diritto Amministrativo*, I, Giuffrè, Milano, p. 129.

¹²³ In questi termini veniva definita l'attività di gestione a mezzo di atti amministrativi M.S.GIANNINI, *Diritto amministrativo*, 1970, p. 362.

¹²⁴ M.D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle leggi Bassanini*, in *Lav. nelle p.a.*, 1998, 01, 35.

- quanto a natura giuridica e a grado di libertà - da quelli esercitati dal datore di lavoro privato¹²⁵.

La privatizzazione si prestava efficacemente allo scopo, nella misura in cui, escludendo il sindacato giudiziale dell'eccesso di potere affidato al giudice amministrativo¹²⁶, poneva le premesse per il depotenziamento del controllo giudiziale sull'organizzazione interna, oltre che della stessa giustiziabilità delle situazioni soggettive facenti capo ai dipendenti pubblici e relative a fatti dell'organizzazione¹²⁷.

La tendenziale trasposizione degli strumenti di gestione propri delle aziende private veniva realizzata sulla scorta di una rinnovata lettura dell'art. 97 Cost.

Con riferimento alla riserva di legge in materia di organizzazione dei pubblici uffici, già per la verità da tempo intesa dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale come riserva relativa di

¹²⁵ “Non vi sarebbe coerenza nel richiedere ad amministratori pubblici e dirigenti una pianificazione per obiettivi dell'attività amministrativa, e poi negare loro l'accesso agli strumenti di gestione flessibile propri del lavoro privato”, così M.D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle leggi Bassanini*, op.loc. cit.; sulla gestione flessibile del personale quale corollario del paradigma del *new public management*, cfr. C.HOOD, *A public management for all Seasons*, in *Public Administration Review*, 1991.

¹²⁶ Su tali aspetti cfr. A.ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d'impiego con enti pubblici*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1993, p. 471.

¹²⁷ Sulla maggiore efficacia e pervasività del sindacato giudiziale dell'eccesso di potere condotto dal giudice amministrativo rispetto alle forme di controllo dei poteri privati in merito ai fatti di organizzazione aziendale già M.S.GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1970, 332 e poi ancora A.ORSI BATTAGLINI e A.CORPACI, sub art. 2, in *La riforma dell'organizzazione dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, *Commentario* a cura di A.CORPACI, M.RUSCIANO, L.ZOPPOLI, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 1999, II, 1065. Sulla limitazione del controllo giudiziale alla sola verifica del rispetto del limite esterno rappresentato dalla contrarietà alle norme imperative ex art. 1419 c.c. ovvero dell'esistenza dei presupposti causali richiesti espressamente dalla legge per il valido esercizio del potere datoriale cfr. M.D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle leggi Bassanini*, in *Lav. nelle p.a.*, 1998, I, 35.

legge¹²⁸, si affacciò l'ipotesi ricostruttiva che la prescrizione costituzionale di un minimo di regolamentazione affidata alla legge non avrebbe dovuto implicare pure che, una volta soddisfatto tale requisito minimale, il resto dell'organizzazione dovesse rifluire sotto la disciplina dettata da fonti secondarie¹²⁹.

Mentre in ordine alla funzionalizzazione impressa dall'art. 97, co. 1, Cost. alla normazione sull'organizzazione degli uffici, si teorizzò invece che imparzialità e buon andamento della P.A. ben potessero essere assicurati assumendo, almeno in linea tendenziale, ad oggetto di valutazione non il singolo atto, ma l'attività nel suo complesso¹³⁰.

Fu, dunque, tramite queste idee guida che la legge delega n. 421/1992¹³¹ ricondusse i rapporti di impiego pubblico, sotto la disciplina del diritto comune, prevedendone la regolazione a mezzo di contratti individuali e collettivi di lavoro.

Senza, però, accogliere più radicali proposte di privatizzazione degli apparati¹³², ed in conformità ad una meno dirimpente lettura della riserva costituzionale di legge in materia di organizzazione degli uffici¹³³, la prima privatizzazione intese tenere rigidamente

¹²⁸ La relatività della riserva andrebbe intesa, più esattamente, come facoltà del legislatore di dosare l'intensità del suo intervento in relazione a quella parte di organizzazione concernente gli aspetti fondamentali della organizzazione dei pubblici uffici, potendo per gli aspetti scegliere lo strumento normativo più adatto allo scopo, così P.CARETTI, *La pubblica amministrazione*, art. 97 Cost., in *Commentario alla costituzione* fondato da G.BRANCA e continuato da A.PIZZORUSSO, Zanichelli-II Foro Italiano, Bologna-Roma, 1994, p. 19-22; V. anche R.CARANTA, *La pubblica amministrazione*, art. 97 Cost., *Commentario alla Costituzione*, a cura di BIFULCO-CELOTTO-OLIVETTI, UTET, 2006.

¹²⁹ Cfr. A.ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d'impiego con enti pubblici*, op.loc.cit..

¹³⁰ Sempre A.ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d'impiego con enti pubblici*, op.loc.cit..

¹³¹ Approvata ad onta del parere contrario dell'Adunanza Generale del Consiglio di Stato, cfr. Cons. St. Ad. Gen., 31 agosto 1993, in *Giust. civ.*, 1993, I,1126.

¹³² Che pure fu avanzata da una commissione di giuristi nominata dalle organizzazioni sindacali nel 1991. Ne dà conto A.CORPACI, *La tutela giurisdizionale dei pubblici dipendenti*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1993, p. 605.

¹³³ Cfr. A.ORSI BATTAGLINI e A.CORPACI, sub art. 2, in *La riforma dell'organizzazione dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni*

distinti i profili relativi alla disciplina dell'organizzazione, sottoposti al dominio del diritto pubblico¹³⁴, da quelli, invece, relativi alla disciplina del rapporto di lavoro, ricondotti nell'alveo del diritto comune¹³⁵, individuando un confine tra atti regolati dal diritto comune e provvedimento disciplinati dal diritto pubblico via via spostato a vantaggio della unificazione rispetto al diritto privato degli atti organizzativi interni alla p.a.

Non solo quelle strutturali poc'anzi accennate, ma anche altre, più contingenti, motivazioni cospirarono agli inizi degli anni Novanta verso l'importazione di moduli di gestione di matrice aziendalistica nelle strutture organizzative pubbliche.

Muoveva lungo questa direzione, la situazione di grave crisi della finanza pubblica, che indubbiamente sollecitava l'adozione di riforme in grado di realizzare forti economie di spesa, tramite il recupero della produttività ed il contestuale contenimento del costo del lavoro.

Nella stessa direzione muoveva del resto anche il processo di convergenza economica imposto dai trattati europei, in vista della creazione della moneta unica, ciò che imponeva un recupero di efficienza della p.a., a beneficio del sistema economico riguardato nel suo complesso.

Tutti questi fattori, più o meno contingenti, trovarono, sotto il profilo teorico e dogmatico, un'ampia sponda nelle dottrine neoliberiste degli anni Novanta, che proponevano ampi

pubbliche, Commentario a cura di A.CORPACI, M.RUSCIANO, L.ZOPPOLI, *op.loc.cit.*; C.D'ORTA, *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, a cura di F.CARINCI E L.ZOPPOLI, UTET, 2004, p. 101.

¹³⁴ In ragione della loro stretta correlazione col perseguimento di interessi generali, A.CORPACI, *La tutela giurisdizionale dei pubblici dipendenti*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1993, p. 606.

¹³⁵ La dottrina dell'epoca rilevò, peraltro, la non perfetta coincidenza tra l'elencazione delle materie riservate al dominio del diritto pubblico e la distinzione di base tra "organizzazione degli uffici" e "rapporti di lavoro" accolta invece dall'art. 1 d.lgs n. 29/1993. Cfr. al riguardo A.ORSI BATTAGLINI e A.CORPACI, sub art. 2, in *La riforma dell'organizzazione dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche, Commentario* a cura di A.CORPACI, M.RUSCIANO, L.ZOPPOLI, *op.loc.cit.*; anche F.CARINCI, *Contratto e rapporto individuale di lavoro*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1993, p. 644.

programmi di liberalizzazione dei mercati, di privatizzazione delle aziende pubbliche, in funzione della riduzione del perimetro d'azione dello Stato e della restituzione al mercato larghi settori economici, prima nelle mani di monopolisti pubblici.

Quanto alle strutture amministrative, l'ideologia neoliberale predicava la necessità di restituire loro efficienza, neutralizzando la specialità amministrativa nell'organizzazione interna, introducendo il diritto comune nella disciplina dei rapporti di lavoro ed affidando il potere organizzativo in capo a dirigenti autonomi, ma responsabili dei risultati conseguiti di fronte all'organo politico.

Si trattava di modelli di organizzazione concepiti durante gli anni Ottanta nei paesi di cultura anglosassone (il c.d. *New Public Management*), ai quali il Legislatore italiano prestò evidentemente ampia attenzione.

Su altro versante, la crisi della politica, delegittimata dalle inchieste della magistratura e dalle accuse di clientelismo e corruzione, sospinse il Legislatore ad edificare il processo di privatizzazione e di aziendalizzazione sul principio di distinzione/separazione tra politica e gestione, verso cui muoveva, per paradosso, lo stesso ceto politico, nell'intenzione di arginare, in questo modo, la propria esposizione alla responsabilità penale ed amministrativo-contabile¹³⁶.

È, dunque, verso queste due diverse, ma coincidenti, direttrici che prende le mosse l'afflato riformatore degli anni Novanta: per un verso l'aziendalizzazione delle amministrazioni, onde assicurare il buon andamento degli apparati, e dall'altra la creazione di una categoria di dirigenti manager, autonomi dalla politica, ma innanzi a questa responsabili dei prodotti finali dell'attività¹³⁷.

¹³⁶ F.MERLONI, *Amministrazione neutrale e amministrazione imparziale. A proposito dei rapporti tra politica e amministrazione*, in *Dir.Pub.*, 1997, p. 319.

¹³⁷ Sul nesso assai stretto che avvinse la privatizzazione all'introduzione del principio di distinzione si soffermano diversi autori. Di recente, tra gli altri, M.SAVINO, *Le riforme amministrative: la parabola della modernizzazione dello Stato*, in *Riv.Trim.Dir Pubbl.*, 2015, 2, p. 641.

CAPITOLO III
PRINCIPIO DEMOCRATICO E DISTINZIONE TRA
INDIRIZZO E GESTIONE

Sommario: 1. *L'introduzione del principio di distinzione nella legislazione ordinaria e la proposta di costituzionalizzazione*; 2. *Separazione tra politica ed amministrazione e ruolo di diaframma svolto dallo statuto pubblicistico della dirigenza*; 3. *Il principio di distinzione (funzionale) nella riforma c.d. Bassanini*; 4. *Il principio di distinzione nella giurisprudenza costituzionale: sua derivazione dai principi di imparzialità e buon andamento*; 5. *Il punto logico di partenza nella "distinzione presa sul serio": l'indipendenza del funzionario e misure organizzative e normative necessarie per assicurarla*; 6. *Distinzione tra indirizzo e gestione e principio democratico: conclusioni provvisorie.*

*1. L'introduzione del principio di distinzione nella
 legislazione ordinaria e la proposta di
 costituzionalizzazione*

Il principio di distinzione tra politica ed amministrazione si radica nel nostro ordinamento in un momento assai particolare della storia del Paese, caratterizzato dalla presenza di una simultanea crisi economica, finanziaria e, soprattutto morale.

Davvero decisive, ai fini delle riforme avviate agli inizi degli anni Novanta, furono, infatti, proprio le indagini di "*mani pulite*", che spazzarono via una intera classe politica, fino ad allora impegnata nella gestione quotidiana, ai diversi livelli di governo, dell'amministrazione pubblica.

Fu, dunque, la delegittimazione del ceto politico, giudicato inadeguato a svolgere le funzioni di amministrazione, a cospirare verso l'introduzione nel nostro ordinamento del principio di distinzione/separazione tra politica ed amministrazione.

Si comprende, dunque, perché l'apparizione del principio di separazione tra i criteri direttivi della Legge delega n. 421/1992 (art. 2, co. 1, lett. g) punto 1) avvenne in un clima culturale nel quale cominciava a parlarsi, anche apertamente, di neutralità dell'amministrazione¹³⁸, quale antidoto nei confronti della crisi della politica.

In questo contesto emerse l'idea di preconstituire, anche per l'avvenire, le condizioni giuridiche idonee ad assicurare alcune specifiche garanzie dell'amministrazione, da poter un giorno opporre al ritorno, considerato inevitabile, della politica: nel 1993 prese così corpo innanzi alla Commissione bicamerale per le riforme istituzionali una proposta, diretta ad introdurre nuove norme costituzionali sulla pubblica amministrazione, incentrate proprio sulla previsione del principio di separazione fra politica ed amministrazione¹³⁹.

L'obiettivo era di superare le ambiguità presenti nel dettato costituzionale, sanzionando direttamente in Costituzione la scelta separatista, già accolta nella legislazione ordinaria: questo non tanto o non solo per introdurre maggiori elementi di chiarezza nei principii generali dell'organizzazione amministrativa, bensì per blindare il principio di separazione prima che la politica, passata la tempesta giudiziaria, potesse ritornare alla carica rivendicando gli spazi che prima le erano stati sottratti¹⁴⁰.

Ora, se è vero che la proposta di introdurre una specifica copertura costituzionale al principio di separazione tra politica ed amministrazione non andò in porto, è anche vero, tuttavia, che l'avvenuta acquisizione del principio nella legislazione ordinaria si rivelò, comunque, determinante nel rinsaldare il percorso di reinterpretazione dei principii costituzionali sull'organizzazione

¹³⁸ Lo rammenta F.MERLONI, *commento sub art. 3*, in A.CORPACI-M.RUSCIANO-L. ZOPPOLI, *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni*, in NLCC, 1999.

¹³⁹ S.BATTINI, *Il principio di separazione tra politica ed amministrazione*, in *Riv.Trim.Dir.Pubbl.*, 2012, p. 39. Per una approfondita disamina della proposta di riforma costituzionale v. A.PATRONI GRIFFI, *Dimensione costituzionale e modelli legislativi della dirigenza pubblica*, Jovene, Napoli, 2002, p. 149 e seg.ii.

¹⁴⁰ S.BATTINI, *Il principio di separazione tra politica ed amministrazione*, *op.cit.*, p. 39.

amministrativa¹⁴¹, rendendo effettivamente più arduo o, comunque, certamente più problematico, anche a costituzione invariata, il ritorno verso la situazione pregressa, di restaurazione di un modello organizzativo di tipo monistico¹⁴².

Come già rammentato, le riforme amministrative dei primi anni Novanta accoglievano esse stesse alcune delle più innovative letture degli artt. 95 e 97 Cost., intendendo per tale via realizzare le condizioni necessarie per limitare le prerogative degli organi politici alle sole scelte di “indirizzo”.

In verità, il principio di distinzione tra politica ed amministrazione cominciò a radicarsi nel nostro ordinamento, ancor prima del varo della Legge delega n. 421/1991.

In effetti, già la Legge 8 giugno 1990 n. 142, con riferimento specifico all'amministrazione locale, introdusse una prima forma di ripartizione di competenze tra funzioni di amministrazione, proprie dei dirigenti, e potere di indirizzo e di controllo, di spettanza degli organi elettivi.

Non solo.

Lavorando sul principio di imparzialità, in riferimento quanto meno all'espletamento di compiti amministrativi espressione di discrezionalità c.d. tecnica, la stessa Corte costituzionale, con un significativo arresto del 1990¹⁴³ relativo al problema della composizione delle commissioni giudicatrici, ritenne illegittimo l'articolato normativo regionale sottoposto al suo scrutinio,

¹⁴¹ Correttamente è stato affermato che “*la Costituzione non è solo condizionante ma viene a sua volta condizionata dalla legislazione attuativa*” così L.PADALIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, p. 141.

¹⁴² Tanto ciò è vero che all'esito di questo percorso si è parlato, a proposito della distinzione tra politica ed amministrazione, di principio costituzionale implicito A.PATRONI GRIFFI, *Dimensione costituzionale e modelli legislativi della dirigenza pubblica. Contributo a uno studio del rapporto di autonomia strumentale tra politica ed amministrazione*, Napoli, 2002, passim; ma anche id: *La dimensione costituzionale del rapporto tra politica ed amministrazione nel dettato della costituzione e nelle più recenti pronunce del giudice delle leggi*, in *federalismi.it*, 2009. Altri Autori, nel riferirsi al principio di distinzione tra politica ed amministrazione, parlano di vera e propria costituzione materiale, di interazione nell'attuale momento storico delle prescrizioni costituzionali, così P.FORTE, *Il principio di distinzione tra politica ed amministrazione*, Giappichelli, 2006, p. 122.

¹⁴³ Corte cost., 15 ottobre 1990 n. 453, in *Foro Amm.*, 1991, 2235.

siccome ritenuto incapace di offrire sufficienti garanzie contro il rischio di valutazioni inquinate da interessi di parte o comunque aliene rispetto a quelle proprie del concorso, necessariamente relative alla necessità della selezione imparziale dei candidati migliori: si trattava come noto, di una disposizione di legge che riservava alla componente politica una quota significativa di partecipazione nelle commissioni di concorso.

Nell'occasione la Consulta osservava come nell'imparzialità si esprima la distinzione più profonda tra politica ed amministrazione, tra l'azione di governo che nelle democrazie parlamentari è normalmente legata agli interessi di una parte politica, espressione delle forze di maggioranza – e l'azione dell'amministrazione – che nell'attuazione dell'indirizzo politico della maggioranza è vincolata ad agire senza distinzioni di parti politiche¹⁴⁴.

Dopo queste prime episodiche rappresentazioni, il principio di distinzione viene poi ripreso e generalizzato dalla Legge delega n. 421/1991, in un contesto, anche culturale, nel quale appariva oramai più chiaramente percepibile la rilevanza del principio in parola quale corollario del principio di imparzialità, oramai sempre più spesso riferito non solo allo svolgimento dell'attività amministrativa, come da invecchiata tradizione, ma pure all'organizzazione.

Sulla crescente rilevanza del tema dell'imparzialità organizzativa o strutturale si tornerà appresso.

Qui mette conto, invece, rilevare come sotto il profilo storico-ricostruttivo, l'intervento normativo mirasse a porre rimedio ai punti di maggiore criticità, emersi nel tempo sotto la vigenza della Legge del 1972, istitutiva della dirigenza.

La riforma degli anni Settanta fallì, per unanime consenso, non solo a causa di comportamenti poco virtuosi adottati dal ceto burocratico e politico, ma anche per ragioni di tipo tecnico, ascrivibili all'incerta individuazione delle competenze dei dirigenti, all'insufficienza dei poteri loro assegnati nonché

¹⁴⁴ Corte cost., 15 ottobre 1990 n. 453, in *Foro Amm.*, 1991, 2235. V. anche C.PINELLI, sub art. 97 Cost., Commentario Scialoja-Branca, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma, specie p. 94 e seg.ti.

all'insoddisfacente assetto, frutto di inquadramento teorico ancora assai incerto, della responsabilità dirigenziale, ciò che appariva testimoniato dalla presenza di una regolamentazione ancora assai involuta¹⁴⁵.

Come in parte accennato, i poteri dell'organo politico vennero in primo luogo delimitati mediante il loro confinamento all'attività di individuazione dei programmi, dei piani, degli indirizzi strategici e delle direttive generali dell'azione amministrativa, con esclusione della gestione tecnica, finanziaria ed amministrativa, compresi gli atti diretti ad impegnare l'amministrazione verso l'esterno, in relazione ai quali venne creata una riserva esclusiva a vantaggio della dirigenza.

Il Legislatore del 1993 intendeva, dunque, porre al centro del sistema il principio della responsabilità della dirigenza nel conseguimento dei risultati.

In primo luogo, tramite il riconoscimento di sfere di competenza riservate alla dirigenza, ciò che avrebbe dovuto comportare il superamento delle vecchie e stantie formule organizzatorie di matrice gerarchica, non del tutto superate dal precedente decreto istitutivo della dirigenza.

Se il vecchio decreto del 1972 aveva elevato i funzionari direttivi ad organi, non aveva del tutto superato il modello gerarchico nelle relazioni con l'organo di vertice politico, continuando a comprimere in misura non insignificante la sfera di competenze oramai rimesse in capo alla dirigenza.

Ebbene, la riforma del 1993 si muoveva ora più decisamente nel senso del superamento della relazione di gerarchia e della sua sostituzione col potere di indirizzo e controllo, riconoscendo un'area di competenze esclusivamente riservate alla dirigenza.

È chiaro che tale nuova situazione avrebbe per l'innanzi precluso all'organo politico di riappropriarsi delle prerogative perdute relative alla gestione, dettando per esempio atti di indirizzo eccessivamente dettagliati, intesi perciò a comprimere le

¹⁴⁵ Per tutti C.D'ORTA, *La riforma della dirigenza: dalla sovrapposizione alla distinzione tra politica e amministrazione?* in *Riv.Trim.Dir Pubbl.*, 1994, 1, p. 151.

prerogative del dirigente al punto da rendere vincolata la scelta gestionale susseguente¹⁴⁶.

Non solo.

A questa maggiore responsabilizzazione della dirigenza il Legislatore faceva corrispondere anche il riconoscimento di una posizione di particolare autonomia, guarentigiata contro il pericolo di incursioni dell'organo politico, tramite l'edificazione di un rapporto di *status*, regolato dal diritto pubblico¹⁴⁷.

Riserva esclusiva a vantaggio della dirigenza, limitazione del potere di indirizzo entro limiti necessari a non consentire di travalicare i confini delle prerogative della dirigenza e difesa a tutt'oltranza della posizione della dirigenza dalle incursioni dell'organo politico, anche tramite il mantenimento del tradizionale statuto pubblicistico della dirigenza generale, costituivano tratti qualificanti del modello di amministrazione introdotto nel 1993, idonei a forgiare una separazione non solo funzionale ma anche strutturale tra amministrazione e politica¹⁴⁸.

Ed è su questi specifici elementi che occorre adesso concentrare l'attenzione, onde soppesare attentamente gli equilibri complessivi rinvenuti dalla riforma del 1993, evidenziando i punti di maggiore criticità sui quali andò inevitabilmente a concentrarsi l'attenzione dei successivi interventi di riforma.

2. *Separazione tra politica ed amministrazione e ruolo di diaframma svolto dallo statuto pubblicistico della dirigenza generale*

Come rammentato in sede di analisi del dibattito storico, nel c.d. modello di amministrazione di tipo verticistico, lo *status*

¹⁴⁶ F.MERLONI, *Amministrazione "neutrale" e amministrazione imparziale*, in *Dir.Pubbl.*, p. 319.

¹⁴⁷ Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per la funzione pubblica, indirizzi per la modernizzazione dell'amministrazione pubblica, Istituto Poligrafico dello Stato e Zecca dello Stato, Roma, 1993.

¹⁴⁸ Ci pare perciò più condivisibile la diversa lettura di quel modello offerta a distanza di tempo da G.DI GASPARE, *Miti e paradossi della riforma amministrativa: tra asimmetria informativa e indirizzo politico amministrativo, verso un modello neocavuriano di amministrazione pubblica?*, in *Dir.Pubbl.*, p. 653-679.

pubblicistico dei funzionari costituiva strumento di riequilibrio del sistema, nella misura in cui agendo in chiave oppositiva rispetto alla subordinazione gerarchica, consentiva di impedire l'attuazione di un indirizzo politico governativo deviante rispetto al principio di legalità/imparzialità.

Era, pertanto, inevitabile che il superamento delle relazioni di gerarchia nei rapporti tra ministro e dirigenti - già peraltro paventato, seppure in forme ancora embrionali, dal decreto del 1972 istitutivo della dirigenza - desse luogo a rimediate riflessioni sul tema.

Più esattamente, la rivisitazione dei rapporti tra la dirigenza e l'organo di vertice diede luogo ad una duplice, ed antitetica, lettura.

Un primo orientamento, sulla scorta delle rinnovate riflessioni in ordine alle competenze esclusive di cui all'art. 97, comma 2, Cost., ricavava dalla ridefinizione dei rapporti tra la dirigenza e l'organo politico la necessità di rivedere anche il sistema delle guarentigie dei funzionari chiamati all'attuazione dell'indirizzo politico, onde riequilibrare il delicato meccanismo di pesi e contrappesi istituzionali ed impedire, in tal modo, che uno dei due valori in gioco, tra quelli di democraticità ed imparzialità dell'amministrazione, potesse rimanere soverchiato dalla predominanza dell'altro.

Tale indirizzo riteneva che la perdita del potere di gerarchia dovesse necessariamente trovare un correttivo nell'introduzione di un sistema di nomine, in tutto o solo in parte, di matrice fiduciaria, revocabili ad iniziativa dell'organo politico¹⁴⁹.

Un sistema siffatto, specie se modellato sulla previsione di incarichi di matrice fiduciaria riferiti ai massimi dirigenti dell'amministrazione, non solo sarebbe stato coerente col principio di democraticità, ma sarebbe risultato in linea - secondo questo modo di argomentare - con lo stesso principio del buon andamento dell'amministrazione¹⁵⁰.

¹⁴⁹ L.CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, CEDAM, Padova, 1974, p. 29; V.BACHELET, *Responsabilità del ministro e competenza esterna degli uffici direttivi dei ministeri*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, CEDAM, Padova, 1975, p. 591.

¹⁵⁰ Così peraltro Corte cost., 24 marzo 1988, n. 331, in *Giust. Civ.* 1981, I, 18.

In realtà, un secondo orientamento cominciò a farsi strada. Respinta l'idea di un riequilibrio in senso democratico dell'amministrazione, come effetto del superamento della relazione di gerarchia, un diverso approccio al tema riteneva che l'affidamento delle funzioni di gestione in capo alla dirigenza reclamasse semmai un *surplus* di tutela del dirigente pubblico, da assicurare – secondo questa più radicale rappresentazione – tramite l'integrale riconduzione sotto il dominio del diritto pubblico della disciplina del rapporto di impiego della dirigenza generale¹⁵¹.

Questa idea venne accolta, per quel che qui interessa, dallo stesso Legislatore del d.lgs. n. 29/1993 che, sezionando in due tronconi il ruolo dirigenziale, intese sottrarre alla privatizzazione i soli dirigenti generali¹⁵².

Nelle intenzioni dei compilatori della riforma, il mantenimento della riserva pubblicistica era destinato a svolgere una funzione sistemica: abolito il controllo sull'eccesso di potere in relazione all'esercizio del potere organizzativo interno, occorreva impedire che all'affievolimento delle garanzie e dei controlli, conseguente

¹⁵¹ Per tutti G.DI GASPARE, *Miti e paradossi della riforma amministrativa: tra asimmetria informativa ed indirizzo politico amministrativo, verso il neocavouriano di amministrazione pubblica?*, in *Dir.Pubb.*, 2001, n. 2, p. 653. L'idea di una separazione da attuarsi mercé il trasferimento delle competenze decisorie in capo alla burocrazia e l'introduzione di un sistema di nomine imparziali e non fiduciarie risale, in realtà, già agli anni Sessanta, quando il dibattito sulla separazione tra politica ed amministrazione riprese vigore. La tesi è da ascrivere più esattamente A.M.SANDULLI, *Governo e Pubblica Amministrazione*, in *Riv.Trim.Dir.Pubbl.*, 1966, p. 736.

¹⁵² Cfr. art. 2, co. 4, d.lgs. n. 29/1993, secondo cui “*In deroga ai commi 2 e 3 rimangono disciplinati dai rispettivi ordinamenti: i magistrati ordinari, amministrativi e contabili, gli avvocati e procuratori dello Stato, il personale militare e delle Forze di polizia, il personale della carriera diplomatica e della carriera prefettizia; a partire rispettivamente dalle qualifiche di segretario di legazione e di vice consigliere di prefettura, i dirigenti generali nominati con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, e quelli agli stessi equiparati per effetto dell'art. 2 della legge 8 marzo 1985, n. 72, nonché i dipendenti degli enti che svolgono la loro attività nelle materie contemplate dall'art. 1 del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 17 luglio 1947, n. 691, e dalle leggi 4 giugno 1985, n. 281, e 10 ottobre 1990, n. 287*”.

alla compressione della c.d. specialità amministrativa all'interno degli apparati, potesse conseguire una espansione incontrollata della politicizzazione c.d. indotta, anche nei rami bassi dell'organizzazione¹⁵³.

La logica sistemica sottesa alla scelta di mantenimento dello *statuto* pubblicistico in relazione ai dirigenti generali può essere compresa, a patto dunque di calarla nel contesto delle altre scelte compiute dal d.lgs. n. 29/1993.

Accanto all'introduzione del principio di distinzione, l'altra linea di intervento della riforma del 1993 riguardava la riconduzione al diritto comune di un'ampia quota dell'organizzazione interna.

Trattando dei principii di buon andamento e di efficienza, s'è già in precedenza visto che l'adozione di un nuovo modello di amministrazione orientata al risultato imponesse scelte di maggiore nettezza, anche sul versante dell'organizzazione interna, mercé l'impiego di strumenti di gestione ancorati al diritto comune, dunque più duttili e perciò maggiormente adatti ad assicurare la flessibilità organizzativa necessaria per ricondurre ad efficienza gli apparati.

La riconduzione al diritto comune degli àmbiti interni all'amministrazione non poteva chiaramente tenere esclusi gli stessi rapporti di impiego: ed anzi, almeno inizialmente, la privatizzazione investì, pressoché in forme esclusive, la gestione dei rapporti di lavoro, tenendo esclusi i profili organizzatori, secondo criteri di sezionamento tra àmbiti ricadenti nel diritto pubblico ed àmbiti affidati al diritto comune tanto netti in linea teorica quanto poco praticabili nella prassi: in linea teorica la linea di confine tra diritto pubblico e diritto privato correva, secondo le linee di riforma approvate all'esito della prima privatizzazione, lungo il crinale della distinzione tra organizzazione, riservata alla disciplina delle fonti e dei poteri pubblicistici, e rapporti di lavoro,

¹⁵³ Sul ruolo sistemico, sul piano della garanzia di imparzialità dell'amministrazione, v. anche E.CARLONI, *Imparzialità e disciplina della dirigenza. Satus dei funzionari e precauzioni ausiliarie nella riforma del pubblico impiego e nella sua attuazione*, in *L'amministrazione sta cambiando*, a cura di F.MERLONI, A.PIOGGIA, R.SEGATORI, Giuffré, 2007, specie p. 100.

attratti in misura predominante, seppure non integralmente, nell'ambito del diritto comune¹⁵⁴.

Il processo di convergenza rispetto al diritto privato, in relazione a questi particolari ambiti, non era peraltro nuovo, se si pensa che era già da diverso tempo in atto un lento processo di riavvicinamento tra lavoro pubblico e lavoro privato: già agli inizi del Novecento¹⁵⁵, e poi con più decisione nel corso degli anni Settanta del secolo passato, i lavoratori privati ebbero a conseguire forme di tutela e di stabilità del posto di lavoro comparabili rispetto a quelle fino ad allora fruite dai lavoratori pubblici¹⁵⁶.

Altro fattore che contribuì in modo determinante al processo di progressiva convergenza tra impiego pubblico ed impiego privato fu certamente costituito dalla introduzione, a partire dagli anni Sessanta, della contrattazione collettiva nei diversi comparti dell'amministrazione¹⁵⁷.

154

¹⁵⁵ Tramite l'introduzione delle prime forme di tutela pubblicistica contro i rischi per malattia, infortunio, disoccupazione e vecchiaia. Agli inizi del secolo, si osservava in Francia un fenomeno assai curioso, ben descritto da HAURIOU nella decima edizione del *Droit Administratif*, per cui "*Beaucoup d'auteurs...veulent ramener la situation du fonctionnaire à celle de l'employé de la vie privée, alors qu'au contraire, dans la réalité des choses, c'est la situation de l'employé de la vie privée qui évolue vers celle de fonctionnaire*" (M.HAURIOU, *Droit administratif*, 10^e édition, 1921). Si tratta di quel medesimo fenomeno di progressiva assimilazione del lavoro privato rispetto a quello pubblico osservato anche in Italia da una coeva Dottrina degli anni venti da (C.F.FERRARIS, *Diritto amministrativo*, Padova, 1923, p. 199) e che trovava sostegno in primo luogo negli interventi legislativi intesi ad estendere ai lavoratori privati le garanzie prima assicurate ai dipendenti pubblici.

¹⁵⁶ V. art. 7 legge 15 luglio 1966, n. 604 e art. 18 Statuto dei Lavoratori.

¹⁵⁷ L'introduzione del conflitto sindacale risultava, ancora negli anni Settanta, filtrato dalla necessità del recepimento degli accordi sindacali in atti unilaterali della p.a., volti a regolare il trattamento economico e normativo del personale: gli accordi sindacali erano, dunque, sprovvisti di reale ed autonoma forza vincolante. Forme di contrattazione collettiva vennero introdotte negli enti ospedalieri: art. 40 legge delega 12 febbraio 1968, n. 132 e art. 47 legge 23 dicembre 1978, n. 833; negli enti parastatali: artt. 26 e segg. legge 20 marzo 1975, n. 70, d.P.R. 26 maggio 1976, n. 411 e d.P.R. 16 ottobre 1979, n. 509; nei comuni e nelle provincie: art. 6 d.l. 29 dicembre 1977, n. 946, nel testo modificato in sede di conversione dalla legge 27 febbraio 1978, n. 43 e d.P.R. 1

Il processo di riavvicinamento, qui appena sommariamente descritto, fu sufficiente, comunque, per consentire ad una parte della dottrina di propugnare per l'avvenire una definitiva liberazione del nucleo lavoristico del rapporto di servizio dall'usbergo costituito dal rapporto d'ufficio, con conseguente restituzione al diritto comune della disciplina del rapporto di lavoro degli impiegati pubblici o, almeno, di quella quota non impegnata nell'esercizio delle pubbliche funzioni¹⁵⁸.

Lungo questa direzione si muovevano del resto non solo gli studi compiuti nel corso degli anni Settanta dalla dottrina lavoristica, ma anche i risultati sintetizzati dal noto rapporto sui mali dell'amministrazione italiana predisposta dal Ministro della funzione pubblica, M.S.GIANNINI¹⁵⁹.

Fu, dunque, la convergenza sotto il profilo contenutistico tra lavoro pubblico e lavoro privato a propiziare la successiva (ri)unificazione, anche sotto il profilo teorico e dottrinario, sì da sospingere diversi studiosi a propugnare il definitivo distacco dal diritto pubblico di quella quota degli impiegati pubblici, non impegnati nell'esercizio di poteri d'autorità.

Peraltro queste nuove ricostruzioni ricevettero negli anni Ottanta l'autorevole avallo della Corte costituzionale che, nulla obiettando in merito al processo in atto di progressiva contrattualizzazione dell'impiego pubblico, al contrario individuò una importante linea di confine nella privatizzazione del rapporto di impiego facente capo ai funzionari investiti dello svolgimento di pubbliche funzioni¹⁶⁰.

giugno 1979, n. 191. Il modello degli accordi recepiti verrà ripreso e generalizzato dalla successiva Legge quadro del 1983.

¹⁵⁸ Si intende alludere alla nota ricostruzione propugnata da M.RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, Il Mulino, 1978.

¹⁵⁹ M.S.GIANNINI, *Rapporto sui principali mali dell'amministrazione*, in *Riv.Trim.Dir.Publ.*, 1979, p. 733.

¹⁶⁰ È stato senza dubbio meritorio, grazie anche a recenti contributi dottrinali, "liberare" il rapporto di lavoro nell'impiego pubblico dalla prevaricante sovrapposizione del rapporto c.d. organico o di ufficio, distinguendo nettamente tra i due tipi di relazione per ciò che riguarda la loro disciplina e accentuando le sostanziali analogie tra lavoro alla dipendenza di privati e lavoro prestato agli enti pubblici non economici ed in particolare allo Stato; ma il problema più delicato sorge proprio una volta che si siano operate le

Questi nuovi orientamenti, non solo dottrinari, furono presi in seria considerazione dal Legislatore nel momento in cui, dapprima timidamente, con la Legge quadro del 1983, e poi, più decisamente, agli inizi degli anni Novanta, intese ricondurre i rapporti di impiego nell'ambito del diritto comune.

A questo punto si comprendono le scelte compiute dal Legislatore anche sul diverso terreno della dirigenza: quanto più il Legislatore procedeva ad espandere l'area del diritto comune nell'organizzazione interna, consentendo al diritto privato di lambire anche l'area più bassa della dirigenza, tanto più si rendeva necessario prevenire il pericolo di indebite ingerenze esercitate dall'organo politico sull'organizzazione interna.

L'impiego del diritto comune rendeva l'organizzazione interna più esposta alle interferenze della politica, in ragione della eliminazione del controllo sull'eccesso di potere, storicamente considerato a stregua di barriera protettiva contro il rischio della politicizzazione degli apparati.

Nelle intenzioni del Legislatore questa maggiore esposizione dell'amministrazione alla politica doveva necessariamente trovare il proprio contrappeso, tramite l'edificazione di una barriera di contenimento tra burocrazia ed organo di vertice politico.

Detto diversamente, nella scelta compiuta dal Legislatore dell'epoca risultava radicato il convincimento che la

necessarie distinzioni. È cioè da chiedersi (non facendo differenza la collaborazione del dipendente in sé, come prestazione retribuita di un'attività manuale o intellettuale) fino a che punto ed in quale ambito soggettivo produca invece diversità l'inserimento del lavoro in una amministrazione, retta dal principio, costituzionalmente prescritto, del "buon andamento". Tale principio, enunciato nell'art. 97 Cost., non riguarda esclusivamente l'organizzazione interna dei pubblici uffici, ma si estende alla disciplina del pubblico impiego, "in quanto possa influire sull'andamento dell'amministrazione" (sent. n. 124 del 1968, n. 6 in motivazione). In altre parole, è innegabile che la disciplina del lavoro è pur sempre strumentale, mediatamente o immediatamente, rispetto alle finalità istituzionali assegnate agli uffici in cui si articola la pubblica amministrazione...anche se si intendesse privatizzare i rapporti di lavoro con lo Stato non collegati all'esercizio di potestà pubbliche, dovrebbero pur sempre essere considerati come rapporti di diritto pubblico quelli dei dipendenti cui tale esercizio è o potrebbe essere affidato" Corte Cost., 5 maggio 1980, n. 68, in Giur. cost. 1980, I, 648; anche Corte cost. 25 luglio 1996, n. 313, in Giur.cost., 1996, II, p. 2584 e segg.ti.

politicizzazione delle nomine più alte potesse riverberare i propri effetti anche nei livelli più bassi dell'amministrazione, presso i quali non avrebbe più trovato alcun serio contrappeso nello statuto pubblicistico degli impiegati e nel conseguente controllo sull'eccesso di potere assicurato dal giudice amministrativo.

Dunque, nel gioco dei delicati equilibri introdotti dalla riforma del 1993, lo statuto pubblicistico della dirigenza generale era destinato a costituire una sorta di diaframma tra indirizzo e gestione, indispensabile barriera contro il pericolo di indebite intromissioni da parte degli organi politici sui poteri esercitati dai dirigenti e, dunque, a valle sulle attività operative degli uffici.

Muoveva verso l'individuazione di questa soluzione anche un'ulteriore considerazione relativa alla situazione di conflitto di interessi nella quale sarebbe versata, in altro assetto regolatorio, la dirigenza generale: il mantenimento della ricostruzione organicistica per la dirigenza generale, con il conseguente dissolvimento della persona del dirigente nel rapporto d'ufficio, avrebbe, invece, consentito di superare il problema derivante dalla presenza di una dualità di centri di interessi, contribuendo in tal modo a disinnescare le problematiche, altrimenti inevitabili, relative alla composizione delle delegazioni trattanti in materia di contrattazione collettiva ed al conflitto di interessi conseguente alla duplice caratterizzazione del dirigente pubblico come datore di lavoro e come dipendente¹⁶¹.

In definitiva lo statuto pubblicistico della dirigenza generale costituiva non già omaggio acritico ad una inveterata tradizione¹⁶², bensì elemento di riequilibrio del sistema, siccome inteso ad assicurare, nelle intenzioni dei riformatori, la necessaria contropinta alla c.d. politicizzazione indotta dalla presenza di un organo politicamente parziale.

Una diversa soluzione, intesa ad estendere il diritto comune anche alla regolazione dei rapporti di lavoro dell'alta dirigenza, avrebbe

¹⁶¹ G. DI GASPARÈ, *Miti e paradossi della riforma amministrativa: tra asimmetria informativa e indirizzo politico amministrativo, verso un modello neocavouriano di amministrazione pubblica?*, op.cit., p. 653.

¹⁶² M. RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, Il Mulino, 1978; M. S. GIANNINI, *Rapporto sui principali mali dell'amministrazione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1979, p. 733.

dato luogo – nell’opinione del Legislatore del tempo – ad un modello assai simile a quello cavouriano di fine Ottocento, quando – in un contesto di forte accentramento delle strutture ministeriali - i rapporti di lavoro dei funzionari venivano concepiti come sforniti di qualsivoglia protezione giuridica o al più venivano ritenuti assistiti dalle precarie tutele offerte dal diritto comune, vale a dire dall’informe, e fortemente precario, contratto di locazione d’opera¹⁶³.

Rigettata, invece, l’idea di una privatizzazione a tutto campo ed accolta, almeno in questa prima fase, la diversa opzione del mantenimento dello statuto pubblicistico per la dirigenza generale, parve naturale, siccome coerente con la filosofia complessiva della riforma, riconoscere in capo ai dirigenti generali garanzie di stabilità particolarmente pregnanti, non limitate al rapporto di servizio, ma finanche estese al rapporto d’ufficio: si comprende il motivo per cui la più risalente disciplina della dirigenza, racchiusa nell’originario testo dell’art. 19 D.Lgs. n. 29/1993 (“incarichi di funzione dirigenziale”), non prevedesse la possibilità che le funzioni dirigenziali venissero assegnate a tempo determinato¹⁶⁴.

In verità, su questa lettura garantistica della riserva pubblicistica non v’era unanimità di vedute, se è vero che non mancavano interpretazioni diametralmente opposte, fortemente schierate contro la scelta della frammentazione della dirigenza pubblica.

Paradossalmente, proprio la permanenza dell’alta dirigenza nell’area dominata dal diritto pubblico veniva considerata, da questa diversa opinione, come scelta a vantaggio della contiguità strutturale tra politica ed amministrazione e, dunque, a stregua di scelta favorevole alla politicizzazione.

¹⁶³ Ben diverso dall’odierno contratto di lavoro, caratterizzato dalla predisposizione di una serie di garanzie previste, in funzione di protezione del contraente debole. La prima compiuta elaborazione giuridica del contratto di lavoro si deve, infatti, all’opera di L.BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Società Editrice libraria, Milano, 1901.

¹⁶⁴ E.CARLONI, *Imparzialità e disciplina della dirigenza. Status dei funzionari e precauzioni ausiliarie nella riforma del pubblico impiego e nella sua attuazione, L’amministrazione sta cambiando*, a cura di F.MERLONI, A.PIOGGIA, R.SEGATORI, Giuffrè, 2007, p. 85 e segg.ti.

A sostegno di tale diversa rappresentazione veniva menzionata da un lato la presenza di un meccanismo di nomina di matrice sostanzialmente politica e, dall'altra, l'affidamento alla Legge e, dunque, alla politica, del compito di determinare il trattamento economico dei dirigenti generali¹⁶⁵.

In questa prospettiva, intesa a rilevare gli aspetti meno condivisibili della riforma, il modello statale veniva messo a confronto con quello locale, giudicato a quel tempo più avanzato e virtuoso, sul rilievo che la funzione di snodo tra politica ed amministrazione si ritrovasse lì assegnata non già a funzionari politicamente nominati, bensì ad organi (i segretari comunali) politicamente neutrali, siccome nominati (almeno a quel tempo) da soggetti esterni all'amministrazione¹⁶⁶.

Da qui l'affermazione secondo cui la distinzione tra politica ed amministrazione accolta dalla disciplina delle amministrazioni statali sarebbe stata predicabile solo dal punto di vista funzionale, ma non anche strutturale¹⁶⁷.

L'idea sottesa a questa lettura critica – quella cioè secondo la quale la riforma introdotta dal d.lgs n. 29/1993 avrebbe introdotto una troppo temperata forma di separazione tra politica ed amministrazione – non pare, tuttavia, condivisibile.

Sembra, piuttosto, che le scelte compiute dal Legislatore dell'epoca giustificassero un giudizio ben diverso, considerata la funzione di diaframma svolta dalla dirigenza generale e dal suo statuto pubblicistico: ne costituivano riprova le particolari garanzie di stabilità della dirigenza generale, cui contribuivano in modo non marginale proprio la profondità del sindacato giudiziale

¹⁶⁵ S.CASSESE, *Il sofisma della privatizzazione del pubblico impiego*, in *Riv.It.Dir.Lav.*, 1993, 1, 277. Rammenta l'esistenza dell'aporia di una dirigenza generale nominata dalla politica, perciò non neutrale di recente anche M.SAVINO, *Le riforme amministrative: la parabola della modernizzazione dello Stato*, in *Riv.Trim.Dir.Pubbl.*, 2015, 2, p. 641.

¹⁶⁶ S.CASSESE, *Il sofisma della privatizzazione del pubblico impiego*, op.cit., p. 277.

¹⁶⁷ S.CASSESE, *Il sofisma della privatizzazione del pubblico impiego*, op.cit., p. 277

nonché l'effettività della tutela demolitoria offerta dal giudizio amministrativo¹⁶⁸.

Altra critica rivolta a quel modello riguardava l'ingiustificata disparità di trattamento tra soggetti (dirigenti e dirigenti generali) impegnati nello svolgimento di medesime funzioni.

In realtà, su questo specifico punto, intervenne a sopire ogni dubbio la Corte costituzionale: la differenziazione tra regimi giuridici non poteva ritenersi irragionevole, secondo la Consulta, proprio in ragione del fatto che la diversificazione risultava giustificata dalla peculiare posizione della dirigenza generale, ritenuta vero e proprio elemento di raccordo tra potere politico e comune dirigenza¹⁶⁹, snodo indispensabile onde assicurare l'imparzialità dell'amministrazione e la parità di trattamento dei cittadini.

Nella giurisprudenza costituzionale si ritrova, dunque, non solo una conferma della non illegittimità della differenziazione di trattamento giuridico in seno al corpo burocratico, ma anche una conferma della funzione di riequilibrio assolto dallo statuto pubblicistico dell'alta dirigenza, concepito – secondo le tradizionali concezioni liberali – in chiave oppositiva rispetto al potere ministeriale e, dunque, in funzione di presidio dell'imparzialità-legalità.

3. Il principio di distinzione (funzionale) nella riforma c.d. Bassanini

Nel respingere le censure di legittimità costituzionale sulla introduzione di un regime differenziato tra dirigenti generali, mantenuti entro le garanzie dello statuto pubblicistico, e dirigenti non generali, traghettati invece al pari degli altri dipendenti sotto

¹⁶⁸ Ci pare più aderente alle intenzioni storiche del Legislatore l'idea che il tradizionale statuto di tipo pubblicistico per l'alta dirigenza (in particolare, per i dirigenti generali dello Stato e del parastato) sia stato mantenuto in ragione della necessità di assicurare l'imparzialità dei vertici dell'amministrazione e per tale via dell'amministrazione stessa; così C.D'ORTA, *La seconda fase di riforma della dirigenza pubblica: verso la fine del guado, cercando di evitare gli scogli*, in *Lav. nelle p.a.*, fasc.2, 1998, pag. 347.

¹⁶⁹ Corte cost., 25 luglio 1996, n. 313, in *Giur.cost.*, 1996, 3, p. 2592.

la disciplina del diritto comune, la Corte costituzionale ebbe modo di esprimersi con enunciazioni sufficientemente chiare anche sull'intero processo di privatizzazione.

Furono, peraltro, proprio le osservazioni della Corte ad offrire al Legislatore lo spazio occorrente per intervenire nuovamente, e più in profondità, sull'assetto strutturale degli apparati, estendendo la logica efficientistica anche all'alta dirigenza.

Anzitutto, in relazione al nodo problematico del rapporto tra stato giuridico e funzioni dirigenziali, la Consulta era andata ben al di là del rilievo dell'assenza di irragionevolezza nella diversificazione dei regimi giuridici previsti in relazione alle diverse qualifiche dirigenziali, avendo profuso argomentazioni atte a dimostrare la non incompatibilità della privatizzazione rispetto allo stesso principio di imparzialità, rilevando tra l'altro l'inesistenza per i pubblici dipendenti – diversamente dai magistrati – di una garanzia costituzionale di autonomia, da attuarsi necessariamente con legge attraverso uno stato giuridico particolare in grado di assicurare stabilità ed inamovibilità.

Del resto, lo stesso rinvio alle disposizioni del codice civile, con riferimento almeno al recesso dal contratto di lavoro dirigenziale, non implicava affatto, a giudizio della Consulta, la possibilità di recedere *ad nutum* dal contratto di lavoro.

Appariva, dunque, inevitabile, secondo la Consulta, riservare alla discrezionalità del Legislatore la scelta della soluzione ritenuta più opportuna in vista della più efficace ed armonica realizzazione dei fini e dei principii relativi all'attività ed all'organizzazione della pubblica amministrazione.

Sempre secondo la Corte, il principio di imparzialità, letto in modo non disgiunto rispetto al principio del buon andamento, non avrebbe sofferto alcun *vulnus*, per effetto dell'abbandono dello statuto pubblicistico nella disciplina del rapporto di servizio della dirigenza, salva la necessità per il Legislatore ordinario di assicurare un equilibrato dosaggio delle fonti regolatrici, onde preservare i diversi valori in gioco¹⁷⁰.

Proprio questa presa di posizione della Consulta si rivelò dirimente per consentire, poco tempo dopo la prima

¹⁷⁰ Corte cost., 25 luglio 1996, n. 313, in *Giur.cost.*, 1996, 3, p. 2592.

privatizzazione, un ulteriore avanzamento del diritto comune non solo negli ambiti interni all'organizzazione amministrativa, ma anche nella disciplina del rapporto di servizio dell'alta dirigenza¹⁷¹, in relazione alla quale il problema dello statuto protettivo assumeva un significato particolare, investendo la problematica istituzionale relativa ai delicati rapporti tra politica ed amministrazione.

Ben presto, l'idea sottesa alla prima privatizzazione di una separazione non solo funzionale, ma anche strutturale tra politica ed amministrazione, emblematicamente rappresentata dalla previsione di un'alta dirigenza interamente garantita nel diritto pubblico, venne abbandonata a vantaggio di una rappresentazione ben diversa, nella quale alla diversificazione delle competenze, e dunque alla c.d. distinzione sul piano funzionale, faceva da contrappeso una forma di contiguità strutturale tra politica ed amministrazione¹⁷².

Il problema chiaramente non riguardava soltanto il regime giuridico del rapporto di servizio dell'alta dirigenza, ma investiva più in profondità il ruolo della dirigenza pubblica.

Era infatti prevedibile che, una volta accolto il principio di distinzione, la tensione tra politica e amministrazione investisse le modalità di assegnazione degli incarichi e, dunque, la stessa scelta dei dirigenti, quale contropinta sollecitata dal principio di democraticità, come reazione cioè alla perdita del potere ministeriale di decisione e comando.

L'arresto della Consulta fu, dunque, significativo, giacché consentì di rivedere il modello individuato nel 1993, giudicato ben presto non adeguato ad assicurare la presa democratica del governo sull'amministrazione.

Del resto, già da tempo la dottrina aveva segnalato come il dissolvimento del potere di gerarchia imponesse non solo di rivedere le garanzie di stabilità degli alti funzionari, specie di

¹⁷¹ C.D'ORTA, *La seconda fase di riforma della dirigenza pubblica: verso la fine del guado, cercando di evitare gli scogli*, in *Lav. nelle p.a.*, fasc.2, 1998, pag. 347.

¹⁷² Per tutti G.GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*.

quelli a più stretto contatto con l'organo politico, ma anche di forgiare un vero e proprio rapporto di fiduciarità tra il detentore formale del potere ed il soggetto gravato della responsabilità ministeriale¹⁷³.

L'equilibrio individuato dalla c.d. riforma Cassese appariva, dunque, ben lontano da quello auspicato come ottimale dalla più attenta dottrina¹⁷⁴.

Il mutamento di rotta avvenne pochi anni dopo l'adozione del d.lgs. n. 29/1993 ed esattamente con la Legge 15 marzo 1997, n. 59 (c.d. Legge Bassanini) recante "*Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa*".

La Legge di delega incaricava il governo all'adozione, tra l'altro, di decreti legislativi in materia di dirigenza e lavoro pubblico, in ossequio ai criteri direttivi già individuati dall'articolo 2 della legge 23 ottobre 1992, n. 421, a partire dal principio della separazione tra compiti di direzione politica e compiti di direzione amministrativa, ma anche nel rispetto di criteri e principi ulteriori, anche integrativi, sostitutivi o modificativi di quelli fissati nella precedente delega.

Nel novero di tali criteri, muniti del carattere di innovatività, andavano certamente ricompresi anche quelli relativi al completamento della integrazione della disciplina del lavoro pubblico con quella del lavoro privato nonché, per quel che qui specificamente interessa, l'estensione del regime di diritto privato anche al rapporto di lavoro dei dirigenti generali, con l'istituzione di un ruolo unico interministeriale presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, articolato in modo da garantire la necessaria specificità tecnica.

La devoluzione al giudice ordinario del contenzioso lavoristico doveva costituire il naturale completamento, dal lato della giurisdizione, del processo di privatizzazione sostanziale.

¹⁷³ L.CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, CEDAM, Padova, 1974, p. 119; V.BACHELET, *Responsabilità dei ministri e competenza esterna degli uffici direttivi dei ministeri*, Studi in memoria di E.GUICCIARDI, 1975, p. 573.

¹⁷⁴ Il riferimento è ancora una volta a L.CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, CEDAM, Padova, 1974, *passim*.

In realtà, l'estensione della privatizzazione alla dirigenza generale, accompagnata dalla introduzione di una peculiare disciplina dell'assegnazione, conferma e revoca delle funzioni dirigenziali postulava una diversa ricostruzione del ruolo dell'alta dirigenza, vista diversamente dal passato non più in chiave oppositiva rispetto alla politica, quasi a stregua di argine contro la politicizzazione indotta dall'amministrazione, bensì in chiave collaborativa, in funzione cioè della realizzazione del buon andamento dell'amministrazione, obiettivo questo destinato ad avvicinare, in un destino comune, la componente burocratica, munita da una legittimazione solo tecnica, e gli organi espressione della comunità, i soli investiti di vera legittimazione democratica¹⁷⁵.

Da qui l'abbandono del precedente modello, caratterizzato dalla separazione strutturale tra politica ed amministrazione, ed il contestuale accoglimento di un assetto della dirigenza pubblica radicalmente differente, modellato sulla falsariga del rapporto tra imprenditore privato ed alta dirigenza aziendale.

Si trattava di una nuova ed anche radicalmente diversa concezione della dirigenza, che emergeva, in modo abbastanza evidente, proprio dall'introduzione dei principi di temporaneità e fiduciarità degli incarichi di funzione dirigenziale¹⁷⁶.

4. *Il principio di distinzione nella giurisprudenza costituzionale: sua derivazione dai principi di imparzialità e buon andamento.*

¹⁷⁵ G.GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, Milano 2003, passim.

¹⁷⁶ A.ZOPPOLI, *Dal ruolo unico ai ruoli della dirigenza statale: e la privatizzazione?*, in *Lav. nelle p.a.*, fasc.6, 2002, pag. 1038. M.D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle leggi Bassanini*, in *Lavoro nelle p.a.*, fasc.1, 1998, pag. 35, secondo cui "La responsabilità politica richiede che il Governo abbia una effettiva libertà di scelta nel conferimento degli incarichi di direzione dai quali dipende concretamente l'attuazione dell'indirizzo politico; ma la responsabilità della gestione comporta a sua volta che il dirigente, una volta scelto e incaricato di funzioni di alta dirigenza, sia garantito dai condizionamenti politici e valutato obiettivamente in base ai risultati della sua gestione"; G.FALCON, *Riforma della Pubblica Amministrazione e responsabilità della dirigenza*, in *op.cit.*, 1203.

Con la riforma c.d. Bassanini del 1998, il principio di distinzione tra politica ed amministrazione aveva, dunque, visto trasfigurare i suoi tratti morfologici: man mano che la ridefinizione della responsabilità politica del ministro, conseguente alla perdita del potere di gerarchia, conduceva verso l'affermazione dei principii di fiduciarietà e temporaneità nella disciplina degli incarichi dirigenziali, la distinzione tendeva a divenire oramai solo funzionale.

Senza scendere ad analizzare nel dettaglio l'itinerario che condusse verso l'approfondimento del tasso di fiduciarietà delle nomine, tema questo che verrà scandagliato con più profondità in altra parte del presente lavoro, di certo vi è che il fenomeno portò inevitabilmente con sé anche rinnovate preoccupazioni in merito al pericolo di un eccesso di politicizzazione degli apparati.

I timori vennero viepiù ad intensificarsi all'indomani della c.d. riforma Frattini (Legge n. 145/2002)¹⁷⁷, in ragione non solo delle modifiche alla disciplina degli incarichi dirigenziali¹⁷⁸, ma anche

¹⁷⁷ La c.d. legge Frattini aveva, tra le altre cose, ridotto la durata massima degli incarichi senza prevederne più una minima, così accentuando il carattere di temporaneità già presente nella previgente disciplina, così A.CORPACI, *Riflessioni sulla dirigenza pubblica alla luce della legge n. 145 del 2002*, *Lav. nelle p.a.*, 2002, 6, 859. La disposizione fu ben presto sospettata di illegittimità costituzionale, evidenziandosi come il conferimento di incarichi brevi impedisse al dirigente di impostare e realizzare una gestione coerente, esponendolo ad una continua ratifica fiduciaria, rendendo inoltre impossibile all'amministrazione una congrua valutazione dell'operato dei propri vertici, così G.GARDINI, *Spoils system all'italiana: mito o realtà?*, *Lav. nelle p.a.*, 2002, 6, 953; G.D'ALESSIO, *La legge di riordino della dirigenza: nostalgie, antilogie ed amnesie*, *Lav. nelle p.a.*, 2002, 2, 213; M.G.GAROFALO, *La dirigenza pubblica rivisitata*, *Lav. nelle p.a.*, 2002, 6, 873. Si rammenta, però, che il d.l. n. 115/2005 ripristinò la durata minima degli incarichi, fissandola in tre anni, ed individuando quella massima nella misura di cinque anni.

¹⁷⁸ Modifiche che hanno ridotto considerevolmente l'autonomia della dirigenza, sottoposta a ratifica permanente di fiduciarietà. Su questi aspetti in particolare G.GARDINI, *Spoils system all'italiana: mito o realtà?*, *Lav. nelle p.a.*, 2002, 6, 953

della introduzione di diverse fattispecie di decadenza automatica (c.d. *spoils system*)¹⁷⁹.

¹⁷⁹ Occorre rammentare in proposito che le norme sullo *spoils system* trovarono il loro archetipo storico, nelle disposizioni introdotte dal d.lgs n. 80/1998 che, nel modificare il testo dell'art. 19 d.lgs n. 29/1993, introdussero al comma 8 di tale articolo la previsione secondo la quale “*Gli incarichi di direzione degli uffici dirigenziali di cui al comma 3 possono essere confermati, revocati, modificati o rinnovati entro novanta giorni dal voto sulla fiducia al Governo. Decorso tale termine, gli incarichi per i quali non si sia provveduto si intendono confermati fino alla loro naturale scadenza*”. Si precisa, però, che la norma faceva riferimento ai soli incarichi di segretario generale di ministeri ed a quelli di direzione di strutture articolate al loro interno in uffici dirigenziali generali, vale a dire agli incarichi di diretta collaborazione col Ministro. Nel 1999, l'art. 8 del d.P.R. 150 prevede, però, la cessazione di *tutti* gli incarichi dirigenziali in essere, sia di livello generale *che di base*, in occasione dell'entrata in vigore del ruo unico della dirigenza statale (sul punto, cfr. C.D'ORTA, *Gli incarichi dirigenziali nello Stato dopo la legge 145/2002, Lav. nelle p.a.*, 2002, 06, 929 e F.CARINCI, *Una riforma "conclusa". Fra norma scritta e prassi applicativa, Lav. nelle p.a.*, 2004, 02, 329). La successiva legge Frattini n. 145/2002 rese, peraltro, automatica la cessazione degli incarichi apicali di diretta collaborazione, decorsi novanta giorni dal voto sulla fiducia al Governo e replicò, inoltre, (ma con legge) l'operazione condotta dalla precedente maggioranza parlamentare, prevedendo una forma di decadenza, *una tantum*, di tutta la dirigenza generale, prevedendo all'art. 3, co. 7, che “*le disposizioni di cui al presente articolo trovano immediata applicazione relativamente agli incarichi di funzione dirigenziale di livello generale e a quelli di direttore generale degli enti pubblici vigilati dallo Stato ove è prevista tale figura. I predetti incarichi cessano il sessantesimo giorno dalla data di entrata in vigore della presente legge, esercitando i titolari degli stessi in tale periodo esclusivamente le attività di ordinaria amministrazione*”. Altre norme di decadenza venivano introdotte in relazione alle nomine degli organi di vertice e dei componenti dei consigli di amministrazione o degli organi equiparati degli enti pubblici, delle società controllate o partecipate dallo Stato, delle agenzie o di altri organismi comunque denominati (cfr. art. 6). La successiva legge 24 novembre 2006, n. 286, di “*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 3 ottobre 2006, n. 262, recante disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria*” estese la disposizione di cui al comma 8 dell'art. 19, d.lgs n. 165/2001 – relativa alla cessazione automatica dell'incarico dirigenziale, decorsi novanta giorni dal voto sulla fiducia al Governo - anche agli incarichi dirigenziali, di qualunque livello, conferiti a dirigenti non appartenenti ai ruoli di cui al medesimo articolo 23, dipendenti (art. 19, comma 5-bis) o meno (art. 19, comma 6) di altre amministrazioni. Con norma transitoria si prevedeva, altresì, che tali incarichi di funzioni dirigenziali

Senza attardarsi troppo nella disamina delle diverse discipline succedutesi nel corso degli anni, in via di sintesi appare possibile sostenere che nel corso di un turno di tempo relativamente breve (dieci anni) siano andate affermandosi almeno tre diverse declinazioni del principio di distinzione tra politica ed amministrazione, in corrispondenza delle diverse scelte di volta in volta operate dal Legislatore ordinario sul terreno delle garanzie e dello statuto protettivo dell'alta dirigenza.

La prima fase (1993-98) è quella nella quale la dirigenza generale non era ancora stata coinvolta nella cosiddetta "privatizzazione" del rapporto di lavoro: tale fase si caratterizzava per la presenza di un elevato livello di formalizzazione dei rapporti tra organo di vertice politico ed organo della gestione¹⁸⁰. e per un approfondito livello delle garanzie di stabilità della dirigenza.

Appare non errato affermare che tale prima fase sia andata caratterizzandosi per una assai rigida applicazione del principio di distinzione, conformato in guisa tale da involgere non solo i profili funzionali ma anche quelli strutturali, stante il ruolo di diaframma svolto dalla dirigenza, concepita quale presidio dell'imparzialità-legalità dell'amministrazione.

Unico elemento di parziale attenuazione di questa rigidità appare l'esplicito riconoscimento del potere di avocazione, previsto tuttavia in forme assai contenute a fronte cioè delle sole ipotesi caratterizzate dalla indifferibilità e dall'urgenza.

La seconda fase (1998-2002) è invece, quella inaugurata dalle riforme Bassanini, in cui la "privatizzazione" venne estesa anche ai dirigenti generali, ponendo il contratto al centro del modello, in quanto atto diretto a definire, in chiave *consensuale*, gli elementi essenziali dell'incarico, peraltro fiduciariamente conferito.

dovessero cessare ove non confermati entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore» del decreto-legge n. 262 del 2006 (art. 2, commi da 159 a 161).

¹⁸⁰ Peraltro, la formalizzazione dei rapporti e, dunque, il loro carattere giuridico appare tanto più predicabile in considerazione della natura interorganica delle relazioni medesime, conseguenza questa del fatto che il dirigente è da considerarsi a stregua di vero e proprio "organo" dell'amministrazione v. su tale qualificazione le considerazioni di P.FORTE, *Il principio di distinzione tra politica ed amministrazione*, Giappichelli, 2006, p. 113.

In questo periodo, il principio di distinzione viene a mutare la propria natura giuridica, contestualmente al mutamento del ruolo della dirigenza pubblica, chiamata all'espletamento di una funzione di maggiore collaborazione ed integrazione con l'organo politico, sì che appare corretta la definizione che tradizionalmente si ritrova in seno ai numerosi commentatori dell'epoca di distinzione solo funzionale ma non anche strutturale¹⁸¹.

Non modifica il giudizio la circostanza che la distinzione funzionale sia stata in questa fase assistita da più espliciti divieti di intromissione degli organi politici nella gestione, in riferimento al potere di avocazione, in precedenza previsto a fronte delle sole ipotesi di indifferibilità ed urgenza.

La terza fase è quella seguente la Legge Frattini (L. 145/2002), che, nel modificare anche in modo significativo la disciplina degli incarichi dirigenziali, determinò non solo una rivalutazione della fonte unilaterale a discapito di quella consensuale nella sede di gestione degli incarichi dirigenziali, ma anche una precarizzazione della condizione della dirigenza tale da determinare il sostanziale svuotamento del principio di distinzione.

È forse proprio in questo periodo che alla declamazione formale del principio di distinzione non corrisponde più una sua coerente attuazione nella disciplina di dettaglio, stante l'introduzione di misure intese a svuotare di contenuto il principio astrattamente

¹⁸¹ Ci pare, senz'altro, corretta la lettura di A.ZOPPOLI, *Il contratto di lavoro del dirigente pubblico dopo il D.Lgs n. 80/1998*, in *Lavoro nelle p.a.*, fasc.5, 1998, pag. 1069. "Con essa (nda con la contrattualizzazione della dirigenza generale) il legislatore ha chiarito che i soggetti collocati ai livelli più alti dell'organizzazione amministrativa non possono considerarsi su posizioni contrapposte: questo è ciò che insegna l'esperienza del lavoro privato e questo, sul piano socio-organizzativo prima ancora che giuridico, appare il significato ultimo della «contrattualizzazione» della dirigenza generale. Nel modello della dirigenza privata - un modello assai diverso da quello degli altri lavoratori subordinati - alla attribuzione al dirigente di fondamentali poteri e responsabilità gestionali, fa da contraltare il comune destino «professionale» dei due soggetti del rapporto di lavoro, entrambi legati alle sorti dell'organizzazione. Separazione funzionale ma contiguità strutturale: con tale dicotomia potremmo definire i tratti caratterizzanti del modello privatistico; una dicotomia non rigida, molto distante dall'impostazione del tradizionale statuto giuridico del pubblico dipendente, volto a creare un "diaframma» tra «politica» e «amministrazione»".

sculpto in linea astratta dal Legislatore, con l'effetto di riprodurre, ma questa volta a parti inverite, i difetti tanto deprecati nel vecchio modello osmotico, derivanti dal disallineamento tra titolarità formale e sostanziale del potere.

I mutamenti sostanziali intervenuti, nel volgere di un turno di tempo assai breve, nella posizione e nel ruolo della dirigenza pubblica solleccarono, inevitabilmente, l'intervento della Corte costituzionale.

Proprio la giurisprudenza della Consulta, specie quella successiva alle note pronunce nn. 103 e 104 del 2007, inaugurerà una quarta stagione del principio di distinzione, caratterizzata da un rinnovato irrigidimento del rapporto tra politica ed amministrazione, con la tendenziale messa al bando della fiduciarità nella ricostruzione del rapporto di impiego dirigenziale.

Ma procediamo con ordine.

È certamente opportuno rammentare che in un brevissimo arco di tempo la Consulta venne reiteratamente investita di questioni di legittimità costituzionali relative a diverse previsioni di *spoils system*, variamente contenute non solo in provvedimenti di legge statale, a partire proprio dalla Legge Frattini, ma anche in provvedimenti di legge regionale¹⁸².

La copiosa giurisprudenza sul tema appare qui di interesse non tanto in ragione dell'oggetto immediato e diretto delle relative statuizioni, quanto per la portata dei principii enunciati, a partire dalle considerazioni svolte attorno al principio di distinzione tra politica ed amministrazione¹⁸³.

Nella giurisprudenza della Corte costituzionale trova spazio il convincimento, divenuto nel tempo via via più forte e radicato, della diretta derivazione del principio in parola dalle disposizioni

¹⁸² Tra le prime ordinanze di rimessione, cfr. Tribunale Roma, 3 febbraio 2003, con nota di B.VALENZISE, *Lo spoils system: prime controversie relative alla decadenza dall'incarico dirigenziale ex art. 3, comma 7 della legge 15 luglio 2002, n. 145, L.P.A.*, 2003, 1, 64.

¹⁸³ F.MERLONI, *Organizzazione amministrativa e garanzie dell'imparzialità. Funzioni amministrative e funzionari alla luce del principio di distinzione tra politica ed amministrazione*, in *Dir.Pubbl.*, 2009, 1, p. 57.

costituzionali relative all'imparzialità ed al buon andamento dell'amministrazione¹⁸⁴.

In ragione di questo stretto nesso di derivazione, il principio di distinzione sarebbe finanche assurdo, sempre a giudizio della Corte, a principio generalissimo dell'organizzazione, siccome valido per tutte le pubbliche amministrazioni¹⁸⁵.

Detto diversamente, si fa strada nell'opinione della Corte costituzionale l'idea che il principio di distinzione costituisca una nuova dimensione dell'imparzialità, ulteriore e diversa rispetto a quelle tralaticciamente tramandate, nelle quali il principio in parola veniva prevalentemente riferito alla funzione amministrativa¹⁸⁶ ovvero veniva identificato nell'imparzialità soggettiva dei funzionari e, dunque, a stregua di neutralità politica¹⁸⁷.

¹⁸⁴ Corte Cost., 23 marzo 2007, n. 104, in *Foro amm. CDS*, 2007, 3, 785. La Corte, o ve si rammenta "che gli artt. 97 e 98 Cost. sono corollari dell'imparzialità, in cui si esprime la distinzione tra politica e amministrazione, tra l'azione del governo - normalmente legata alle impostazioni di una parte politica, espressione delle forze di maggioranza - e l'azione dell'amministrazione, che, «nell'attuazione dell'indirizzo politico della maggioranza, è vincolata invece ad agire senza distinzione di parti politiche, al fine del perseguimento delle finalità pubbliche obbiettivate dall'ordinamento». E in questa prospettiva, «collegata allo stesso impianto costituzionale del potere amministrativo nel quadro di una democrazia pluralista», si spiega come «il concorso pubblico, quale meccanismo di selezione tecnica e neutrale dei più capaci, resti il metodo migliore per la provvista di organi chiamati a esercitare le proprie funzioni in condizioni di imparzialità ed al servizio esclusivo della Nazione» (sentenze n. 333 del 1993 e n. 453 del 1990)".

¹⁸⁵ F.MERLONI, *Organizzazione amministrativa e garanzie dell'imparzialità. Funzioni amministrative e funzionari alla luce del principio di distinzione tra politica ed amministrazione*, in *Dir.Publ.*, 2009, 1, p. 57; B.PONTI, *Indipendenza del dirigente e funzione amministrativa*, Maggioli, Rimini, p. 158.

¹⁸⁶ Per tutti P.BARILE, *Il dovere di imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Scritti giuridici in memoria di Pietro Calamandrei*, IV, Padova, 1958, p. 30; per una più ampia bibliografia v. M.NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Giuffrè, 1966, p. 71, sub nota 8

¹⁸⁷ Per le diverse declinazioni dell'imparzialità organizzativa F.MERLONI, *Organizzazione amministrativa e garanzie dell'imparzialità. Funzioni amministrative e funzionari alla luce del principio di distinzione tra politica ed amministrazione*, in *Dir.Publ.*, 2009, 1, p. 57; G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, Milano 2003.

Come in parte già emerso nel corso della trattazione, seppure forse in modo ancora solo frammentario, il principio di imparzialità fu, almeno inizialmente, riguardato in dottrina sotto l'angolo visuale dell'attività amministrativa venendo inteso quale corollario del principio di legalità ovvero quale sinonimo del principio di uguaglianza, in ogni caso come adempimento di un dovere a carattere procedimentale di acquisizione dei diversi interessi pubblici e privati lambiti dall'esercizio del potere¹⁸⁸.

La scarsa considerazione della dimensione giuridica dell'organizzazione costituiva, del resto, retaggio della tradizione liberale Ottocentesca, incline a ricondurre gli ambiti interni nell'area della irrilevanza giuridica¹⁸⁹.

È, tuttavia, vero che già a partire dalla metà degli anni Sessanta la dottrina più attenta aveva cominciato ad evidenziare il ruolo svolto dal principio di imparzialità non solo in relazione all'attività amministrativa, in riferimento alla quale risultava dubbia la sua giustiziabilità¹⁹⁰, ma anche, se non soprattutto, in riferimento all'organizzazione.

¹⁸⁸ Per le diverse declinazioni del principio di imparzialità v. U.ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, CEDAM, Padova, 1975; A.CERRI, *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, op.cit.; per una ricognizione delle diverse dottrine sull'imparzialità G.GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, op.cit., p. 59 e seg.ti.

¹⁸⁹ Il tema è stato approfondito diffusamente in dottrina M.NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1966, p. 19; G.BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Giuffrè, 1968, p. 28 e seg.ti; G.DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, CEDAM, 1992; A.PIOGGIA, *La competenza amministrativa. L'organizzazione tra specialità pubblicistica e diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2001; G.GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, Giuffrè, Milano, 2003; U.ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, op.cit., p. 39 e seg.ti.

¹⁹⁰ Ed in effetti M.NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, op.cit., p. 77 e seg.ti contesta l'esistenza di un dovere di imparzialità e di buona amministrazione. In ogni caso, pur accedendo alla tesi avversata, l'Autore nega che il significato dei precetti costituzionali possa riutivamente essere limitato ai doveri sostantivi riferiti all'attività amministrativa, stante la valenza organizzatoria dei principi costituzionali in parola.

Il punto di partenza era costituito, ancora una volta, dalla pretesa costituzionale di moduli organizzatori capaci di fare emergere così l'imparzialità come il buon andamento¹⁹¹.

In concomitanza con le novità nel frattempo emerse sul piano della legislazione, ove si assisteva ad una progressiva attenuazione del potere di gerarchia ministeriale ed al contestuale approfondimento del decentramento burocratico ed autonomistico, si accresceva la considerazione della dottrina verso le ricadute organizzative del principio di imparzialità.

Lungo questo percorso, l'imparzialità amministrativa cominciava ad essere apprezzata come qualcosa di diverso dall'imparzialità soggettiva, intesa sia nell'accezione weberiana di assenza di incrostazioni politiche o ideologiche del funzionari impeditive della corretta attuazione dell'indirizzo politico¹⁹² sia nel diverso significato di strumento di contenimento della c.d. politicità indotta¹⁹³. Più precisamente, se nelle prime trattazioni degli anni Sessanta il principio di imparzialità (in connessione con quello del buon andamento) sospinse la dottrina a ritenere auspicabile, dal lato organizzatorio, l'adesione a modelli ancorati alla complementarietà delle funzioni espletate, rispettivamente, dalla politica e dalla burocrazia nelle diverse fasi (propulsiva, istruttoria e decisoria) del procedimento amministrativo¹⁹⁴, negli anni successivi quel medesimo principio viene richiamato a fondamento delle nuove regole sulla distribuzione delle

¹⁹¹ G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, Milano 2003

¹⁹² Come esattamente rileva A.CERRI, *Imparzialità ed indirizzo politico*, CEDAM, Padova, 1973, p. 207 "questa indipendenza del funzionario, questa sua neutralità che non è mancanza di idee personali, ma leale accettazione del giuoco costituti zonale, è stata merabilmente illustrata da Max Weber"

¹⁹³ Sempre A.CERRI, *Imparzialità ed indirizzo politico*, CEDAM, Padova, 1973, p. 207, là dove evidenzia che il margine di autonomia riconosciuto alla Pubblica Amministrazione dovrebbe mettere questa nelle condizione di potersi opporre ad eventuali tentativi di operare discriminazioni o favoritismi. Anche L.CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, CEDAM, Padova, 1974.

¹⁹⁴ U.ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, CEDAM, Padova, 1965, specie p. 304 e seg.ti., fautore dell'idea per cui, mentre le funzioni dell'iniziativa e della decisione debbano risultare improntate dal principio democratico, al contrario quella istruttoria, caratterizzate necessariamente da verità e giustizia, siano terreno riservato alla struttura c.d. burocratica.

competenze tra ministri e funzionari in ordine alla titolarità (*rectius*: esercizio¹⁹⁵) della potestà decisoria nell'amministrazione¹⁹⁶.

Solo nelle ricostruzioni più recenti l'imparzialità organizzativa o strutturale viene ad aprirsi a contenuti semantici più ampi nei quali, legandosi saldamente al principio democratico, viene ad ergersi a garanzia di adeguamento della gestione discrezionale rispetto all'indirizzo politico maggioritario, in una prospettiva non solo inclusiva ma anche escludente, siccome intesa ad impedire la cattura del funzionario da parte di interessi alieni¹⁹⁷.

Dunque, nelle più recenti ricostruzioni si giunge a proporre un quadro concettuale nel quale imparzialità dell'amministrazione e principio democratico ricevono una lettura unitaria: l'imparzialità cessa di costituire il limite esterno del principio democratico, quasi corollario del principio di legalità¹⁹⁸, e diviene essa stessa attuazione del principio democratico¹⁹⁹: a questa conclusione si perviene anche postulando una chiara linea di distinzione tra la

¹⁹⁵ Se si accede all'idea del potere quale energia giuridica che promana dall'ordinamento, secondo la concezione normativistica propria della dottrina pura del diritto, non appare più possibile disquisire di titolarità del potere, ma solo di esercizio da parte dell'organo: detto diversamente "l'assunzione del potere tra i valori obbiettivi o normativi elimina il problema della titolarità e sdrammatizza tutta la problematica delle relazioni tra le figure sogettive ed il potere, consentendo una migliore dislocazione concettuale del potere stesso verso il soggetto e verso l'atto", così G.BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, op.cit., p. 165, nota 20. V. anche F.BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo: parte generale*, Padova: CEDAM, 1959, P. 165.

¹⁹⁶ A.CERRI, *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, CEDAM, Padova, 1973, p. 203.

¹⁹⁷ Onde evitare fenomeni di cattura del potere discrezionale da parte di interessi parziali che sono presenti ed attivi nell'ordinamento, così G.GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, Giuffrè, Milano, 2003, specie p. 551 e seg.ti.

¹⁹⁸ Quante volte la Legge non riesca ad individuare in modo puntuale i presupposti di esercizio del potere A.CERRI, *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, CEDAM, Padova, 1973, p. 203.

¹⁹⁹ U.ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, CEDAM, Padova, 1965, specie p. 304 e seg.ti; A.CERRI, *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, CEDAM, Padova, 1973, p. 203; G.GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, Giuffrè, Milano, 2003, specie p. 551 e seg.ti.

politicità insita nell'esercizio dei poteri discrezionali e quella c.d. indotta, vale a dire la *partisan politics*²⁰⁰.

Ciò considerato, non pare errato affermare che il percorso di progressivo approfondimento ed arricchimento del contenuto semantico del principio di imparzialità, specie nella sua dimensione organizzativa, così a lungo coltivato da Legislatore e Dottrina, abbia all'esito di un lungo quanto travagliato percorso trovato nella giurisprudenza della Corte costituzionale²⁰¹ un proprio sugello finale, mercé l'esplicito riconoscimento della rilevanza costituzionale del principio di distinzione tra indirizzo e gestione, a stregua di corollario del principio di imparzialità.

Non solo.

Nella giurisprudenza costituzionale, il principio di distinzione viene a tal punto legato al principio dell'imparzialità ed all'idea della burocrazia politicamente neutrale da indurre la Consultae a bandire dall'area della fiduciarità le posizioni dirigenziali impegnate nell'attuazione dell'indirizzo politico²⁰².

5. *Il punto logico di partenza nella "distinzione presa sul serio": indipendenza del funzionario e misure organizzative e normative necessarie a preservarla*

Alla luce di quanto innanzi esposto, non pare dubbio che il riconoscimento della rilevanza costituzionale del principio di distinzione tra politica ed amministrazione abbia costituito il punto di approdo finale di un percorso assai lungo, avviato a partire dalle prime idee separatistiche circolate a fine Ottocento e portato a maturazione con l'avvento della Costituzione, tramite un più saldo ancoraggio al principio di imparzialità organizzativa o strutturale.

Come in parte già emerso, secondo le più rigorose interpretazioni del principio di distinzione legate alla considerazione

²⁰⁰ Su cui molto chiaramente C.PINELLI, *Commento sub. Art. 97 Cost.*, in *Commentario alla costituzione*, in Scialoia-Branca, Zanichelli-II foro italiano, p. 94.

²⁰¹ A.PATRONI GRIFFI, *Dimensione costituzionale e modelli legislativi della dirigenza pubblica*, op.cit., 217.

²⁰²

dell'imparzialità a stregua di imparzialità-legalità, la scelta operata dal Legislatore ordinario di assicurare, ad un tempo, la guida democratica dell'amministrazione e la rispondenza della funzione al buon andamento ed all'imparzialità, tramite la sottrazione agli organi politici della potestà discrezionale, costituirebbe oramai l'unica soluzione costituzionalmente predicabile, siccome non suscettibile di ripensamenti ulteriori²⁰³.

Non solo.

All'introduzione del principio di distinzione, e viepiù all'indomani del riconoscimento della sua rilevanza costituzionale, si sarebbe accompagnato anche un giudizio di sostanziale sfiducia serbata dal Legislatore nei riguardi della politica e della sua capacità e/o legittimazione all'adozione della decisione politica riferita al singolo caso amministrativo.

Ne costituirebbe emblematica rappresentazione la previsione di una duplice riserva, ad un tempo positiva e negativa.

La presenza di una specifica riserva di competenze a beneficio della dirigenza, in ordine al compimento degli atti di gestione, comporterebbe, implicitamente e specularmente, anche il riconoscimento di una riserva a carattere negativo, di tipo dunque escludente, a carico dell'organo di vertice politico, al quale non sarebbe consentito di riappropriarsi di quanto perso per effetto della introduzione del principio di distinzione²⁰⁴.

E tale valutazione avrebbe ricevuto il sostanziale avallo della Corte costituzionale, mercé la limitazione della fiduciarità all'area di formazione dell'indirizzo politico con esclusione dall'area della gestione.

Alla base di questa diversa opzione ricostruttiva vi è, dunque, l'idea secondo cui, per garantire il controllo democratico sull'amministrazione, sarebbero di per sé bastevoli gli atti di indirizzo politico-amministrativo²⁰⁵.

²⁰³ B.PONTI, *Indipendenza del dirigente e funzione amministrativa*, Maggioli Editore, 2012, p. 158 e seg.ti.

²⁰⁴ B.PONTI, *Indipendenza del dirigente e funzione amministrativa*, Maggioli Editore, 2012, p. 158 e seg.ti

²⁰⁵ S.BATTINI, *Il principio di separazione tra politica ed amministrazione*, in *Riv.Trim.Dir.Pubbl.*, 2012, 1, p. 39; *id:In morte del principio di separazione tra*

Più esattamente, l'unico mezzo consentito, onde assicurare alla politica la presa democratica sull'amministrazione, sarebbero oramai gli atti, tipizzati dal Legislatore, con cui il ministro "definisce obiettivi, priorità, piani e programmi da attuare ed emana le conseguenti direttive generali per l'attività amministrativa e per la gestione" (art. 14, co. 1, lett. a), d.lgs. n. 165/2001)²⁰⁶.

A stregua di questa opzione ricostruttiva, sarebbe non solo ultroneo ma anche deleterio, ai fini della garanzia dell'imparzialità-legalità dell'amministrazione, intestare poteri di amministrazione in capo all'organo politico, cioè al soggetto munito di legittimazione elettiva e democratica, perciò sicuramente esposto a forme di condizionamento di tipo clientelare e di parte²⁰⁷.

Del pari, sarebbe non solo non necessaria ma neanche pericolosa, ai fini della garanzia di indipendenza del funzionario e, per conseguenza, di imparzialità della funzione pubblica la previsione di meccanismi di controllo della carriera dei dirigenti, ancorati al criterio della fiducia²⁰⁸.

In questa rappresentazione, assai sensibile al tema dell'imparzialità dell'amministrazione, la politica sarebbe chiamata soltanto a fissare le regole e gli obiettivi, che l'amministrazione sarebbe tenuta poi a rispettare e a conseguire: in questo modello non è previsto che in conseguenza della perdita del potere discrezionale possa insorgere a favore della politica il diritto a qualche forma di risarcimento, inteso a ristorarla della perdita subita nella potestà decisoria e di comando²⁰⁹.

politica ed amministrazione: la corte preferisce lo spoils system, in *Giornale Dir. Amm.*, 2006, 8, 911.

²⁰⁶ B.PONTI, *Indipendenza del dirigente e funzione amministrativa*, Maggioli Editore, 2012, p. 158 e seg.ti.; ma anche F.MERLONI, *Distinzione tra politica e amministrazione e spoil system*, op. cit., p. 47.

²⁰⁷ B.PONTI, *Indipendenza del dirigente e funzione amministrativa*, op.cit. p. 158 e seg.ti.; S.BATTINI, *Il principio di separazione tra politica ed amministrazione*, in *Riv.Trim.Dir.Pubbl.*, 2012, 1, p. 39.

²⁰⁸ B.PONTI, *Indipendenza del dirigente e funzione amministrativa*, op.cit., p. 158 e seg.ti.

²⁰⁹ S.BATTINI, *Il principio di separazione tra politica ed amministrazione*, in *Riv.Trim.Dir.Pubbl.*, 2012, 1, p. 39.

Di certo, si esclude risolutamente che la “*fiducia*” possa dispiegare un qualche ruolo nella disciplina dell’affidamento degli incarichi dirigenziali, bastando a soddisfare le esigenze di legittimazione democratica dell’amministrazione gli strumenti costituiti dall’indirizzo e dal controllo.

A queste conclusioni, per lo più mosse dalla preoccupazione di assicurare una limpida ricostruzione del principio di distinzione tra politica ed amministrazione (“*il principio di distinzione preso sul serio*”²¹⁰), si giunge, per il tramite di un articolato, quanto raffinato, percorso argomentativo.

Il ragionamento prende le mosse dall’analisi del diverso ruolo svolto dalla burocrazia e dall’organo politico nei due modelli imperniati, rispettivamente, sulla gerarchia ministeriale e sulla distinzione funzionale.

Nel primo modello, il sistema sarebbe organizzato in modo tale da fornire ai decisori politici un ausilio neutrale, onde contenere le scelte non solo nell’ambito degli spazi liberi concessi dalla legge, ma anche entro le opzioni tecnicamente preferibili.

In questo modello, dunque, la sfiducia nei confronti dei decisori politici non arriverebbe al punto da deprivarli del potere di decisione.

La disamina del modello gerarchico viene conclusa con l’individuazione delle sue caratteristiche salienti, ravvisate in massima misura nella unicità del soggetto titolare del potere decisionale, vale a dire l’organo politico.

Di contro, nel modello della distinzione funzionale la potestà decisoria viene frammentata e scomposta, ripartendosi tra l’organo di vertice politico, cui spetta di definire gli obiettivi strategici dell’amministrazione, e la burocrazia, cui compete l’esercizio del potere discrezionale ed il contemperamento tra l’interesse primario ed i diversi interessi, pubblici e privati, lambiti dall’azione dell’amministrazione, secondo le direttive generali fissate dal decisore politico.

Il modello di distinzione cospira, dunque, quasi strutturalmente a preservare un’area di scelta non vincolata, esclusivamente

²¹⁰ B.PONTI, *Indipendenza del dirigente e funzione amministrativa*, op.cit., p. 13.

riservata alla dirigenza, non comprimibile per effetto del potere di indirizzo ministeriale.

Il che vuol dire che il livello di prescrittività dell'atto di indirizzo giammai potrebbe raggiungere una intensità tale da nullificare la potestà decisoria dell'organo amministrativo, degradando il potere da discrezionale a vincolato²¹¹.

Il nucleo centrale della teoria testé illustrata, definibile per comodità descrittiva come dottrina della “*distinzione presa sul serio*”, postula, dunque, la necessità che sia assicurata alla dirigenza una peculiare posizione organizzativa, non già definibile in termini di dipendenza gerarchica e neppure, specularmente ed in opposizione alla prima, di neutralità politica.

Come s'è visto, la presenza di incrostazioni ideologiche e politiche in capo al funzionario può rivelarsi, nel modello di gerarchia, ostativo alla corretta trasmissione ed esecuzione dell'indirizzo politico lungo la catena gerarchica.

Nel modello di distinzione il potere decisionale risulta, invece, concentrato nelle mani della burocrazia, ond'è che la neutralità politica non sarebbe sufficiente ad assicurare l'imparzialità della funzione, dovendosi tener conto anche del fenomeno della c.d. politicità indotta, ascrivibile agli strumenti di condizionamento che l'organo politico può porre in essere.

Questa condizione di maggiore sensibilità della posizione del funzionario reclamerebbe l'adozione di livelli di protezione maggiore, intesi ad assicurare una posizione di vera e propria indipendenza del funzionario nei riguardi di qualsivoglia interesse alieno rispetto a quello previamente, e legittimamente, individuato nell'atto di indirizzo²¹².

Il *surplus* di tutela necessario ad assicurare l'indipendenza del funzionario nell'esercizio della potestà decisoria imporrebbe, pertanto, l'adozione di specifiche cautele sul piano della concreta regolamentazione così del rapporto di servizio come del rapporto organico.

²¹¹ B.PONTI, *Indipendenza del dirigente e funzione amministrativa*, op.cit., p. 166.

²¹² B.PONTI, *Indipendenza del dirigente e funzione amministrativa*, ibidem.

Portando ad ulteriore sviluppo le attente considerazioni svolte da questa Dottrina, pare possibile intanto constatare come, al fine di assicurare l'agire imparziale dell'amministrazione, forme di differenziazione funzionale siano in definitiva, ed a ben vedere, variamente previste anche nel modello gerarchico²¹³.

Anche in questo modello sono in realtà considerate come indispensabili alcune riserve di funzioni a vantaggio della burocrazia, specie con riferimento allo svolgimento dell'attività istruttoria, ove il contributo di carattere tecnico e non politico viene giudicato come indispensabile onde far emergere la verità e la giustizia nella ricostruzione dei presupposti di fatto delle determinazioni discrezionali²¹⁴.

A ciò si aggiunga che usualmente il modello gerarchico quasi mai si presenta in forme pure, essendo una quota di attività amministrativa demandata pur sempre alla burocrazia e non all'organo politico²¹⁵.

Al di là di queste osservazioni, e volendo riprendere il discorso relativo alla esposizione ed alla disamina della dottrina della "distinzione presa sul serio", non pare dubbio che l'elemento qualificante di questa rigorosa rappresentazione del modello di distinzione sia da ravvisare nello spazio di libertà riconosciuto in capo all'organo decisore, siccome ritenuto necessario ad assicurare il buon funzionamento del modello.

In altri termini, il nucleo centrale attorno al quale muovono le riflessioni di questa Dottrina appare sintetizzabile nella seguente conclusione: o il modello della distinzione viene strutturalmente ricostruito attorno all'indipendenza del funzionario, onde consentire all'indirizzo politico legittimamente individuato in previi atti formali di tradursi in amministrazione concreta, o il modello di distinzione semplicemente non è.

²¹³ U.ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, op.cit., p. 306;

²¹⁴ U.ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, ibidem; G.MARONGIU, *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione (1969)*, op.cit., 241.

²¹⁵ L.ELIA, *Problemi costituzionali dell'amministrazione centrale*, Giuffrè, 1966, p. 4 di recente per il caso inglese F.MERLONI, all'interno del modello della responsabilità ministeriale che ancora resisterebbe all'interno dei dipartimenti ministeriale,; ma vedi di recente anche il britannico

Una diversa ricostruzione del modello di distinzione, che aprisse cioè il varco verso rapporti interorganici caratterizzati non già da relazioni formali bensì da fiduciarità o, peggio, da consentaneità politica, sarebbe costituzionalmente non predicabile, giacché aprirebbe i cancelli alla politicità indotta, lesiva del principio di imparzialità dell'amministrazione²¹⁶.

Senonché, il riconoscimento di un certo margine di libertà in capo al funzionario o, che è la stessa cosa, la creazione di una condizione organizzativa di indipendenza del funzionario, necessaria ad impedire che la scelta discrezionale sia perturbata da interessi estranei rispetto a quelli legittimamente individuati nell'atto di indirizzo, postula, come si diceva, che la disciplina positiva sia capace di infrenare i tentativi dell'organo politico di intromettersi nella gestione.

Da qui l'elencazione di una serie di misure, a carattere organizzatorio e normativo, idonee a consolidare il diaframma tra indirizzo e gestione, onde impedire deleterie forme di sovrapposizione dell'organo politico rispetto agli organi della gestione.

In primo luogo, viene considerato necessario ed auspicabile che il contenuto dell'atto di indirizzo sia non solo non eccessivamente prescrittivo, onde evitare di consumare il margine di discrezionalità nell'adozione della decisione, ma sia anche non vincolante nei riguardi della dirigenza, onde permettere a questo di conservare un certo margine di libertà, anche eventualmente disattendendo – motivatamente – l'atto di indirizzo, ove ciò si renda necessario in vista del migliore conseguimento degli obiettivi di fondo dell'amministrazione²¹⁷.

Non solo.

Se la distinzione tra politica ed amministrazione – si afferma – costituisce diretta ed immediata applicazione del principio di imparzialità, occorre impedire il rischio di un suo sostanziale aggiramento.

²¹⁶ Su cui molto chiaramente C.PINELLI, *Commento sub. Art. 97 Cost.*, in *Commentario alla costituzione*, in Scialoia-Branca, Zanichelli-II foro italiano, p. 94.

²¹⁷ B.PONTI, *Indipendenza del dirigente e funzione amministrativa*, op.cit., p. 244.

Detto diversamente occorrerebbe evitare che improprie forme di condizionamento della dirigenza consentano agli organi politici, bensì espressione di legittimazione democratica ma anche più esposti alle logiche clientelari e corruttive, di aggirare il principio di distinzione e con essa, dunque, la riserva di competenze, compromettendo l'imparzialità dell'amministrazione²¹⁸.

Da qui la necessità, auspicata da questa dottrina, che la disciplina positiva sullo statuto della dirigenza e, più in particolare, sul rapporto di servizio della dirigenza sia disegnata in forme coerenti rispetto al principio di distinzione, in primo luogo depurando dall'elemento della "fiducia" la disciplina degli incarichi dirigenziali, nelle sue diverse fasi del conferimento, della conferma e del rinnovo²¹⁹.

La fiduciarità degli incarichi, se trascina con sé il flusso della legittimazione democratica dall'organo politico in direzione dell'organo munito di legittimazione solo tecnica²²⁰, rischia anche di attivare improprie forme di condizionamento politico, suscettibili di piegare l'esercizio della funzione pubblica alla faziosità politica ed alle logiche clientelari²²¹.

²¹⁸ F.MERLONI, *Lo spoils system è inapplicabile alla dirigenza professionale: dalla Corte nuovi passi nella giusta direzione* Commento alle sentenze n. 103 e 104 del 2007, in *Le Regioni*, 2007, 5, p. 836.

²¹⁹ In questo senso, le proposte di rivisitazione della disciplina paiono convergere pienamente nelle più recenti ricostruzioni. In merito soprattutto B.PONTI, *Indipendenza del dirigente e funzione amministrativa*, Maggioli Editore, 2012, p. 158 e seg.ti. e S.BATTINI, *Il principio di separazione tra politica ed amministrazione*, in *Riv.Trim.Dir.Pubbl.*, 2012, 1, p. 39.

²²⁰ In questo senso, le ricostruzioni di tempo in tempo riproposte da V.BACHELET, *Responsabilità del ministro e competenza esterna degli uffici direttivi dei ministeri*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, CEDAM, Padova, 1975, p. 591 e poi da L.CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, CEDAM, Padova, 1974, p. 25 tema G.GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, passim.

²²¹ Il condizionamento – si afferma – sarebbe basato sul meccanismo di adesione v. su queste problematiche B.PONTI, *Indipendenza del dirigente e funzione amministrativa*, op.cit., p. 279. Ma si veda anche S.BATTINI, *Il principio di separazione tra politica ed amministrazione*, in *Riv.Trim.Dir.Pubbl.*, 2012, 1, p. 39, secondo cui "Il cuore del tradimento legislativo del modello di separazione autentica fra politica e amministrazione è rappresentato, dunque, dall'instaurazione di una relazione strutturale

Tuttavia, neppure questo più rigoroso orientamento nega l'esistenza di un'area della fiduciarità, specie con riferimento alle posizioni a più stretto contatto con la politica, giudicate a stregua di vero e proprio snodo rispetto tra l'organo di vertice e la burocrazia.

Senonché, per un verso, si auspica una delimitazione di quest'area, onde impedire che la stessa valichi la misura giudicata compatibile con l'imparzialità dell'amministrazione²²².

Soprattutto, in ossequio alle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza costituzionale²²³, si sostiene che il principio di distinzione tra politica ed amministrazione esiga di espungere dall'area della fiduciarità proprio i dirigenti impegnati nell'esercizio concreto del potere, ond'è che non già il carattere apicale della posizione dirigenziale bensì la natura della funzione esercitata dovrebbe costituire criterio discretivo onde delimitare l'area della dirigenza fiduciaria²²⁴.

fiduciaria fra tali due componenti. E tale relazione fiduciaria si manifesta, nella sua forma più evidente, nei meccanismi di c.d. spoils system, che il legislatore, statale e regionale, ha applicato agli incarichi dirigenziali”.

²²² G.D'ALESSIO, *Politica e amministrazione tra norme e realtà; L'amministrazione sta cambiando. Una verifica dell'effettività dell'innovazione della pubblica amministrazione*, Giuffrè, 2007, p. 47; F.MERLONI, *Distinzione tra politica e amministrazione e spoils system*, in *L'amministrazione sta cambiando*, op.cit., p. 47.

²²³ Il riferimento è alle note pronunce Corte cost., 23 marzo 2007, n. 103, in Foro it. 2007, 6, I, 1631; Corte cost., 23 marzo 2007, n. 104, in Giur. cost. 2007, 2. Sul tema ampiamente F.MERLONI, *Lo spoils system è inapplicabile alla dirigenza professionale: dalla Corte nuovi passi nella giusta direzione* *Commento alle sentenze n. 103 e 104 del 2007*, in *Le Regioni*, 2007, 5, p. 836.

²²⁴ Esplicitamente B.PONTI, *Indipendenza del dirigente e funzione amministrativa*, op.cit., specie p. 278. Secondo l'Autore dove sia esclusa, come nel caso degli incarichi dei dirigenti incaricati dell'attuazione dell'indirizzo politico, la revoca immotivata dell'incarico là deve essere del pari esclusa la spettanza di uno spazio di scelta totalmente libero, intuitu personae. Ma vedi pure S.BATTINI, *Il principio di separazione tra politica ed amministrazione*, in *Riv.Trim.Dir Pubbl.*, 2012, 1, p. 39 che espunge la fiduciarità dalla disciplina degli incarichi conferiti ai dirigenti incaricati dell'attuazione dell'indirizzo politico, richiamando tra l'altro la motivazione della sentenza n. 34 del 2010, ove la Corte ha basato “la dichiarazione di illegittimità dello spoils system, oltre che sul criterio della apicalità organizzativa dell'ufficio dirigenziale interessato, che pure viene ribadito, anche su quello della natura delle funzioni

Detto diversamente, lo svolgimento di funzioni di gestione precluderebbe, perciò solo, la possibilità di una nomina di matrice fiduciaria: sarebbe il principio di imparzialità, inteso a stregua di neutralità politica²²⁵ (giurisprudenza) o di indipendenza²²⁶ ad opporsi alla fiduciarità negli incarichi, vista quale vettore di politicizzazione della burocrazia e degli apparati.

La fiduciarità dovrebbe, del pari, essere bandita anche nelle determinazioni relative alle procedure di rinnovo dell'incarico, che – a ben vedere – partecipano della stessa natura dell'atto di conferimento, distinguendosi da questo non già sotto il profilo concettuale bensì soltanto sotto il profilo fattuale e cronologico²²⁷. Sennonché, l'eliminazione della fiducia dalle regole di governo degli incarichi dirigenziali non sarebbe di per sé bastevole ad assicurare una nitida applicazione del principio di distinzione, giacché anche nella diversa prospettiva del conferimento dell'incarico direttivo secondo criteri predeterminati e trasparenti rimarrebbe non di meno ferma la possibilità degli organi di vertice di interferire nella gestione, valendosi della intermediazione della dirigenza fiduciarmente nominata, vale a dire degli organi

attribuite a tale ufficio. Anzi, nell'economia della motivazione della sentenza, il criterio funzionale è più importante del primo: lo spoils system è illegittimo quando riferito a dirigenti che «non collaborano direttamente al processo di formazione dell'indirizzo politico, ma ne devono garantire l'attuazione». Per lo svolgimento delle funzioni di attuazione dell'indirizzo politico, secondo la Corte, non è «necessaria, da parte del funzionario, la condivisione degli orientamenti politici della persona fisica che riveste la carica politica [... ma] si richiede, [...] il rispetto del dovere di neutralità, che impone al funzionario, a prescindere dalle proprie personali convinzioni, la corretta e leale esecuzione delle direttive che provengono dall'organo politico, quale che sia il titolare pro tempore di quest'ultimo»; sarebbe invece in contrasto con il principio di imparzialità affidare le «funzioni di esecuzione dell'indirizzo politico», anziché a «funzionari neutrali tenuti ad agire al servizio esclusivo della Nazione» a «soggetti cui si richiede una specifica appartenenza politica, ovvero un rapporto personale di consentaneità con il titolare dell'organo politico»».

²²⁵ Preferisce parlare di indipendenza, in luogo della neutralità, del funzionario B.PONTI, *Indipendenza del dirigente e funzione amministrativa*, op.cit., specie p. 286.

²²⁷ B.PONTI, *Indipendenza del dirigente e funzione amministrativa*, op.cit., specie p. 286.

amministrativi di vertice dell'amministrazione: si tratta delle figure di snodo tra politica ed amministrazione, identificate nel nostro ordinamento nei ruoli di Capi di Dipartimento e Segretari generali²²⁸.

Se è vero che la figura amministrativa di vertice è stata sovente considerata, tanto in dottrina quanto nella giurisprudenza costituzionale, quale strumento indispensabile per assicurare la necessaria compattezza dell'amministrazione, donde il suo posizionamento nell'alveo della fiduciarità²²⁹, è anche vero la stessa si muove sul doppio versante del supporto tecnico-manageriale all'organo politico nella migliore definizione degli atti di indirizzo e del coordinamento dell'azione amministrativa dei dirigenti, pur senza intromettersi nella loro gestione, a crinale tra la politica e l'amministrazione²³⁰.

Il pericolo è facilmente intuibile.

Il rischio che si paventa è che questa figura finisca per inserirsi nel rapporto politico-amministrazione al fine di assicurare all'organo politico il recupero delle funzioni di gestione, vuoi mediante il diretto esercizio di poteri a rilevanza esterna, vuoi tramite l'utilizzazione di forti poteri di gerarchia e comando sulla dirigenza mediana vuoi, infine, tramite l'esercizio di più flebili, ma non per questo meno importanti, poteri di nomina e di valutazione della dirigenza degli uffici²³¹.

²²⁸ Ancora B.PONTI, *Indipendenza del dirigente e funzione amministrativa*, op.cit., specie p. 2867; ma ancor prima F.MERLONI, *L'amministrazione sta cambiando. Una verifica dell'effettività dell'innovazione nella pubblica amministrazione*, Giuffrè, 2007, specie p. 51 e segg.ti.

²²⁹ In giurisprudenza Corte cost., 24 marzo 1988, n. 331, in Giust. Civ. 1981, I, 18. In dottrina v. L.CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, CEDAM, Padova, 1974, p. 25; G.GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, passim.

²³⁰ F.MERLONI, *L'amministrazione sta cambiando. Una verifica dell'effettività dell'innovazione nella pubblica amministrazione*, Giuffrè, 2007, specie p. 51 e segg.ti.

²³¹ Ci paiono sul punto sostanzialmente convergenti le analisi ed i rimedi in F.MERLONI, *L'amministrazione sta cambiando. Una verifica dell'effettività dell'innovazione nella pubblica amministrazione*, Giuffrè, 2007, specie p. 51 e segg.ti.; S.BATTINI, *Il principio di separazione tra politica ed amministrazione*,

Dunque, anche per le figure amministrative di vertice, la proposta è di limitarne le funzioni all'attività di mero coordinamento, escludendo sia la possibilità di esercizio di poteri esterni diretti, sia inibendo o affievolendo l'esercizio di pregnanti poteri di gerarchia nei riguardi della dirigenza degli uffici²³².

In definitiva, all'esito di un ventennio di riforme prendono nuovamente il sopravvento le idee separatiste: torna, cioè, nuovamente in auge l'idea della separazione strutturale fra politica e amministrazione, con una chiara e netta distinzione tra «funzionari politici, addetti agli *uffici di staff*, *unicamente preposti alla elaborazione dell'indirizzo politico* e che non possono poi anche partecipare all'esercizio di funzioni di amministrazione, e funzionari amministrativi, scelti secondo criteri imparziali, di matrice concorsuale, addetti unicamente alla conduzione degli uffici operativi ed all'attività di gestione²³³.

in *Riv.Trim.Dir.Pubbl.*, 2012, 1, p. 39;.B.PONTI, *Indipendenza del dirigente e funzione amministrativa*, Maggioli Editore, 2012, p. 158 e seg.ti..

²³² S.BATTINI, *Il principio di separazione tra politica ed amministrazione*, in *Riv.Trim.Dir.Pubbl.*, 2012, 1, p. 39;.B.PONTI, *Indipendenza del dirigente e funzione amministrativa*, Maggioli Editore, 2012, p. 158 e seg.ti.

²³³ Di separazione strutturale parla del resto espressamente S.BATTINI, *Il principio di separazione tra politica ed amministrazione*, *op.cit.* p. 39;

CAPITOLO III

INDIRIZZO POLITICO AMMINISTRATIVO E DISCIPLINA DELLA DIRIGENZA PUBBLICA

SEZIONE I

LA DISCIPLINA DEL RAPPORTO DI LAVORO DIRIGENZIALE

Sommario: 1. *Il superamento del modello gerarchico e suoi effetti sul terreno delle garanzie dell'alta burocrazia*; 2. *Alle origini della dissociazione tra rapporto di servizio e rapporto organico*; 3. *La dissociazione tra rapporto di servizio e rapporto organico quale corollario del principio di temporaneità degli incarichi e strumento di riequilibrio tra politica ed amministrazione*; 4. *Il rapporto c.d. organico ed il sistema degli incarichi nella evoluzione normativa e giurisprudenziale.*

1. *Il superamento del modello di gerarchia ed suoi effetti sul terreno delle garanzie dell'alta burocrazia*

È emerso più volte nel corso della trattazione come nell'ambito del tradizionale modello gerarchico le garanzie di stabilità della burocrazia costituissero strumenti necessari ad assicurare l'imparzialità/legalità nell'amministrazione, agendo da antidoto verso l'opposto principio della gerarchia ministeriale, concepita a guisa di vettore del flusso democratico.

L'obbiettivo era quello di infrenare la politicità insita nella discrezionalità, onde impedire che la stessa potesse trasmodare in decisioni connotate da faziosità partitica.

In quel sistema di equilibri complessivi i principi, rispettivamente, di imparzialità e di democraticità trovavano una peculiare sintesi nell'equilibrio tra la stabilità della

burocrazia/dirigenza e l'istituto della responsabilità ministeriale (ed il suo corollario del potere gerarchico).

Più volte si è posto in rilievo come nella concezione tradizionale, le garanzie relative al rapporto di servizio dei funzionari pubblici venissero riguardate in senso oppositivo, cioè a dire come forza di resistenza nei riguardi dell'indirizzo politico deviante dalla imparzialità/legalità²³⁴.

Era, pertanto, inevitabile che al cambiamento del paradigma di riferimento, mercè il superamento del principio della gerarchia ministeriale, si accompagnasse anche una rimeditazione non solo dello statuto pubblicistico dei funzionari, ma anche naturalmente della stessa disciplina positiva della burocrazia, a partire dal tradizionale e risalente principio/baulardo dell'imparzialità costituito dalla stabilità del funzionario.

Una diversa scelta, intesa a preservare le tradizionali garanzie di stabilità del funzionario, pur in un contesto organizzativo e normativo radicalmente mutato, avrebbe elevato la relazione di *status* dominata dal potere di supremazia speciale da strumento di bilanciamento e garanzia verso la pretesa applicazione di un indirizzo politico amministrativo deviante dalla legalità, ad un ruolo, assai diverso, di vero e proprio freno verso la trasmissione del flusso democratico dal vertice politico verso l'amministrazione.

Ciò considerato in ordine ai delicati equilibri sottesi all'accoglimento del principio di stabilità della burocrazia, appare ora possibile comprendere, con più consapevolezza d'analisi, anche i diversi sommovimenti intervenuti nell'ambito del rapporto di impiego dell'alta burocrazia negli ultimi decenni.

L'attenuazione progressiva del principio di gerarchia, sino al suo totale superamento nelle riforme degli anni Novanta, per effetto dell'introduzione del principio di distinzione tra politica e burocrazia, ha nel tempo imposto anche una riponderazione del rapporto di impiego dei pubblici dipendenti in generale, e dei

²³⁴ In questo senso L.CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, CEDAM, Padova, 1974, p. 119; E.PRESUTTI, *Lo Stato parlamentare ed i suoi impiegati amministrativi*, Napoli, Libreria editrice internazionale, 1899, p. 148; J.FIALAIRE, *Fonction publique et finalités de l'Etat*, in *Le statut général des fonctionnaires: trente ans, et après?*, Dalloz, 2014, p.

dirigenti in particolare, sul duplice versante, in parte diffusamente già considerato seppure in modo sparso e frammentario, del regime giuridico del rapporto di impiego e delle garanzie di stabilità dei funzionari.

I due diversi profili testé considerati paiono, peraltro, tra loro avvinti da un nesso assai stretto, stante il radicato quanto diffuso convincimento della maggiore capacità protettiva offerta dal diritto pubblico.

Quella della maggiore profondità del controllo sull'eccesso di potere costituisce del resto idea, il cui fondamento è stato bensì scalfito (ma non senza contestazioni²³⁵) dalla dottrina più recente²³⁶, ma che ancora a fine Ottocento risultava assai radicata, tanto che la maggiore idoneità del diritto pubblico ad assicurare la protezione dei pubblici funzionari fu alla base delle ragioni storiche che sospinsero i diversi ordinamenti europei a ricondurre il rapporto di impiego dei pubblici funzionari sul terreno del diritto speciale²³⁷.

Si comprende, a questo punto, perché il fenomeno di privatizzazione dei rapporti di impiego e, almeno in parte, anche del potere organizzativo degli uffici, realizzato dalle riforme degli

²³⁵ M.MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Editoriale scientifica, Napoli, 2008.

²³⁶ Verso il progressivo superamento dell'eccesso di potere quale strumento di controllo della discrezionalità a vantaggio del controllo secondo buona fede, da affidare preferibilmente al sindacato del giudice ordinario, con superamento della tradizionale specialità amministrativa v. A.ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa (Sonntagsgedanken)*, Giuffrè, Milano, 2005. C.CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela, Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Giuffrè Editore, 2008.

²³⁷ La dottrina dell'epoca era ben conscia del fatto che in alcuni ordinamenti tali esigenze venivano soddisfatte individuando ogni garanzia nel diritto comune dei contratti. Ma la gran parte dei Paesi – si faceva già allora osservare – avevano preferito edificare le c.d. guarentigie del funzionario ricorrendo al diritto speciale, rifuggendo, dunque, dagli schemi del diritto privato, di impronta fiduciaria, fino ad allora dominanti: per tutti E.PRESUTTI, *Lo Stato parlamentare ed i suoi impiegati amministrativi*, 1900, p. 26 e segg.ti nonché H.NEZARD, *Éléments de droit public à l'usage des étudiants en droit (capacité)*, 1911, p. 104-107.

anni Novanta abbia storicamente assunto un significato del tutto peculiare per i dipendenti muniti di qualifica dirigenziale.

Qui si trattava non solo o non tanto di assicurare la necessaria flessibilità funzionale all'efficienza degli apparati, esigenza questa avvertita nella disciplina dell'organizzazione e del personale in genere²³⁸, ma di riassetare gli equilibri tra politica ed amministrazione, rendendo più fluidi i meccanismi di raccordo tra l'una e l'altra, onde propiziare in tal modo la trasmissione del flusso democratico dagli organi muniti di legittimazione elettorale verso l'amministrazione.

Ciò considerato, una ordinata esposizione del tema impone, dunque, di esaminare, in primo luogo, la duplice dimensione nella quale l'innovazione ha preso progressivamente il sopravvento, specie all'indomani della seconda privatizzazione del biennio 1997/1998 in tema di rapporto di impiego della dirigenza pubblica.

Si intende alludere, per un verso, alla privatizzazione del rapporto di servizio e, per altro verso, alla più netta emersione, sul terreno del diritto positivo, del rapporto c.d. organico, destinato ad acquisire una autonoma considerazione per effetto della introduzione del principio di temporaneità dell'incarico di funzione dirigenziale.

2. Alle origini della dissociazione tra rapporto di servizio e rapporto organico

Mentre il principio di distinzione emergeva progressivamente sul terreno del diritto positivo, sia pure assumendo di volta in volta vesti differenti in concomitanza con le diverse riforme e svolte giurisprudenziali succedutesi negli ultimi vent'anni²³⁹, prendeva corpo una distinzione centrale nella ricostruzione del rapporto di lavoro dirigenziale: s'intende alludere alla distinzione tra rapporto di servizio, identificato nel rapporto di lavoro subordinato (contratto c.d. base), oramai pienamente attratto nel

²³⁸ Per una disamina più approfondita di questi temi v. in particolare cap. II, § 5.

²³⁹ In particolare Cap. III, par.

diritto comune, ed il rapporto c.d. organico (incarico dirigenziale), riferito all'incardinamento nell'ufficio, dalla natura invece assai più controversa ed incerta, siccome strettamente correlato alle funzioni dirigenziali e, dunque, anche ai doveri (di matrice pubblicistica) da queste derivanti.

Più in particolare, la dissociazione anch formale del rapporto organico rispetto al rapporto di servizio fu reso possibile dalla generalizzazione, con l'avvento del d.lgs n. 80/1998, del principio della temporaneità degli incarichi.

Per il vero già in epoca precedent, la disciplina degli incarichi dirigenziali dell'area contrattualizzata, riferita a quel tempo ai soli dirigenti non generali, era caratterizzata dal principio di temporaneità, per effetto delle scelte realizzate dalla disciplina introdotta dai contratti collettivi²⁴⁰.

Le novità introdotte dal d.lgs n. 80/1998 sul testo dell'art. 19 d.lgs n. 29/1993 si sostanziarono allora in questo che la dissociazione tra contratto di lavoro c.d. base ed incarico a termine, da opzione limitata ad una quota soltanto della dirigenza, diveniva con la privatizzazione dell'alta dirigenza una caratteristica necessaria del rapporto di impiego dei dirigenti generali, per i quali pure oramai si imponeva la regola necessitata della temporaneità degli incarichi di funzione dirigenziale.

In altri termini, l'estensione della contrattualizzazione alla dirigenza generale venne a trascinare con con sé anche il principio di temporaneità degli incarichi dirigenziale, costringendo in tal modo all'emersione di una disciplina del rapporto organico differenziata rispetto alla disciplina del rapporto c.d. base.

Se la distinzione tra rapporto di servizio e rapporto organico emerse in tutta la sua evidenza sul piano del diritto positivo solo nel corso degli anni Novanta, in concomitanza con la prepotente affermazione della regola della temporaneità degli incarichi di funzione dirigenziale, a sua volta corollario dell'affermazione del principio della distinzione funzionale, è vero invece che la dicotomia costituisce, sul piano dogmatico, una delle più risalenti acquisizioni ed elaborazioni della dottrina pubblicistica germanica

²⁴⁰ G.D'ALESSIO, *La nuova dirigenza pubblica*, Philos, 1999, p. 210.

(LABAND e JELLINEK)²⁴¹, ove si ritrova associata alla teorizzazione del c.d. contratto di servizio, inteso a stregua di un *tertium genus* di rapporti di impiego, collocato a metà strada tra quelli contrattuali, appartenenti al diritto comune, e quelli coattivi, propri soprattutto delle carriere militari.

Più esattamente risale al LABAND l'idea che il rapporto di impiego del funzionario nasca da convenzione e, dunque, da un atto di libera e volontaria adesione, ma si sviluppi a stregua di "*rapport de puissance*"²⁴².

Alla teorizzazione del contratto di servizio LABAND perveniva partendo dalla disamina del rapporto tra funzionario e funzioni.

E' funzionario, rammentava LABAND, chi viene istituzionalmente chiamato a riempire la funzione: in tedesco "*Beamter*" viene, in effetti, da "*Amt*" che significa "*ufficio, servizio o funzione*", sì che *Beamter* è colui cioè che svolge la funzione, riempiendola.

Dunque, la designazione del funzionario suppone, in linea generale, una funzione da riempire.

Senonché - faceva osservare LABAND - non sempre l'assegnazione degli affari avviene in uno coll'atto di nomina, sì che può accadere che il funzionario permanga, per qualche tempo, senza funzioni.

Proprio dalla peculiarità della condizione del funzionario senza funzioni l'Autore deduceva la necessità di scorporare dal rapporto organico, derivante dall'incardinamento nell'ufficio, un rapporto preliminare e diverso, denominato di servizio, mercé il quale il funzionario consegue la qualifica e si impegna a riempire la funzione nell'interesse generale della collettività²⁴³.

Tale rapporto (di servizio) si costituirebbe, secondo LABAND, mercé la stipula di un contratto di servizio²⁴⁴, che avrebbe, dunque, il limitato scopo di consentire al funzionario di entrare in servizio.

Il tema del negozio di diritto pubblico venne ulteriormente affinato da GEORG JELLINEK, ove si ritrova l'impiego della

²⁴¹ P.LABAND, *Le droit public de l'Empire allemand*, Tome II, V.Giard & E.Briere, 1901, p. 100 e segg.ti.

²⁴² P.LABAND, *Le droit public de l'Empire allemand*, op.cit., p. 100 e segg.ti.

²⁴³ P.LABAND, *Le droit public de l'Empire allemand*, op.cit., p. 104.

²⁴⁴ P.LABAND, *Le droit public de l'Empire allemand*, op.cit., p. 102.

definizione, particolarmente efficace, di contratto di sottomissione.

La definizione appare quanto mai felice, siccome capace di esprimere in modo assai mimetico la reale natura giuridica del negozio di diritto pubblico²⁴⁵: in virtù di tale contratto, colui il quale deve essere assunto al servizio dello Stato in effetti viene a sottomettersi in qualche modo ad una più lata potestà da parte dello Stato stesso.

Riprendendo le conclusioni cui già era giunto il suo predecessore, JELLINEK ritiene che nel rapporto di pubblico ufficio siano da distinguere due vicende completamente separate, sebbene non prive di interferenze e sovrapposizioni: da un lato, la creazione del rapporto di pubblico servizio e dall'altra il conferimento dell'ufficio al pubblico funzionario.

Di realmente nuovo rispetto alle dottrine precedenti si ritrova nella ricostruzione di JELLINEK il tentativo di esaminare questa duplicità di rapporti sotto l'angolo visuale delle posizioni soggettive radicate nella sfera giuridica del funzionario, alla luce della teoria, ascrivibile al medesimo Autore tedesco, dei diritti pubblici soggettivi.

A tale stregua, il conferimento dell'ufficio costituirebbe atto unilaterale di sovranità dello Stato, produttivo di soli doveri e solo indirettamente in grado di costituire presupposto per l'acquisto di diritti da parte dell'impiegato.

Il contratto di pubblico servizio attribuirebbe, invece, all'individuo-cittadino una più elevata qualificazione passiva, ciò che farebbe di lui un possibile oggetto di atti della volontà dello Stato, di poteri di supremazia perciò in qualche modo "speciali".

Dunque, dal lato attivo, il contratto di servizio radica nell'individuo il diritto ad essere riconosciuto come tale dallo Stato: è la pretesa al riconoscimento della qualifica di impiegato, da tenersi distinta rispetto alla pretesa all'ufficio²⁴⁶.

Ciò considerato sulle dottrine di LABAND e JELLINEK, e volendo ora offrire una valutazione di sintesi, ci pare di poter affermare

²⁴⁵ G.JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, traduzione italiana di G.Vitagliano, Società editrice libraria, Milano, 1912, p. 197 e segg.ti.

²⁴⁶ G.JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, op.cit., p. 197 e segg.ti.

che le dottrine germaniche sul negozio pubblico costituiscono il tentativo di tradurre in termini giuridicamente più onesti gli ineliminabili tratti consensualistici presenti nella vicenda costitutiva del rapporto di impiego, senza tuttavia revocare in dubbio la fonte legale e non contrattuale dei doveri incombenti sui funzionari.

Il successo delle dottrine sul negozio di diritto pubblico fu, tuttavia, davvero effimero, ad onta del seguito, non marginale, di cui le stesse godettero, anche in seno alla dottrina italiana²⁴⁷.

Nonostante il loro rapido declino, la creazione dogmatica più convincente, quella relativa proprio alla dissociazione tra rapporto di servizio e il rapporto organico, verrà tramandata da tutta la scienza pubblicistica successiva, anche nell'ambito di ricostruzioni giuridiche del rapporto di impiego pubblico tutt'affatto differenti.

Emblematica di questa forza di resistenza è l'accoglimento di quella distinzione da parte di MAYER, che certamente fu uno dei più accesi critici delle teorie del negozio del diritto pubblico ed uno dei fautori più convinti del carattere unilaterale ed autoritativo dell'agire della pubblica amministrazione²⁴⁸.

²⁴⁷ Il riferimento è alle ricostruzioni di BARASSI E MEUCCI.

²⁴⁸ O.MAYER, *Le droit administratif allemand* (Ed. française par l'auteur), V.Giard&Brière, Paris, IV, 1906, p. 44 e seg.ti. Secondo questo Autore solo per il funzionario professionale sarebbe possibile individuare due diversi atti: il primo di nomina, relativo all'accesso nella qualifica, ed il secondo di *délation de la fonction*, mercé il quale il dovere di servizio si converte in un dovere più pronunciato, ricollegabile all'esercizio della funzione. Questa sfasatura tra l'obbligazione di servire e quella inerente più direttamente alla funzione non ricorrerebbe, invece, nel caso dei funzionari onorari, ove tra i due doveri esisterebbe, *ab origine*, perfetta coincidenza. Dunque solo nel primo caso e non anche nel secondo, il reclutamento al servizio dello Stato implicherebbe la costituzione di un rapporto preliminare, produttivo dell'obbligo di servire secondo il diritto pubblico disgiunto da quello di riempire la funzione. In ogni caso, tanto il reclutamento quanto l'assegnazione delle funzioni avverrebbe tramite atto unilaterale dell'amministrazione, espressione di disegualità giuridica, stante la posizione di supremazia speciale dell'amministrazione. Ciò non esclude, secondo MAYER, che anche gli enti pubblici possano procurarsi dei lavoratori valendosi del diritto comune, per mezzo del contratto d'opera, ma questa diversa strada andrebbe contenuta – secondo l'Autore - alle qualifiche subalterne, apparendo di contro preclusa quante volte venga in questione

Il richiamo a questo ricchissimo retroterra dogmatico presenta indubbi profili di interesse.

Non si crede, infatti, di errare affermando che a questa tradizione abbia inevitabilmente guardato lo stesso Legislatore là dove ha creato, sul terreno del diritto positivo, uno iato tra procedimenti finalizzati all'acquisizione della qualifica dirigenziale (tanto che si è parlato in proposito di vero e proprio status derivante da contratto) e funzioni dirigenziali, concretamente disimpegnate sulla scorta di specifici atti di incarichi.

Non solo.

Gli echi di queste risalenti dottrine si ritrovano sovente riflesse nelle osservazioni svolte dalle dottrine più recenti attorno al nodo problematico, mai completamente superato neppure per effetto delle diverse stagioni di privatizzazione, della natura giuridica degli atti relativi alla gestione del rapporto organico.

3. *La dissociazione tra rapporto di servizio e rapporto organico quale corollario del principio di temporaneità*

l'esercizio della *puissance publique*. Pur nella loro diversità di impostazione, le diverse dottrine germaniche avevano questo in comune di far conseguire all'immembramento nell'organizzazione la nascita di un rapporto di servizio, costruito indipendentemente dall'esercizio dell'ufficio, siccome inteso come rapporto di soggezione al potere di supremazia speciale. Entro l'organizzazione, il cittadino veniva spogliato delle sue garanzie e posto in uno stato nel quale le normali garanzie previste dall'ordinamento generale venivano sostanzialmente sospese. In questa prospettiva, l'esercizio da parte della p.a. di poteri di supremazia speciale, conseguente all'inserimento nell'organizzazione, veniva giustificata proprio in ragione dell'acquisizione da parte del cittadino-individuo di una più elevata qualificazione passiva, ciò che lo esponeva all'esercizio dei poteri sovrani dello Stato, in un regime sostanzialmente derogatorio rispetto a quello dell'ordinamento generale.

Nelle scuole tedesche è dunque il profilo soggettivo, vale a dire la condizione di cittadino speciale, a giustificare l'esercizio di poteri di supremazia, definiti anch'essi speciali siccome assoggettati a principii se non proprio opposti (basti pensare al principio di legalità) comunque diversi da quelli relativi ai poteri esercitati dalla p.a. verso i terzi (G.MARONGIU, *L'ufficio come professione. Saggio sul rapporto di impiego con lo Stato*, in *Democrazia come problema*, Il Mulino, pp. 84 e segg.ti; F.MERUSI, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Milano, 1965, pp. 139-140; A.M.OFFIDANI, *Studi sull'ordinamento giuridico speciale. Il concetto della supremazia speciale nella evoluzione della dottrina*, Giapichelli, Torino, 1962).

degli incarichi e strumento di riequilibrio tra politica ed amministrazione

Prima, tuttavia, di passare ad esaminare con più profondità d'analisi i tratti qualificanti della disciplina degli incarichi dirigenziali, preme sottolineare sin da subito come l'intento perseguito dal Legislatore, tramite la creazione di una più netta cesura tra rapporto organico e rapporto di servizio, fosse di superare il tradizionale principio di stabilità della burocrazia, da sempre riguardato come baluardo della imparzialità, onde assicurare un riequilibrio del sistema complessivo, alterato evidentemente dalla nuova dislocazione del potere discrezionale all'interno dell'organizzazione.

In particolare, la riflessione deve necessariamente muovere, ancora una volta, proprio dalla ridefinizione dei rapporti tra politica e burocrazia, mercé l'attribuzione in capo alla prima di meri poteri di indirizzo generale e controllo, imponeva un riequilibrio di sistema²⁴⁹, tramite l'introduzione del principio di temporaneità degli incarichi e, soprattutto, tramite l'applicazione del principio di fiduciarità²⁵⁰.

Da qui, dunque, l'idea, pienamente accolta dalla c.d. riforma Bassanini di distinguere, con maggiore nettezza, tra l'acquisto della qualifica dirigenziale, conseguente alla stipula di un contratto di lavoro a tempo indeterminato, ed il successivo conferimento delle funzioni dirigenziali, consequenziali al conferimento di apposito incarico a termine²⁵¹.

²⁴⁹ Accanto alle considerazioni già in precedenza rammentate ascrivibili a L.Carlassare; V.Bachelet, con riferimento alla disciplina introdotta dalla riforma Bassanini si vedano le osservazioni di G.Gardini nonché C.D'ORTA, *La seconda fase di riforma della dirigenza pubblica: verso la fine del guado cercando i evitare gli scogli*, in *Lavoro nelle p.a.*, fasc.2, 1998, pag. 347.

²⁵⁰ B.DENTE, *In un diverso Stato. Come rifare la pubblica amministrazione italiana?*, Il Mulino, Bologna, 1995, cap. III.

²⁵¹ Donde la frequente affermazione per cui *“il lavoro dirigenziale alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni è caratterizzato da una scissione, ignota al diritto privato, fra l'acquisto della qualifica con rapporto di lavoro a tempo indeterminato ed il successivo conferimento, a termine, delle funzioni dirigenziali”*, così tra le tante Cass.civile, sez. lav., 1 febbraio 2007, n. 2233, in *Giust. civ.*, 2008, 7-8, I, 1803.

Detto diversamente, sin tanto che la gestione permaneva nelle mani degli organi politici, gli equilibri complessivi muovevano lungo la direzione della stabilità della dirigenza e della burocrazia. Era, tuttaia, inevitabile che il mutamento del paradigma ricostruttivo in ordine all'esercizio della potestà decisoria sollecitasse l'adozione di una diversa soluzione in ordine alla stessa struttura e morfologia del rapporto di impiego della burocrazia, intesa a valorizzare una maggiore facoltà di scelta del titolare degli uffici dirigenziali, specie di quelli collocati al vertice dell'amministrazione²⁵².

Dunque, la diversa dislocazione del potere nell'amministrazione esigeva il parziale superamento del principio di stabilità della burocrazia.

Da tanto conseguiva la necessità di introdurre una più netta cesura tra il rapporto di servizio, che sarebbe rimasto come prima a tempo indefinito, e rapporto organico, correlato allo svolgimento delle funzioni, connotato – diversamente dal primo – dai caratteri della temporaneità e della fiduciarità.

Il principio di temporaneità e di fiduciarità degli incarichi dirigenziali supposeva chiaramente un diverso rapporto tra organi politici e burocratici: pur nella distinzione dei ruoli, occorreva che tra i due diversi poli del potere pubblico si creasse un raccordo di tipo collaborativo, anche di tipo informale, necessariamente operante in una prospettiva di tipo circolare, siccome funzionale non solo all'elaborazione, in senso ascendente, degli atti di indirizzo, ma anche, in direzione opposta, all'adozione dei principali atti di gestione²⁵³.

²⁵² Accanto alle considerazioni già in precedenza rammentate ascrivibili a L.Carlassare; V.Bachelet, con riferimento alla disciplina introdotta dalla riforma Bassanini si vedano le osservazioni di G.Gardini nonché C.D'ORTA, *La seconda fase di riforma della dirigenza pubblica: verso la fine del guado cercando i evitare gli scogli*, in *Lavoro nelle p.a.*, fasc.2, 1998, pag. 347.

²⁵³ Sulla necessità di un raccordo forte tra organi politici e dirigenza v. G.GARDINI, *L'imparzialità tra indirizzo e gestione*, op.cit., passim; spunti anche in C.D'ORTA, *La seconda fase di riforma della dirigenza pubblica: verso la fine del guado, cercando di evitare gli scogli*, op.cit., p. 347, ove si sottolinea che "pur nella distinzione dei ruoli e delle responsabilità, la buona amministrazione richiede un continuo e circolare raccordo, spesso informale, fra organi di direzione politica e dirigenza, sia ai fini della elaborazione degli

Il percorso logico, dunque, muoveva lungo l'asse della ridefinizione dei compiti tra politica ed amministrazione, della necessità di rimeditare gli equilibri complessivi del sistema, in una prospettiva di riassetamento dei rapporti tra principio di imparzialità e principio democratico.

La scissione tra rapporto di servizio e rapporto organico, con la conseguente introduzione dei principi di temporaneità e fiduciarità degli incarichi s'atteggiavano, dunque, a corollari inevitabili del nuovo paradigma.

Come in parte già anticipato, in altra parte del presente lavoro, le discussioni in seno alla dottrina e giurisprudenza si sono concentrate pressoché quasi esclusivamente sul grado, la misura e l'estensione del tasso di fiduciarità delle nomine all'interno delle amministrazioni pubbliche, vero nodo problematico emerso all'indomani della giurisprudenza sullo spoil system.

Tra i due corollari introdotti dalla riforma c.d. Bassanini, della fiduciarità e della temporaneità degli incarichi dirigenziali, è stato soprattutto il primo a divenire oggetto di controversia, contestandosi progressivamente che sul versante della gestione e dunque dell'esecuzione dell'indirizzo possa esservi spazio per la presenza di nomine fiduciarie, mentre si è formato un sufficiente consenso nel ritenere valido e fermo il principio della temporaneità degli incarichi, conseguente marcata scissione tra rapporto di servizio e rapporto organico.

Conviene allora separare, ai fini di una ordinata esposizione del tema, la disamina dei principi all'esame, concentrando l'attenzione soprattutto sul rapporto c.d. organico e sul sistema degli incarichi dirigenziali, come sviluppatosi nel tempo.

4. Il rapporto c.d. organico ed il sistema degli incarichi nella evoluzione normativa e giurisprudenziale

indirizzi per la gestione, sia ai fini della adozione dei principali atti di gestione?

Come si diceva, dunque, la separazione tra rapporto di servizio rapporto c.d. organico aveva quale finalità quella di introdurre una forte flessibilità e mobilità nei vertici delle pubbliche amministrazioni.

È questo in definitiva l'obiettivo della introduzione della disciplina degli incarichi dirigenziali a termine.

Il d.lgs. n. 29/1993 aveva affrontato la questione degli incarichi dirigenziali, ponendo l'accento, soprattutto, sul tema della «competenza».

In particolare, i requisiti ed i criteri di conferimento dell'incarico erano particolarmente incentrati sulla competenza e le attitudini del designato in relazione alla natura e caratteristiche dei programmi da realizzare, risultati già conseguiti.

Soprattutto, come ampiamente illustrato, il sistema era incentrato sulla stabilità così del rapporto di servizio come del rapporto organico.

In realtà, il principio di temporaneità già caratterizzava, in epoca antecedente al d.lgs n. 80/1998 gli incarichi dirigenziali nell'area contrattualizzata.

Diverse previsioni di contrattazione collettiva prevedevano, infatti, che gli incarichi dovessero essere di norma conferiti a termine. Le novità introdotte dal d.lgs n. 80/1998 sul testo dell'art. 19 d.lgs n. 29/1993 sta in ciò che la temporaneità da fatto normale diviene caratteristica necessaria di tutti gli incarichi. Inoltre, l'estensione della contrattualizzazione anche alla dirigenza generale, estende conseguentemente anche ad essa il principio di temporaneità²⁵⁴.

La dicotomia tra rapporto organico e rapporto di servizio viene ad accentuarsi, come si diceva, per effetto della riforma c.d. Bassanini.

La terza riforma della dirigenza pubblica realizzata con il d.lgs n. 80/1998 confermava la connessione tra competenza e caratteristiche professionali del designato e attività oggetto

²⁵⁴ Su tali aspetti si vedano le riflessioni di G.D'Alessio, *La nuova dirigenza pubblica*, Philos, 1999, p. 210.

dell'incarico dirigenziale, ma introduceva ulteriori e del tutto nuovi principi.

In primo luogo, veniva meno la rigida corrispondenza tra ciascuna qualifica dirigenziale ed un determinato livello degli uffici, la preposizione ad uffici dirigenziali generali non è riservata, in esclusiva, ai dirigenti della prima fascia del ruolo unico della dirigenza statale ma può essere disposta anche per dirigenti della seconda fascia.

Soprattutto viene introdotto il principio di temporaneità degli incarichi dirigenziali: tutti gli incarichi, non esclusi quelli di direzione generale, hanno durata massimo quinquennale, con possibilità di rinnovo.

La riforma introduce soprattutto i primi, significativi, elementi di spoil system.

Viene riconosciuto il principio per cui taluni incarichi di massimo vertice (Segretario generale di ministero, Capo dipartimento, Direttore generale di ente pubblico, ecc.), collocati a crinale tra politica ed amministrazione, possono essere rinnovati, anche prima della scadenza, dal nuovo Governo costituito all'inizio di ciascuna legislatura.

La previsione del principio di temporaneità e l'introduzione di temperate forme di spoils system diede adito a larghe critiche: entrambi i principii vennero ritenuti da più parti estremamente pericolosi, siccome giudicati funzionali alla politicizzazione dell'alta burocrazia, a detrimento del principio costituzionale di imparzialità dell'amministrazione²⁵⁵.

In senso contrario, a sostegno dei principii di temporaneità e fiduciarità, si opponeva l'idea che l'attribuzione, agli organi politici, di maggiori poteri riguardo al conferimento degli incarichi dirigenziali costituisse una sorta di bilanciamento in inevitabile della diversa dislocazione dei poteri di gestione in capo alla dirigenza amministrativa.

Sono ben noti gli sviluppi normativi e giurisprudenziali successivi alla riforma c.d. Bassanini.

²⁵⁵ D'ORTA CARLO, *La seconda fase di riforma della dirigenza pubblica: verso la fine del guado, cercando di evitare gli scogli*, Lav. nelle p.a., fasc.2, 1998. B.DENTE, per un diverso Stato, Il Mulino, 1995, passim.

Nel 2002 la Consulta blindò la riforma della dirigenza attuata nel 1998 ritenendo che la normativa non pregiudicasse la possibilità per i dirigenti generali di svolgere le loro funzioni nel rispetto del principio di imparzialità e di buon andamento della pubblica amministrazione, evidenziando come *“la disciplina del rapporto di lavoro dirigenziale nei suoi aspetti qualificanti - in particolare il conferimento degli incarichi dirigenziali (assegnati tenendo conto, tra l’altro, delle attitudini e delle capacità professionali del dirigente) e la loro eventuale revoca (per responsabilità dirigenziale), nonché la procedimentalizzazione dell’accertamento di tale responsabilità (artt. 19 e 21 del d.lgs. n. 29 del 1993, ed ora artt. 19, 21 e 22 del d.lgs. n. 165 del 2001) – è connotata da specifiche garanzie, mirate a presidiare il rapporto di impiego dei dirigenti generali, la cui stabilità non implica necessariamente anche stabilità dell’incarico, che, proprio al fine di assicurare il buon andamento e l’efficienza dell’amministrazione pubblica, può essere soggetto alla verifica dell’azione svolta e dei risultati perseguiti”*²⁵⁶.

Nel 2002 veniva approvata l’ennesima riforma della dirigenza, che alterava il (già difficile) equilibrio tra politica ed amministrazione, incidendo su molteplici profili di disciplina della dirigenza pubblica.

La c.d. legge Frattini aveva, tra le altre cose, ridotto la durata massima degli incarichi senza prevederne più una minima, così accentuando il carattere di temporaneità già presente nella previgente disciplina²⁵⁷.

La disposizione fu ben presto sospettata di illegittimità costituzionale, evidenziandosi come il conferimento di incarichi brevi impedisse al dirigente di impostare e realizzare una gestione coerente, esponendolo ad una continua ratifica fiduciaria,

²⁵⁶ Così Corte cost., 30 gennaio 2002, n. 11, in *Foro amm. CDS*, 2002, 10, 2314, e relativa nota critica di R.Alesse, *La Corte costituzionale « benedice » la disciplina sul conferimento degli incarichi dirigenziali e « getta nello sconforto » chi non si piega all’idea che la dirigenza dello Stato debba essere asservita al potere politico per meglio assicurare l’efficienza della pubblica amministrazione.*

²⁵⁷ così A. Corpaci, *Riflessioni sulla dirigenza pubblica alla luce della legge n. 145 del 2002*, in *Lav. nelle p.a.*, 2002, 6, 859.

rendendo inoltre impossibile all'amministrazione una congrua valutazione dell'operato dei propri vertici²⁵⁸.

Soprattutto la Legge Frattini ampliò le ipotesi di *spoils system* agli incarichi c.d. esterni, introducendo una fattispecie di *spoils system* una *tantum* relativa alla dirigenza generale.

Occorre rammentare in proposito che le norme sullo *spoils system* trovarono il loro archetipo storico, nelle disposizioni introdotte dal d.lgs n. 80/1998 che, nel modificare il testo dell'art. 19 d.lgs n. 29/1993, introdussero al comma 8 di tale articolo la previsione secondo la quale “*Gli incarichi di direzione degli uffici dirigenziali di cui al comma 3 possono essere confermati, revocati, modificati o rinnovati entro novanta giorni dal voto sulla fiducia al Governo. Decorso tale termine, gli incarichi per i quali non si sia provveduto si intendono confermati fino alla loro naturale scadenza*”.

Si precisa, però, che la norma faceva riferimento ai soli incarichi di segretario generale di ministeri ed a quelli di direzione di strutture articolate al loro interno in uffici dirigenziali generali, vale a dire agli incarichi di diretta collaborazione col Ministro. Nel 1999, l'art. 8 del d.P.R. 150 prevede, però, la cessazione di *tutti* gli incarichi dirigenziali in essere, sia di livello generale *che di base*, in occasione dell'entrata in vigore del ruo unico della dirigenza statale²⁵⁹.

La successiva legge Frattini n. 145/2002 rese, peraltro, automatica la cessazione degli incarichi apicali di diretta collaborazione, decorsi novanta giorni dal voto sulla fiducia al Governo e replicò, inoltre, (ma con legge) l'operazione condotta dalla precedente maggioranza parlamentare, prevedendo una forma di decadenza, *una tantum*, di tutta la dirigenza generale, prevedendo all'art. 3,

²⁵⁸ Così G.Gardini, *Spoils system all'italiana: mito o realtà?*, *Lav. nelle p.a.*, 2002, 6, 953; G.D'Alessio, *La legge di riordino della dirigenza: nostalgie, antilogie ed amnesie*, *Lav. nelle p.a.*, 2002, 2, 213; M.G.Garofalo, *La dirigenza pubblica rivisitata*, *Lav. nelle p.a.*, 2002, 6, 873. Si rammenta, però, che il d.l. n.115/2005 ripristinò la durata minima degli incarichi, fissandola in tre anni, ed individuando quella massima nella misura di cinque anni.

²⁵⁹ Sul punto, cfr. C.D'Orta, *Gli incarichi dirigenziali nello Stato dopo la legge 145/2002*, *Lav. nelle p.a.*, 2002, 06, 929 e F.Carinci, *Una riforma "conclusa". Fra norma scritta e prassi applicativa*, *Lav. nelle p.a.*, 2004, 2, 329.

co. 7, che *”le disposizioni di cui al presente articolo trovano immediata applicazione relativamente agli incarichi di funzione dirigenziale di livello generale e a quelli di direttore generale degli enti pubblici vigilati dallo Stato ove è prevista tale figura. I predetti incarichi cessano il sessantesimo giorno dalla data di entrata in vigore della presente legge, esercitando i titolari degli stessi in tale periodo esclusivamente le attività di ordinaria amministrazione”*.

Altre norme di decadenza venivano introdotte in relazione alle nomine degli organi di vertice e dei componenti dei consigli di amministrazione o degli organi equiparati degli enti pubblici, delle società controllate o partecipate dallo Stato, delle agenzie o di altri organismi comunque denominati (cfr. art. 6).

La successiva legge 24 novembre 2006, n. 286, di *"Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 3 ottobre 2006, n. 262, recante disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria"* estese la disposizione di cui al comma 8 dell'art. 19, d.lgs n. 165/2001 – relativa alla cessazione automatica dell'incarico dirigenziale, decorsi novanta giorni dal voto sulla fiducia al Governo - anche agli incarichi dirigenziali, di qualunque livello, conferiti a dirigenti non appartenenti ai ruoli di cui al medesimo articolo 23, dipendenti (art. 19, comma 5-bis) o meno (art. 19, comma 6) di altre amministrazioni. Con norma transitoria si prevedeva, altresì, che tali incarichi di funzioni dirigenziali dovessero cessare ove non confermati entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore» del decreto-legge n. 262 del 2006 (art. 2, commi da 159 a 161)

Le diverse previsioni sullo spoil system richiamarono ben presto l'attenzione della Consulta.

Il tema venne per la prima volta affrontato dalla Consulta nella pronuncia n. 233/2006, in occasione dello scrutinio di legittimità di norme regionali²⁶⁰, con le quali erano state introdotte forme di decadenza automatica in relazione agli incarichi apicali interni alla regione ed alle posizioni di vertice degli enti regionali e delle aziende sanitarie.

²⁶⁰ Si trattava, in particolare, delle Leggi Regione Calabria n. 12 e 13 del 2005 e della legge Regione Abruzzo n. 27/2005.

Le disposizioni sospettate di illegittimità costituzionale, molte delle quali costruite sul modello di analoghe disposizioni statali, passarono tuttavia indenni il vaglio di costituzionalità, sulla considerazione che, riguardando in massima parte nomine caratterizzate dall'*intuitus personae*, mirassero a rafforzare la coesione tra l'organo politico regionale e gli organi di vertice dell'apparato burocratico, onde consentire il buon andamento dell'attività di direzione dell'ente.

Per ragioni in parte simili, siccome ancorate alla necessità di assicurare all'interno del *top management* dell'azienda sanitaria la necessaria consonanza di impostazione gestionale, superò il vaglio di costituzionalità anche la norma sulla cessazione automatica degli incarichi di direttore amministrativo e sanitario, in concomitanza con la sostituzione del direttore generale.

A diverse conclusioni giunse, invece, la Consulta in ordine alle disposizioni introduttive di forme di decadenza automatica dei direttori responsabili dei dipartimenti e dei distretti sanitari, in relazione alle quali la Corte osservò come l'azzeramento automatico dell'intera dirigenza fosse potenzialmente in grado di vulnerare in modo assai grave la continuità dell'azione amministrativa nonché il buon andamento della P.A.

Dunque, la Corte sostanzialmente ritenne conforme, rispetto ai parametri costituzionali del buon andamento e dell'imparzialità, la previsione di limitate forme di *spoils system*, siccome circoscritte a posizioni espressione di fiduciarità politica o latamente politica, in relazione a quelle posizioni dirigenziali collocate a diretto contatto con l'organo politico.

La pronuncia non rimase esente da critiche, principalmente a motivo dell'ambigua individuazione dei criteri volti a circoscrivere l'area della dirigenza legittimamente assoggettabile allo *spoils system*²⁶¹.

²⁶¹ Per una critica verso l'impiego di criteri organizzativi e non funzionali nell'individuazione della dirigenza assoggettabile allo *spoils system* cfr. F.Merloni, *Lo spoils system è inapplicabile alla dirigenza professionale: dalla Corte nuovi passi nella giusta direzione*, *Le Regioni*, 2007, 5 e, ancor prima, sempre F.Merloni, *Primi incerti tentativi di arginare lo spoils system nelle Regioni*, n. 1/2007. Sotto altro aspetto, in riferimento ai direttori generali di azienda sanitaria, si è osservato che la fiduciarità insiste nella sola fase genetica

Soluzioni interpretative di maggior rigore vennero, però, individuate dalla Consulta nelle successive sentenze n. 103 e 104 del 23 marzo 2007²⁶², con argomentazioni poi riprese in numerose altre pronunce posteriori²⁶³.

del rapporto e non comporta, quale automatica conseguenza, che l'allontanamento del dirigente possa essere disposto *ad nutum*, stante la presenza di procedimenti di verifica e di controllo sull'operato, cfr. F.Jorio, *La legittimità costituzionale dello spoil system. I nuovi scenari tracciati dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 233 del 2006 in materia di ordinamento civile*, in *Federalismi*, 2006, n. 17.

²⁶² Cort. Cost., 23 marzo 2007, n. 103, in *Giur. Cost.*, 2007, 2, 984; Corte cost., 23 marzo 2007, n. 104, *Giur. Cost.* 2007, 2.

²⁶³ Nel 2008 interviene a precisare che l'illegittimità costituzionale di forme di *spoil system* non viene meno per effetto della corresponsione, a favore del dirigente rimosso, di forme di ristoro economico, rivelando il c.d. *spoil system* oneroso una ben più accentuata carica lesiva nei riguardi degli interessi pubblici, giacché al *vulnus* verso la continuità dell'azione amministrativa si accompagna pure l'esborso di danaro pubblico a carico della collettività (Così, Corte cost., 24 ottobre 2008, n. 351, in *Foro amm. CDS*, 2008, 10, 2637. Nell'occasione la Consulta ha modo di precisare “che, a differenza di quanto accade nel settore privato, nel quale il potere di licenziamento del datore di lavoro è limitato allo scopo di tutelare il dipendente, nel settore pubblico il potere dell'amministrazione di esonerare un dirigente dall'incarico e di risolvere il relativo rapporto di lavoro, è circondato da garanzie e limiti che sono posti non solo e non tanto nell'interesse del soggetto da rimuovere, ma anche e soprattutto a protezione di più generali interessi collettivi”). Poco dopo interviene nuovamente, e a più riprese, per chiarire che forme di *spoil system* neppure possono giustificarsi in relazione ai dirigenti non appartenenti ai ruoli dell'amministrazione, giacché la natura esterna dell'incarico non è in grado “di diversificare in senso fiduciario il rapporto di lavoro dirigenziale, che deve rimanere caratterizzato, sul piano funzionale, da una netta e chiara separazione tra attività di indirizzo politico-amministrativo e funzioni gestorie” (Così Corte cost. 20 maggio 2008, n. 161, in *Lav. nelle p.a.*, 2008, 2, 361, cfr. pure le successive Corte cost., 5 marzo 2010, n. 81, in *Foro it.*, 2010, 9, I, 2266, Corte cost., 11 aprile 2011, n. 124, *Foro amm. CDS* 2011, 7-8, 2237 e Corte Cost., 25 luglio 2011, n. 246, *Giur. Cost.* 2011, 4, 3141 tutte relative sempre alla tematica degli incarichi dirigenziali esterni). Nel 2010, in linea di continuità rispetto a ciò che aveva già espresso attorno alla posizione del direttore generale di azienda sanitaria, la Consulta ribadisce a proposito dei direttori amministrativi e sanitari di azienda sanitaria che neppure il carattere fiduciario o l'esistenza di una ampia discrezionalità nella nomina è in grado di per sé di giustificare forme di decadenza automatica dell'incarico, ove le funzioni abbiano carattere di gestione e siano perciò previsti meccanismi di valutazione dell'attività svolta (Cfr. Corte cost., 24 giugno 2010, n. 224, in

A giudizio della Consulta il principio di imparzialità esige che il rapporto di lavoro dei pubblici dirigenti, pur se caratterizzato dalla temporaneità dell'incarico, sia comunque circondato da specifiche garanzie, in guisa da assicurare la tendenziale continuità dell'azione amministrativa e, al contempo, la distinzione funzionale tra attività di indirizzo politico ed attività di gestione. Secondo il Giudice delle leggi, l'introduzione di forme di decadenza automatica vulnera la continuità dell'azione amministrativa e, per tale via, anche il buon andamento della P.A., precarizzando, inoltre, la condizione della dirigenza, chiamata a recitare il ruolo di vera e propria "parte" nella contesa politica. Non illegittime si presentano – a giudizio della Corte – previsioni di *spoils system*, solo se limitate agli organi amministrativi apicali, a contatto diretto ed immediato con gli organi politici²⁶⁴.

Giur. Cost., 2010, 3, 2550). Ribadendo con forza maggiore ciò che in precedenza aveva già espresso attorno alla posizione del direttore generale di azienda sanitaria, la Consulta chiarisce in tale pronuncia che *“la scelta fiduciaria del direttore amministrativo - che deve essere effettuata con provvedimento, motivato, ma pur sempre ampiamente discrezionale, del direttore generale, con particolare riferimento alle capacità professionali del prescelto in relazione alle funzioni da svolgere (art. 15, secondo comma, della legge n. 18 del 2004) – non implica, infatti, che la interruzione del rapporto, che si instaura in conseguenza di tale scelta, possa avvenire con il medesimo margine di apprezzamento discrezionale che connota quest’ultima”*).

²⁶⁴ Cfr. punto 2.8 del considerato in diritto della pronuncia n. 104/2007 ove si afferma che *“di conseguenza, la selezione dei pubblici funzionari non ammette ingerenze di carattere politico, «espressione di interessi non riconducibili a valori di carattere neutrale e distaccato» (sentenza n. 333 del 1993), unica eccezione essendo costituita dall’esigenza che alcuni incarichi, quelli dei diretti collaboratori dell’organo politico, siano attribuiti a soggetti individuati intuitu personae, vale a dire con una modalità che mira a «rafforzare la coesione tra l’organo politico regionale (che indica le linee generali dell’azione amministrativa e conferisce gli incarichi in esame) e gli organi di vertice dell’apparato burocratico (ai quali tali incarichi sono conferiti ed ai quali compete di attuare il programma indicato), per consentire il buon andamento dell’attività di direzione dell’ente (art. 97 Cost.)» (sentenza n. 233 del 2006). Alla luce di ciò si è perciò affermato che “lo spoils system è naturalmente illegittimo ed eccezionalmente giustificato dalla particolare collocazione e dai particolari compiti degli organi amministrativi apicali in senso stretto”, così F.G.Scoca, *Politica e amministrazione nelle sentenze sullo spoils system*, *Giur. Cost.*, 2007, 2, 1015.*

Ma a tale categoria non può ricondursi, a giudizio della Consulta, il c.d. *top management* delle aziende sanitarie.

Sebbene la nomina si connoti in termini essenzialmente fiduciari, ciò non basta – a giudizio della Consulta – per inferirne la legittimità di forme di decadenza automatica.

Questo non tanto per via della natura non apicale di tale dirigenza²⁶⁵, quanto per il fatto che si tratta di dirigenza tecnico-professionale, in relazione alla quale lo stesso legislatore ha modellato forme di responsabilità ancorate alla valutazione dei risultati, sicché paiono inapplicabili misure propriamente riferibili al rapporto fiduciario di tipo strettamente politico²⁶⁶.

In definitiva, la Consulta abbraccia l'idea secondo la quale, in presenza di incarichi dirigenziali che comportino lo svolgimento di una attività di supporto e di collaborazione con l'organo politico, il conferimento dell'incarico si connota per la fiduciarietà soggettiva, intesa quale consentaneità politica, ciò che può giustificare, ed anzi rende senz'altro opportuna, la previsione a valle di forme di decadenza automatica o, comunque, di meccanismi che prevedano una conferma sottoposta a valutazione puramente politica.

Così, invece, non può dirsi con riferimento alla dirigenza professionale, chiamata a svolgere funzioni di gestione.

La scelta è qui governata dalla presenza di una discrezionalità variamente procedimentalizzata allo scopo di assicurare l'imparzialità della P.A.

La fiducia, ove normativamente ammessa, non può che essere intesa in termini puramente oggettivi, in quanto necessariamente ancorata ai requisiti di professionalità del nominato, da motivare congruamente anche all'esito di valutazioni comparative.

Alla base vi è l'esigenza, costituzionalmente imposta alla stregua dell'art. 97 Cost., che le vicende inerenti alla gestione degli incarichi, da quelle relative al conferimento a quelle inerenti alla

²⁶⁵ Benché i giudici costituzionali di sforzino di dimostrare il carattere non apicale della posizione, rilevando l'esistenza di uffici frapposti tra la direzione generale e gli organi politici della regione.

²⁶⁶ F.Merloni, *Lo spoil system è inapplicabile alla dirigenza professionale: dalla Corte nuovi passi nella giusta direzione*, *Le Regioni*, 2007, 5.

revoca, siano governate da criteri diversi da quelli appartenenza politica.

Si comprende allora agevolmente perché, in seno alla giurisprudenza di legittimità, sia divenuta col tempo ricorrente l'affermazione secondo la quale i criteri di cui all'art. 19, comma 1, d.lg. n. 165/2001, obbligherebbero le P.A. a valutazioni anche comparative, all'adozione di adeguate forme di partecipazione ai processi decisionali e ad esternare le ragioni giustificatrici di tali scelte, alla luce delle clausole generali di correttezza e buona fede nonché dei principi di imparzialità e di buon andamento di cui all'art. 97 Cost.²⁶⁷.

I suggerimenti provenienti dalla giurisprudenza di legittimità solo in parte, in verità, sono stati accolti dal legislatore della c.d. riforma Brunetta, nell'opera di riscrittura del testo dell'art. 19 d.lgs n. 165/2001, sebbene il legislatore delegato fosse vincolato a ridefinire la disciplina degli incarichi dirigenziali, in modo da renderla conforme ai principi desumibili dalla giurisprudenza costituzionale e delle giurisdizioni superiori²⁶⁸.

E così, in riferimento ai principi di pubblicità e di trasparenza, il decreto delegato n. 150/2009 ha sì previsto che l'amministrazione debba rendere conoscibili, anche mediante pubblicazione di

²⁶⁷ Cass., Sez. Lav., 14 aprile 2008, n. 9814, in *Foro it.*, 2009, 11, I, 3074; Cass., Sez. Lav., 14 aprile 2008, n. 9818, in *Aran Newsletter*, 2008, 2, 46; Cass., Sez. Lav., 26 novembre 2008, n. 28274, in *Giust. Civ.*, 2009, 12, I, 285; Cass., Sez. Lav., 30 dicembre 2009, n. 27888, in *Lav. nelle p.a.*, 2009, 6, 1081; Cass., Sez. Lav., 12 ottobre 2010, n. 21088, in *Foro it.*, 2011, 3, I, 804.

²⁶⁸ Cfr. art. 6, co. 2, lett h), legge 4 marzo 2009, n. 15 che demanda al Governo il compito di “ridefinire i criteri di conferimento, mutamento o revoca degli incarichi dirigenziali, adeguando la relativa disciplina ai principi di trasparenza e pubblicità ed ai principi desumibili anche dalla giurisprudenza costituzionale e delle giurisdizioni superiori, escludendo la conferma dell'incarico dirigenziale ricoperto in caso di mancato raggiungimento dei risultati valutati sulla base dei criteri e degli obiettivi indicati al momento del conferimento dell'incarico, secondo i sistemi di valutazione adottati dall'amministrazione, e ridefinire, altresì, la disciplina relativa al conferimento degli incarichi ai soggetti estranei alla pubblica amministrazione e ai dirigenti non appartenenti ai ruoli, prevedendo comunque la riduzione, rispetto a quanto previsto dalla normativa vigente, delle quote percentuali di dotazione organica entro cui è possibile il conferimento degli incarichi medesimi”.

apposito avviso sul sito istituzionale, il numero e la tipologia dei posti disponibili nonché i criteri di scelta, acquisendo le disponibilità dei dirigenti interessati e valutandole²⁶⁹, ma senza accogliere fino in fondo i suggerimenti provenienti dalla giurisprudenza di legittimità²⁷⁰, che già da qualche tempo andava reclamando forme ben più pregnanti di procedimentalizzazione, a presidio della trasparenza e dell'imparzialità, quali il ricorso a forme di selezione comparativa tra i candidati, in adempimento degli obblighi secondari imposti dalle classiche fonti di integrazione del contratto (artt. 1374-1375 c.c.).

In realtà, anche sul punto critico del mancato rinnovo dell'incarico, il legislatore delegato ha optato per una soluzione di compromesso²⁷¹.

Se per un verso è stata ammessa la teorica possibilità di una mancata conferma, anche in assenza di una valutazione negativa, dall'altra è stato fatto obbligo alla P.A. che non intenda confermare l'incarico alla sua scadenza ovvero in dipendenza dei processi di riorganizzazione di motivare la propria scelta, dando un congruo preavviso al dirigente²⁷².

Per quanto fortemente discussa²⁷³, quest'ultima novità è stata ben presto travolta dalla normativa dell'emergenza economica

²⁶⁹ Così il testo del novellato art. 19, co. 1-*bis*, d.lgs n. 165/2001.

²⁷⁰ Cfr. per una critica verso questi aspetti della riforma Brunetta G. D'Auria, *Il nuovo sistema delle fonti: legge e contratto collettivo, Stato e autonomie territoriali*, in *GDA*, 2010, 1, 11 nonché G.Gardini, *L'autonomia della dirigenza nella (contro) riforma Brunetta*, in *Lav. nelle p.a.*, 2010, 3-4, 579.

²⁷¹ Una più coerente attuazione della delega avrebbe dovuto indurre ad introdurre l'obbligo di conferma in caso di valutazione positiva, salvo esigenze di rotazione G. D'Alessio, *Le norme sulla dirigenza nel decreto legislativo di attuazione della legge delega n. 15/2009*, in *"Astrid Rassegna"*, 2009, 103.

²⁷² In particolare l'art. 19-co.1-*ter*, d.lgs n. 165/2001, così prevede *"Gli incarichi dirigenziali possono essere revocati esclusivamente nei casi e con le modalità di cui all'art. 21, comma 1, secondo periodo. L'amministrazione che, in dipendenza dei processi di riorganizzazione ovvero alla scadenza, in assenza di una valutazione negativa, non intende confermare l'incarico conferito al dirigente, è tenuta a darne idonea e motivata comunicazione al dirigente stesso con un preavviso congruo, prospettando i posti disponibili per un nuovo incarico"*.

²⁷³ Mentre taluni autori apprezzano il passo in avanti mosso dal legislatore nella giusta direzione dell'imparziale gestione degli incarichi (S.Battini, *L'autonomia*

successiva (cfr. d.l. 31 maggio 2010, n. 78 c.d. Tremonti²⁷⁴) che, modificando per l'ennesima volta il testo dell'art. 19 d.lgs n. 165/2001, ha non solo abrogato la parte del citato art. 19 riguardante l'obbligo di motivazione e di preavviso, in caso di mancato rinnovo, ma ha anche legittimato il mancato rinnovo *ad nutum*, seguito dal conferimento di incarichi di valore economico inferiore, con cancellazione contestuale di tutte le disposizioni di contrattazione collettiva che diffusamente, nelle diverse aree della dirigenza, avevano da tempo introdotto clausole di c.d. salvaguardia economica.

Non solo.

L'art. 1, comma 18, della legge del 14 settembre 2011, n. 148, di conversione del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, ha reintrodotta una ulteriore ipotesi di revoca anticipata dell'incarico in presenza di motivate esigenze organizzative²⁷⁵.

della dirigenza pubblica e la riforma Brunetta: verso un equilibrio tra distinzione e fiducia?, in *GDA*, 2010, 1, p. 43) altri stigmatizzano la scelta legislativa che avrebbe sostanzialmente positivizzato quella che fino a quel momento era stata soltanto una deprecabile prassi di fidelizzazione attuata con mancati rinnovi *ad nutum* (G.Gardini, *L'autonomia della dirigenza nella (contro) riforma Brunetta*, in *Lav. nelle p.a.*, 2010, 3-4, 579).

²⁷⁴ Si tratta, in particolare, dell'art. 9, co. 32, a tenore del quale “A decorrere dalla data di entrata in vigore del presente provvedimento le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001 che, alla scadenza di un incarico di livello dirigenziale, anche in dipendenza dei processi di riorganizzazione, non intendono, anche in assenza di una valutazione negativa, confermare l'incarico conferito al dirigente, conferiscono al medesimo dirigente un altro incarico, anche di valore economico inferiore. Non si applicano le eventuali disposizioni normative e contrattuali più favorevoli; a decorrere dalla medesima data è abrogato l'articolo 19, comma 1-ter, secondo periodo, del decreto legislativo n. 165 del 2001. Resta fermo che, nelle ipotesi di cui al presente comma, al dirigente viene conferito un incarico di livello generale o di livello non generale, a seconda, rispettivamente, che il dirigente appartenga alla prima o alla seconda fascia”.

²⁷⁵ Il disposto normativo così prevede: “al fine di assicurare la massima funzionalità e flessibilità, in relazione a motivate esigenze organizzative, le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, possono disporre, nei confronti del personale appartenente alla carriera prefettizia ovvero avente qualifica dirigenziale, il passaggio ad altro incarico prima della data di scadenza dell'incarico ricoperto prevista dalla normativa o dal contratto. In tal caso il dipendente conserva, sino

Ad ogni modo, e ritornando al tema delle modalità di conferimento dell'incarico dirigenziale, i limiti prima segnalati a proposito delle forme di procedimentalizzazione delle nomine dirigenziali previste dall'art. 19 d.lgs n. 165/2001 non hanno impedito alla giurisprudenza di legittimità di dare continuità, anche dopo la riforma Brunetta, ai propri precedenti orientamenti circa la necessità di valutazioni comparative e di una adeguata motivazione delle scelte²⁷⁶.

La disciplina sul conferimento degli incarichi non ha, tuttavia, trovato un proprio definitivo assestamento con la giurisprudenza testé citata.

Il tema della dirigenza pubblica diviene, infatti, centrale nella legge c.d. Madia n. 124/2015.

Gli interventi ipotizzati dalla legge delega paiono significativi e vanno nella direzione di un ulteriore rafforzamento della distinzione tra rapporto organico e rapporto di servizio, mercé la reintroduzione del ruolo unico, nel quale le diverse amministrazioni dovranno attingere nel conferimento dell'incarico

Si accentua in altri termini la dicotomia tra qualifica dirigenziale, attestata dal superamento del concorso o del corso concorso, e funzioni dirigenziali, individuate mediante apposito incarico.

Soprattutto le novità più rilevanti attengono alle modalità di conferimento dell'incarico, che in prospettiva assumere più forti tratti di procedimentalizzazione.

Meno innovative paiono invece le disposizioni relative ai criteri per il conferimento dell'incarico, che impongono di tener conto di caratteri oggettivi e soggettivi.

Con riferimento ai criteri di tipo oggettivo, si prevede la definizione per ciascun incarico dirigenziale dei requisiti necessari, con riferimento alle competenze ed alle esperienze professionali, tenendo conto della complessità, delle responsabilità organizzative e delle risorse strumentali assegnate all'ufficio.

alla predetta data, il trattamento economico in godimento a condizione che, ove necessario, sia prevista la compensazione finanziaria, anche a carico del fondo per la retribuzione di posizione e di risultato o di altri fondi analoghi”.

²⁷⁶ Da ultimo Cass., Sez. Lav., 17 aprile 2012, n. 5999, in www.aranagenzia.it.

Con riferimento ai requisiti soggettivi vengono invece in rilievo le attitudini ed alle competenze del singolo dirigente.

È dunque vero che i criteri di conferimento non appaiono assai distanti da quelli tradizionalmente previsti dall'art. 19 d.lgs. 165/2001²⁷⁷.

L'elemento di maggiore innovazione è da ravvisare invece nella più accentuata procedimentalizzazione delle nomine, con l'intervento in funzione di garanzia di una specifica Commissione (presso il Dipartimento della Funzione Pubblica).

È abbastanza evidente dalla disamina delle funzioni assegnate alla Commissione che il legislatore ha inteso assegnare alla Commissione il ruolo di garante dell'imparzialità dell'amministrazione, in funzione di lotta contro la politicizzazione delle nomine.

Nello specifico, alla commissione si assegnano compiti di verifica del rispetto dei criteri di conferimento o di mancata conferma degli incarichi e dell'effettivo utilizzo dei sistemi di valutazione al fine del conferimento e della mancata conferma degli incarichi, nonché di esprimere un parere vincolante sulla decadenza degli incarichi in caso di riorganizzazione dell'amministrazione.

Nell'individuazione dei compiti della Commissione, il Legislatore tiene conto tuttavia della diversa natura dell'incarico da conferire.

Mentre infatti per gli incarichi dirigenziali di livello non generale, il controllo della Commissione avviene ex post, nel caso degli incarichi di livello generale l'intervento della Commissione è invece diretto.

In verità la scelta compiuta dal Legislatore appare di compromesso.

La commissione è infatti chiamata ad operare una prima scrematura dei candidati, offrendo una rosa di possibili candidati, spettando sempre all'organo politico il compito di individuare il responsabile.

La fiduciarità è pertanto attenuata ma non eliminata.

²⁷⁷ A.BOSCATI, *La politica del governo Renzi per il settore pubblico tra conservazione e innovazione: il cielo illuminato diverrà luce perpetua?* in **Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni (II)**, fasc.2, 2014, pag. 233.

Si ha tuttavia il dubbio, che dovrà essere suffragato dalla esperienza applicativa, che il disegno non sia in grado di assicurare l'imparzialità, essendo riconosciuto comunque un potere di interdizione in capo all'organo politico, né completamente la fiduciarità, posto che la scelta dell'organo politico è comunque contenuta entro una rosa assai ristretta.

CAPITOLO IV IL MODELLO BRITANNICO

Sommario: 1. *Cenni sulla evoluzione del Civil Service britannico: dal 1870 alla riforma costituzionale del 2010*; 2. *Alla ricerca di una definizione di civil servant*; 3. *Sulla stabilità del rapporto di impiego dei Civil servant*; 4. *Sulla controversa natura del rapporto di impiego dei Civil Servant*; 5. *Le riforme del Governo Cameron*

1. *Cenni sulla evoluzione del Civil Service britannico: dal 1870 alla riforma costituzionale del 2010*

Il *British Civil Service* ha alle spalle una storia lunghissima, che attraversa un arco temporale di diversi secoli²⁷⁸.

Le analisi, anche di natura storica, più accreditate sono solite far risalire la nascita del moderno *Civil Service* attorno al 1780, quando venne nominata la prima di una serie di commissioni di inchiesta sull'amministrazione dei pubblici affari²⁷⁹.

In questo primo periodo, gli sforzi erano principalmente diretti a contenere, tramite l'introduzione di metodi di controllo più

²⁷⁸ Per epoche pi risalenti, in un prospettiva di analisi storica, vedi G.E.AYLMER, *The State's servants, the civil service of the English republic, 1649-1660*, Routledge & Kegan Paul, London and Boston, 1973, p. 484.

²⁷⁹ E.W.COHEN, *The Growth of the British civil service 1780-1939*, Frank Cass & Co. Ltd, 1965, pp .20 e segg.ti.

efficaci, gli abusi posti in essere dai *servant*, ancora a quel tempo assai diffusi²⁸⁰.

In quegli anni, le nomine dei *public servant* risultavano ancora governate dal criterio del *political patronage*, sebbene si fosse già cercato, a partire da una certa epoca, di rimediare agli inconvenienti più eclatanti derivanti da questo sistema di reclutamento tramite l'introduzione del rimedio della *probation*²⁸¹. Si discuteva, invece, ancora quel tempo se lo sviluppo di carriera dovesse essere affidato esclusivamente alla *seniority*.

Sebbene per le promozioni cominciassero a manifestarsi i primi tentativi di valorizzazione del merito, le proposte contenute nei primi documenti ufficiali rimasero, per lo più, a livello di prospettazione teorica, senza alcuna reale applicazione pratica²⁸².

Dunque, anche in questa prima fase storica dello sviluppo del *British Civil Service* non erano affatto ignoti gli inconvenienti derivanti dalla politicizzazione del reclutamento del personale, in ordine alla qualità ed alla competenza delle risorse acquisite ai ranghi dell'amministrazione.

Il superamento del *political patronage* e, con esso, anche del c.d. modello di burocrazia di tipo fiduciario²⁸³ si ebbe, tuttavia, soltanto con l'attuazione del noto rapporto *Northcote-Trevelyan* del 23 novembre 1853²⁸⁴, con cui venne ad aprirsi una seconda, e

²⁸⁰ E.W.COHEN, *The Growth of the British civil service 1780-1939*, *op.loc.cit.*, p.21.

²⁸¹ Allo scopo di emendare i ranghi dalle figure meno competenti E.W.COHEN, *The Growth of the British civil service 1780-1939*, *op.loc.cit.*, p. 67.

²⁸² E.W.COHEN, *The Growth of the British civil service 1780-1939*, *op.loc.cit.*, p. 67-68 che cita un Minute del 1821 in cui il *Lord of the Treasury* dichiarava che nessuno poteva aspirare alla promozione sulla base della sola anzianità di servizio, "but always with reference to his assiduity and ability in the class in which he had been serving". *Senonché il proposito rimase per lo più sulla carta se è vero che "Sir alexander Spearman, who had benn in the Service since 1824, said that he knew of no instance in which the Minute had been utilized"*.

²⁸³ Per la distinzione tra c.d. burocrazia fiduciaria e burocrazia garantita v. le osservazioni di G.PASTORI, *Burocrazia (voce)*, in *Digesto IV*, disc. pubbl., II, Torino, 1987, p. 403.

²⁸⁴ *Report on the Organization of the permanent Civil Service*. Vedilo in <http://www.civilservant.org.uk/northcotetrevelyan.pdf>

di certo anche più significativa, stagione del *Civil Service* britannico.

Il *report* partiva dalla constatazione del fallimento del sistema del *patronage*²⁸⁵, di cui caldeggiava il definitivo superamento tramite l'introduzione del *merit system*, di un modello cioè nel quale reclutamento, promozione ed avanzamento nella carriera fossero esclusivamente governati dal criterio del merito e non dalla *seniority* o, peggio ancora, dal favoritismo partitico o personale.

Da qui l'introduzione, ai fini dell'accesso agli impieghi, di esami aperti e competitivi, condotti da una struttura unica per tutto il *Civil Service*²⁸⁶ composta da commissari competenti ed imparziali²⁸⁷.

Modello questo che prendeva aperta ispirazione dal sistema di reclutamento dei c.d. mandarini cinesi²⁸⁸, poco prima positivamente sperimentato nell'amministrazione britannica delle Indie e replicato nei sistemi di accesso alle più prestigiose istituzioni universitarie del Paese²⁸⁹.

È, dunque, proprio in questo periodo storico che nasce il modello di *Civil Service* britannico, universalmente conosciuto per le sue caratteristiche di imparzialità, onestà, integrità, obbiettività, nonché per l'importanza accordata al principio del merito quale unico criterio di selezione e promozione del personale²⁹⁰.

È sempre in questo periodo storico che viene a forgiarsi la figura di *civil servant* al servizio della Corona, imparziale e leale, pronto

²⁸⁵ G.A.CAMPBELL, *The civil service in Britain*, Gerald Duckworth & Co. Ltd., 1965, p. 5.

²⁸⁶ A partire dal 1865, onde sottrarre il reclutamento alle influenze della politica, la responsabilità del reclutamento venne affidata ad una *Civil Service Commission*. V. C.TURPIN-A.TOMKINS, *British Government and the Constitution*, Cambridge University Press, Seventh edition, 2011, p. 440; anche J.F.GARNER, *Administrative Law*, Butterworths, London, 1979, p. 40.

²⁸⁷ B.CHAPMAN, *The profession of Government – The public service in Europe*, George Allen & Unwin LTD, London, 1959, p. 77.

²⁸⁸ G.A.CAMPBELL, *The civil service in Britain*, Gerald Duckworth & Co. Ltd., 1965, p. 5.

²⁸⁹ E.W.COHEN, *The Growth of the British civil service 1780-1939*, *op.loc.cit.*, p.81.

²⁹⁰ G.GARDINI, *Imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, Giuffrè, 2003, p. 135 e segg.ti.

a servire in pari modo, e con pari lealtà, il Governo del momento²⁹¹.

Una ulteriore tappa evolutiva del *Civil Service* viene a realizzarsi a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso, con l'affermazione del nuovo paradigma del *New Public Management* e con la conseguente importazione nel governo degli apparati pubblici di modelli di gestione di stampo aziendalistico.

In questa nuova prospettiva, un ruolo decisivo viene assegnato al c.d. modello dicotomico *Wilsoniano*, imperniato sulla distinzione tra le funzioni di indirizzo politico e funzioni di gestione²⁹².

Nel sistema britannico, il principio di distinzione venne, tuttavia, implementato intervenendo, in prima battuta, sul versante organizzativo, tramite la creazione di apposite agenzie esecutive²⁹³ all'interno delle tradizionali strutture dipartimentali (c.d. "*next steps reforms*"²⁹⁴).

A tali nuovi soggetti vennero assegnate gran parte delle funzioni operative prima intestate in capo ai Dipartimenti, lasciando a quest'ultimi le sole funzioni di indirizzo e controllo²⁹⁵.

In tale nuovo modello organizzatorio, l'individuazione dei servizi, degli obiettivi e delle modalità di monitoraggio della performance

²⁹¹ G.GARDINI, *Imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, Giuffrè, 2003, p. 135 e segg.ti.

²⁹² W.WILSON, *The Study of Administration*, in *Political Science Quarterly*, Vol. 2, No. 2 (Jun., 1887), pp. 197-222 p. 211.

²⁹³ V. M.MORAN, *Politics and Governance in the UK*, Palgrave, 2005, specie pp. 139 e 155, a parere del quale, condivisibilmente, "*agentification has been an attempt to reassert the Wilsonian dichotomy*".

²⁹⁴ Il disegno riformatore, compendiabile nella formula del "*Next Steps agencies*" ebbe origine in un *report* del 1988, intitolato "*Improving Management in Government: The Next Steps*", v. P.LEYLAND G.ANTHONY, *Administrative Law*, Oxford University press, Seventh edition, Oxford, 2013, p. 92 e segg.ti.

²⁹⁵ "*The Chief Executive of the agency is personally responsible for the agency's performance in relation to these objectives and targets. The agency's performance is monitored by its department, and full details of the tasks the agency has been given, and its performance against them, are published in its annual reports and accounts*" M.R.FREEDLAND, *Government by contract and public law*, P.L. 1994, Spr, 86-104.

veniva rimessa a specifici accordi tra le strutture (c.d. “*framework document*”²⁹⁶).

A tali accordi veniva, altresì, affidato il compito di regolare il rapporto tra il Ministero ed il capo esecutivo dell’agenzia, da alcuni ritenuto assimilabile ad un vero e proprio rapporto di tipo contrattuale²⁹⁷.

È dunque vero che, in assenza di una specifica base statutaria, il principio di distinzione tra politica ed amministrazione è stato inoculato nell’ordinamento britannico, tramite interventi di natura organizzatoria, senza neppure incidere – almeno in questa prima fase - sul rapporto di lavoro dei *Civil servant*, benché la gran parte degli impiegati governativi trovasse oramai impiego proprio in seno alle nuove agenzie²⁹⁸.

Di certo vi è che le riforme degli anni Ottanta determinarono, almeno in parte, il superamento di alcuni dei caratteri di fondo del modello *Whitehall*, mercé l’attenuazione della regola sull’anonimato del funzionario e l’erosione del principio della responsabilità ministeriale²⁹⁹.

Non mancano, peraltro, neppure in questa ulteriore fase spinte verso una maggiore caratterizzazione in senso politico degli apparati pubblici.

Sebbene i documenti governativi degli anni Novanta fossero assai attenti a presentare le nuove riforme come compatibili con le tradizionali caratteristiche di imparzialità del *Civil service*³⁰⁰,

²⁹⁶ T.DAINTITH-A.PAGE, *The executive in the constitution*, Oxford University Press, 2000, p. 41.

²⁹⁷ P.LEYLAND G.ANTHONY, *Administrative Law*, op.loc.cit., p. 92 e segg.ti.

²⁹⁸ Alla data del 1999, su 466 mila *civil servants* complessivi ben 362 mila risultavano assegnati a 138 *Next Steps Agencies*, così P.LEYLAND G.ANTHONY, *Administrative Law*, op.loc.cit., p. 92 e segg.ti.

²⁹⁹ S.FREDMAN, *The legal context: public or private?* in *Employee relations in the public services themes and issues*, S.CORBY-G.WHITE, Routledge Studies in Employment Relations) Hardcover – April 19, 1999. Anche da parte degli autori più favorevoli al nuovo paradigma il rischio concreto di politicizzazione è avvertito. V. N.D.LEWIS, *A Civil Service Act for the United Kingdom*, in *Public Law*, 1998, Aut., 463-488. Sull’attenuazione della responsabilità ministeriale conseguente, in particolare, al c.d. “Next step” v. P.LEYLAND G.ANTHONY, *Administrative Law*, Oxford University Press, 2013, p. 95.

³⁰⁰ Ma anche in dottrina “*We share the Government's view that the Next Steps reforms are in principle compatible with the maintenance of the traditional*

alcune misure, come per esempio l'ampliamento delle nomine di esterni nei ruoli più alti dell'amministrazione, diedero, di fatto, il via ad una maggiore politicizzazione degli apparati³⁰¹.

Peraltro anche in Gran Bretagna, come altrove, il modello Wilsoniano ha dato luogo ad esiti paradossali in punto di distinzione tra politica ed amministrazione, in ragione della ritrosia del potere politico ad abbandonare la gestione quotidiana del potere e ad arretrare, in tal modo, dietro la soglia dell'esercizio di sole funzioni di indirizzo e controllo³⁰².

Era, tuttavia, inevitabile che l'importazione di modelli aziendalistici all'interno degli apparati pubblici sospingesse, nel lungo periodo, verso una maggiore flessibilizzazione degli stessi apparati ministeriali.

Si spiega così la penetrazione del paradigma managerialista anche all'interno delle tradizionali strutture burocratiche di tipo dipartimentale, tramite l'introduzione di forme (del tutto particolari) di contrattualizzazione dei *Senior civil servant* e l'importazione di sistemi di gestione per obiettivi.

Il fenomeno è divenuto viepiù evidente nelle riforme più recenti, con le quali si è inteso approfondire il grado di connotazione politica delle nomine dei *Senior civil servant*, introducendo forme

values of the Civil Service" così N.D.LEWIS, *A Civil Service Act for the United Kingdom, in Public Law*, 1998, Aut., 463-488.

³⁰¹ G.GARDINI, *Imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, Giuffrè, 2003, p. 142 e segg.ti. S.FREDMAN, *The legal context: public or private?* in *Employee relations in the public services themes and issues*, S.CORBY-G.WHITE, Routledge Studies in Employment Relations) Hardcover – April 19, 1999, p. 61; C.TUPLIN-A.TOMKINS, *British Government and the constitution*, Cambridge, seventh edition, 2011.

³⁰² La politicizzazione degli apparati, quanto meno in riferimento alle posizioni apicali, è fenomeno che che preso piede diversi Paesi occidentali, sicché si è parlato di un modello di organizzazione pubblica di tipo globale. Così esattamente G.GARDINI, *Imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, Giuffrè, 2003, p. 135 e segg.ti. Ovunque si è assistito ad una paradossale fenomeno: nato per depoliticizzare la gestione degli apparati, affidandone la gestione quotidiana a dei Manager, il paradigma managerialista ha finito con l'accentuare la politicizzazione degli apparati, a motiva di una conclamata ritrosia del potere politica ad arretrare rispetto alla concreta quotidiana gestione del potere M.MAOR, *The paradox of the managerialism*, in *Public Administration Review*, Vol. 59, No. 1 (Jan. - Feb., 1999), pp. 5-18.

di *accountability* dei pubblici funzionari innanzi al Parlamento, quanto meno in relazione gestione dei progetti loro direttamente affidati.

Tornando per il momento all'accennata introduzione di un management per obiettivi anche dentro le strutture dipartimentali, e rimandando al prosieguo la disamina dei più recenti sviluppi, è da dire che si avvertì anche nel modello britannico la necessità di munire la dirigenz di poteri di gestione adeguati, onde rendere esigibile la responsabilità di risultato.

Ebbene, detta esigenza venne, almeno in parte, soddisfatta dall'approvazione nel 1992 dal *Civil Service (Management Functions) Act*, con cui venne riconosciuta, per la prima volta, la possibilità di delega, verso altri servitori della Corona, delle funzioni di gestione del personale fino ad allora esercitate, per conto di tutti i dipartimenti, dal *Minister for the civil service*³⁰³.

Si trattava di una importante innovazione.

Si rammenta in proposito che la determinazione delle condizioni di servizio nonché le funzioni di gestione del personale costituivano, ancora a quel tempo, esercizio di vere e proprie "prerogative reali" esercitate dal *Minister for the Civil service* per conto del *Crown*, come tali, non delegabili ai diversi ministri o capi esecutivi delle agenzie³⁰⁴, stante il divieto – esistente anche nel *common law* - di delega di funzioni a loro volta delegate (dal *Crown*).

Il divieto di subdelega, di fatto, precludeva una differenziazione effettiva delle condizioni e dei termini di servizio tra i diversi Dipartimenti ed Agenzie.

Si capisce a questo punto l'importanza della innovazione, là dove consentiva di delegare ad altri servitori della Corona le prerogative reali in materia di condizioni di servizio dei *civil servant*.

A questo primo importante intervento fece seguito nel 1996 l'approvazione del nuovo *Civil service management code*³⁰⁵, il cui

³⁰³ *Civil Service Order in Council* 1982, articolo 4.

³⁰⁴ S.FREDMAN, *The legal context: public or private*, in *Employee Relations in the Public Services: Themes and Issues*, by Corby, Susan, White, Geoff, p. 56.

³⁰⁵ Il codice è preceduto dal Libro bianco "Taking forward continuity and change", col quale si intendeva sincronizzare il programma di riforma *next step*

avvento coincise col riconoscimento di più ampi poteri di gestione in capo ai direttori esecutivi dei Dipartimenti e delle Agenzie, compresa la possibilità, fino ad allora espressamente esclusa, di stipulare veri e propri contratti di lavoro coi *senior civil servant*, nell'ottica di una gestione del personale incentivante, diversificata e per obiettivi³⁰⁶.

2. *Alla ricerca di una definizione di Civil Servant*

Si è in precedenza tentato di offrire una panoramica, sotto il profilo storico-evolutivo, del *Civil service* britannico.

La ricostruzione appare ancora incompleta, in quanto trascura di considerare le novità più recenti, emerse nell'ultimo lustro, cui sarà dedicata una autonoma, e più approfondita trattazione.

Prima, tuttavia, pare opportuno abbandonare la dimensione storica- ricostruttiva, lasciando per il momento spazio ad una prospettiva di tipo diverso, intesa ad illustrare i profili di maggiore criticità del *Civil service*, onde tentare poi di delineare un quadro di sintesi di comparazione tra il sistema britannico e quello italiano, alla luce delle riforme di recente introdotte nell'uno e nell'altro sistema.

In questo diverso orizzonte d'analisi, si pone indubbiamente all'attenzione dell'osservatore esterno il problema relativo alla natura giuridica del rapporto di impiego dei *Civil Servant*, tema questo che da più tempo affatica giurisprudenza e dottrina britannica.

Il dibattito sul punto appare tutt'altro che sopito, benché le più recenti riforme abbiano introdotto – anche esplicitamente - moduli

agency con la maggiore flessibilizzazione nell'impiego della forza lavoro. Era il libro bianco a prevedere l'espressa introduzione di contratti per i *senior civil servant* ed a limitare l'intervento nelle nomine della Commissione ai soli *senior servants*. Ne dà conto M.FREEDLAND, *Contracting the employment of civil services - a transparent exercise?* in P.L. 1995, Sum, 224-233.

³⁰⁶ La riforma venne concepita proprio nell'ottica di superare la tradizionale visione che negava il carattere contrattuale del rapporto di impiego dei *civil servants* v. sul punto T.DAINTITH-A.PAGE, *The executive in the Constitution*, Oxford University Press, 2000, p. 77.

di tipo consensuale nella gestione del rapporto di impiego dei (*Senior*) *Civil servant*.

Lungo questa direzione d'analisi appare inevitabile imbattersi anche nel problema, di non minore delicatezza e complessità, relativo alla stessa definizione di *Civil servant*³⁰⁷.

Partendo proprio da quest'ultimo punto, appare necessario rilevare come non esista piena coincidenza, o sovrapposizione, tra *Civil Servant* e *Crown Servant*.

La prima categoria non esaurisce per intero la seconda, sicché esistono categorie o classi di lavoratori pubblici che, pur essendo al servizio della Corona e, dunque, *Crown Servant*, non sono invece *Civil Servant*.

Come ben evidenziato in dottrina, sarebbe del tutto vano tentare di ricavare dalle definizioni legislative, pure presenti, elementi utili a perimetrare l'area in cui si attesta la presenza dei *Civil Servant*, posto che le diverse definizioni adoperate di volta in volta dal Legislatore per delineare l'ambito applicativo di determinate discipline³⁰⁸, quando non si sono rivelate addirittura tautologiche³⁰⁹, hanno mostrato scarsa attitudine ad impieghi più generalizzanti.

Né è parsa soddisfacente, in ragione della sua scarsa efficacia selettiva, la tradizionale definizione, invalsa a partire dalla *Tomlin Royal Commission on the Civil Service* del 1931, secondo la quale sarebbero “*servant of the Crown, other than political or judicial officiers, who are employed in a civil capacity and whose remuneration is paid wholly and directly out of monies voted by Parliament*”.

Per identificare la categoria dei *Civil Servant* si è così proposto di cominciare a tracciarne i confini in negativo, individuando cioè

³⁰⁷ N.D.LEWIS, *A Civil Service Act for the United Kingdom*, in *Public Law*, 1998, Aut., 463-488.

³⁰⁸ Quella pensionistica per esempio, tramite il Superannuation Act 1972.

³⁰⁹ “*From the outset, it should be recognised that although it is possible to provide a definition of the civil service, such a definition will be limited by place and time and will be in response to the needs and structure of a given society*”, così R.SANDBERG, *A Whitehall farce? Defining and conceptualising the British Civil Service*, in *Public Law*, 2006, Win, 653-663

classi di *Crown Servant* pacificamente non appartenenti alla categoria dei *Civil Servant*.

Si è così in primo luogo escluso che possano essere *Civil Servant* gli appartenenti ai corpi militari, posto che i membri delle forze armate svolgono un servizio di tipo militare e, dunque, non civile³¹⁰.

Allo stesso modo non possono essere *Civil servant* gli addetti alle forze di polizia, giacché non si tratta di lavoratori dipendenti dal *Crown*³¹¹.

Si è poi esattamente fatto osservare come neppure possano qualificarsi a stregua di *Civil Servant* coloro i quali ricoprono cariche politiche, non fosse altro per il regime di incompatibilità, altrimenti incomprensibile, imposto dal Legislatore tra le due categorie di *Crown Servant*³¹².

Per altre categorie il problema viene risolto a monte dalla non appartenenza alla schiera dei *Crown Servant*: tale sembra essere la posizione degli impiegati della *House of Commons*, della *House of Lords*, del *National Health Service* e dei *local government*, tutti assoggettati alle medesime regole dei lavoratori privati, ond'è che in questi casi il problema del fondamento contrattuale del rapporto di lavoro neppure è da porsi.

Per tentare di offrire una definizione in positivo di *Civil Servant* si è così cercato di conferire valore qualificante ad una pluralità di criteri discretivi.

Non solo a quelli tradizionali, intesi a verificare la presenza di una remunerazione interamente, e direttamente, assicurata a mezzo dei

³¹⁰ R.SANDBERG, *A Whitehall farce? Defining and conceptualising the British Civil Service*, op.loc.cit. Nello stesso senso C.TUPIN-A.TOMKINS, *British Government and the Constitution*, Cambridge University press, Sevent edition, 2011, p. 439.

³¹¹ J.ALDER, *Constitutional & administrative law*, Palgrave MacMillan. Ninth edition, 2013, p. 327.

³¹² Cfr. L'*House of Commons Disqualification Act 1975*, s.1(1)(b), a mente del quale "Subject to the provisions of this Act, a person is disqualified for membership of the House of Commons who for the time being [F1(z)] is a Lord Spiritual;]

(a) holds any of the judicial offices specified in Part I of Schedule 1 to this Act;
(b) is employed in the civil service of the Crown, whether in an established capacity or not, and whether for the whole or part of his time...".

fondi reperiti dal Parlamento³¹³, ma anche ad altri, relativi alle fonti di disciplina ed alle funzioni disimpegnate dai *Civil Servant*. Quanto alle fonti della regolamentazione, la peculiarità del rapporto di impiego dei *Civil Servant* sta in ciò che la sua disciplina deriva sostanzialmente dall'esercizio di prerogative reali³¹⁴, peraltro delegate dal *Crown* al Ministero per il “*Civil Service*” e, dunque, di fatto al Primo Ministro³¹⁵, ma da tempo ulteriormente delegabili a beneficio dei diversi servitori della Corona, all'interno dei singoli Dipartimenti e delle singole Agenzie.

Come si vedrà, tali prerogative hanno oggi, specie dopo la riforma costituzionale del 2010, una specifica base statutaria.

Sotto il profilo funzionale non si dubita che i *Civil Servant* siano preposti ad aiutare, consigliare e ad eseguire in modo *imparziale*, le politiche adottate nell'ambito delle amministrazioni centrali³¹⁶.

In ordine alle caratteristiche delle funzioni espletate, la circostanza di essere “*servitori della corona*” comporta, quale ulteriore corollario, che il dovere di lealtà si indirizzi verso il ministro, inteso a stregua di membro del governo della Corona in quel momento in carica, e non già direttamente verso il pubblico³¹⁷.

³¹³ “*The civil service can also be defined in positive terms wholly and directly out of moneys provided by Parliament. It may be defined as consisting of Crown Servants whose remuneration is paid*”, R.SANDBERG, *A Whitehall farce? Defining and conceptualising the British Civil Service*, op.loc.cit.

³¹⁴ “*The civil service is unique in that it is regulated institutionally under the Royal Prerogative by means of Order in Council issued by the executive without the assent of the legislature*”, R.SANDBERG, *A Whitehall farce? Defining and conceptualising the British Civil Service*, op.loc.cit.

³¹⁵ V. *Civil Service Order in Council 1982*, articolo 4, Sul punto S.S.FREDMAN G.S. MORRIS, *Civil servants: a contract of employment?*, in P.L. 1988, Spring, 58-77.

³¹⁶ “*Thus, the civil service may be defined as those Crown Servants who constitute the central administration and who owe their loyalty impartially to assist, to advise and to carry out the lawful and non-party-political policies of the duly constituted administrations which they serve and who are accountable to a officeholder within that administration*”, R.SANDBERG, *A Whitehall farce? Defining and conceptualising the British Civil Service*, op.loc.cit.

³¹⁷ Così N.D.LEWIS, *A Civil Service Act for the United Kingdom*, in *Public Law*, 1998, Aut., 463-488.

Dunque, fonti di disciplina, finanziamento e funzioni esercitate si atteggiano, nel loro complesso, a criteri utili a contribuire, secondo la più accreditata Dottrina britannica, a definire i *Civil servant* come categoria munita di proprie specifiche peculiarità, distinta rispetto ad altre categorie di *public workers*, siccome assoggettate ad un regime giuridico tutt'affatto differente.

3. Sulla stabilità del rapporto di impiego dei *Civil servant*

Benché continui tuttora a rivestire enorme rilevanza sotto il profilo teorico, specie in sede di ricostruzione della natura del rapporto di impiego dei *civil servant*, il principio del “*dismissal at will*” ha nel tempo subito un vigoroso processo di erosione.

Come sovente rammentato dalla dottrina britannica, sul tema della stabilità del posto, si assiste oramai ad uno scarto profondissimo tra la regolamentazione formale e la realtà.

Ad onta della condizione di apparente precarietà, consacrata nella risalente regola del “*dismissal at will*”, il rapporto di impiego facente capo al *Civil Servant* appare, infatti, tra i più sicuri e solidi³¹⁸.

Alcuni studiosi preferiscono parlare di vera e propria stabilità *de facto*³¹⁹.

Si tratta, a ben vedere, di osservazione non completamente condivisibile.

È indubbiamente vero che la condizione di solidità e, conseguentemente, anche di stabilità del rapporto di impiego sia *de facto* comprovata dalla rarità dei casi di licenziamento.

³¹⁸ W.R.W.WADE C.FORSYTH, *Administrative law*, Tenth edition, Oxford University Press, 2009, p. 53 e segg.ti.

³¹⁹ S.FREDMAN G.S.MORRIS, *Civil servants: a contract of employment?* P.L. 1988, Spring, 58-77, secondo cui “*The common law principle of dismissal at will can also be attacked for being seriously out of step with contemporary practice. In the majority of cases it has little impact. Despite their legal vulnerability, civil servants have for decades enjoyed de facto security of tenure. The Code itself, while reiterating the Crown's right to dismiss at pleasure, nevertheless specifies a normal retirement age, notice periods, and procedures to be followed before dismissal. In addition, most civil servants have the statutory right not to be unfairly dismissed. This does not make dismissal at will entirely an irrelevant concept, however*”.

Tuttavia, oltre la prassi, in una dimensione, dunque, non solo fattuale, ma anche più propriamente giuridica, ricorrono specifici elementi in grado di assicurare adeguate garanzie di stabilità in capo ai *civil servant*.

In primo luogo, la posizione dei *Civil servant*, come definita dal *common law*, è stata significativamente modificata dall'”*Industrial Relation Act*” del 1971, che ha esteso loro la tutela contro l'”*unfairly dismissal*”, riconosciuta a beneficio dei dipendenti privati³²⁰.

Non solo.

Il “*Civil Service Management Code*” impone all'amministrazione l'osservanza di uno specifico procedimento disciplinare, quale condizione di legittimità del licenziamento.

Viene, inoltre, riconosciuto il diritto di impugnazione della sanzione disciplinare innanzi al *Civil Service Appeals Board*, la cui decisione risulta, a sua volta, assoggettata al *judicial review*, benché questa possibilità sia oggi, almeno sotto il profilo teorico, controversa.

Peraltro, proprio l'accesso al rimedio del c.d. *certiorari* nell'ambito del *judicial review*, consegna nelle mani del *civil servant* un formidabile strumento per ottenere l'annullamento della decisione di licenziamento ed il conseguente *reinstetment* in servizio³²¹, con una tutela reale corrispondente in Italia più a quella (d'annullamento) assicurata dal giudice amministrativo che a quella reintegratoria somministrata dal Giudice del Lavoro, mercé applicazione dell'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori (quanto meno nella sua originaria formulazione).

In definitiva, i dipendenti pubblici britannici, e più in particolare, i *Civil Servant* godono di un livello di stabilità senza riscontro nel settore privato, specie considerando che per i lavoratori privati la reintegrazione in servizio conseguente alla declaratoria di

³²⁰ V. T.C.HARTLEY, J.A.G.GRIFFIT, *Government and law, Weidenfeld and Nicolson*, London, 1975, p. 85 nonché J.F.Garner, *Administrative Law*, Butterworths London, 1979, p. 43.

³²¹ S.FREDMAN, *The legal context: public or private*, in *Employee Relations in the Public Services : Themes and Issues*, by Corby, Susan, White, Geoff, p. 58; S.FREDMAN-G.MORRIS, *Judicial review and civil servants: contracts of employment declared to exist*, in P.L. 1991, Win, 485-490.

illegittimità del licenziamento ingiusto costituisce misura del tutto eccezionale, essendo il più delle volte sostituita dal pagamento di una indennità³²².

Il solco profondissimo esistente tra il regime giuridico dei *Civil servant* e quello facente capo ai lavoratori privati sembra, dunque, derivare principalmente dalla disponibilità, per i primi, del rimedio, di stampo pubblicistico, del c.d. *Judicial Review*, in grado di assicurare un livello di effettività della tutela sconosciuto ai secondi.

È anche vero, tuttavia, che nel sistema giudiziario britannico l'effettivo ricorso al rimedio giurisdizionale del *Judicial review* è eventualità rara, tanto essendo attestato dalla quasi assenza di precedenti giurisprudenziali, riguardanti i *civil servant*.

Benché negli anni il numero delle iniziative giurisdizionali abbia conosciuto un aumento costante, la sostanziale asfitticità del contenzioso ha per molto tempo reso meno evidente, almeno sotto il profilo pratico, un dato - viceversa - munito di enorme importanza, sotto il profilo teorico.

Si intende alludere all'aporia derivante dalla presenza di un rimedio tipicamente pubblicistico, quale indubbiamente è il *Judicial review*, in un settore che si vorrebbe, invece, affidato alla gestione secondo paradigmi aziendalistici.

In realtà, proprio questo elemento di contraddizione ha offerto argomenti onde spingere il Governo, nell'esercizio delle prerogative reali, ad introdurre un più marcato regime di contrattualizzazione dei *Senior civil servant*.

L'approvazione nel 1996 del "*Civil service management code*"³²³ e la possibilità da questo introdotta di stipulare veri e propri contratti di lavoro coi *senior civil servant* rispondeva, come evidenziato da attenta dottrina, proprio alla necessità di inibire il

³²² S.DEAKIN-G.S.MORRIS, *Labor Law*, Fifth Edition, p. 351 e segg.ti.

³²³ Il codice è preceduto dal Libro bianco "*Taking forward continuity and change*", col quale si intendeva sincronizzare il programma di riforma *next step agency* con la maggiore flessibilizzazione nell'impiego della forza lavoro. Era il libro bianco a prevedere l'espressa introduzione di contratti per i *senior civil servant* ed a limitare l'intervento nelle nomine della Commissione ai soli *senior servants*. Ne dà conto M.FREEDLAND, *Contracting the employment of civil services - a transparent exercise?* in P.L. 1995, Sum, 224-233.

ricorso al *Judicial review*, strumento questo giudicato a stregua di fattore di perturbamento dei principi efficientistici e razionalistici del *New public management*.

4. Sulla controversa natura del rapporto di impiego dei *Civil Servant*

È giunto il momento di introdurre il tema, cui più volte s'è fatto cenno, relativo alla natura giuridica del rapporto di impiego dei *Civil Servant*.

La questione dell'esatta qualificazione della fonte costitutiva del rapporto di impiego dei *Civil servant* costituisce nodo problematico di non poco momento, siccome vivido di importanti conseguenze sotto molteplici profili, ad un tempo teorici e pratici, alcuni dei quali già in parte emersi, quando s'è fatto cenno al rimedio del *judicial review*.

Anche su questo fronte non irrilevanti appaiono le peculiarità del rapporto facente capo ai *Civil Servant* rispetto ad altre categorie di *public workers*.

Mentre, infatti, non si dubita che i rapporti di impiego di altre categorie, quali i dipendenti dei governi locali ovvero dell'amministrazione sanitaria, siano sostanzialmente retti da un contratto di lavoro, maggiori incertezze si nutrono, invece, con riferimento ai *Civil servant*, atteso che nel tempo sono state proposte ipotesi ricostruttive assai articolate e complesse³²⁴.

Tanto che il problema della natura giuridica del rapporto di impiego dei *civil servants* britannici continua a costituire ancora oggi una delle questioni costituzionali maggiormente intricate, oggetto di profonde divisioni in seno alla giurisprudenza ed alla dottrina³²⁵.

³²⁴ Questa affermazione vale per gli impiegati nelle public corporations, local government, the education service e nel National Health Service, ma non invece per gli appartenenti alle forze armate, agli staff parlamentari ed agli ufficiali ed agenti di polizia.

³²⁵ La problematicità del tema è rilevata da unanime dottrina. Sul punto, in particolare, G.S.MORRIS E SANDRA S. FREDMAN, *Civil servants: a contract of employment?* in *Public Law*, 1988. "The debate about whether or not civil servants have a contract of employment has for many years been a

Il tema si colloca esattamente a crinale tra diritto privato e diritto pubblico è ed stato, perciò, oggetto di pari attenzione da parte degli studiosi di *labor law* e di *public law*.

In particolare, il dibattito si presenta fortemente polarizzato attorno all'alternativa se fondare il rapporto di impiego tra *Civil Servant* e *Crown* sul contratto di lavoro ovvero sull'atto di nomina.

Secondo un primo, ed anche più tradizionale, orientamento il problema andrebbe rettamete ricostruito sul piano delle fonti.

In questa prospettiva, la particolarità del rapporto di impiego dei *Civil Servant* starebbe in ciò che la sua disciplina sarebbe affidata all'esercizio delle prerogative reali³²⁶.

La riserva a vantaggio delle prerogative reali viene fatta derivare dalla risalente tradizione monarchica secondo la quale il "*civil servant hold office at the pleasure of the Crown*", con la conseguenza che il dipendente, secondo il *common law*, sarebbe liberamente, ed in ogni tempo, licenziabile³²⁷.

Coerentemente si fa osservare in dottrina come la regola del "*dismissal at will*" e, dunque, la stessa condizione di (apparente³²⁸) precarietà dei *Civil Servant* sia strettamente correlata all'esercizio delle prerogative reali³²⁹, derivando l'una e l'altra dalla risalente ricostruzione del *British Public Service* alla stregua di una estensione della "*royal household*".

A tanto consegue, in questa prima prospettiva, l'inesistenza di un contratto di impiego e, conseguentemente, anche l'insussistenza di

constitutional chestnut which has exercised the minds of academics and, occasionally, the courts"; v. anche N.D.LEWIS, *A Civil Service Act for the United Kingdom*, in *Public Law*, 1998, Aut., 463-488.

³²⁶ *McClaren v Home Office*, [1990] ICR 824, CA. Rammenta che il "*The Civil Service has evolved under the Royal Prerogative and, except as regards superannuation, does not rest on a codified statutory basis*"

³²⁷ "*can be dismissed at any tyme*", v. C.TUPIN-A.TOMKINS, *British Government and the Constitution*, cit., p. 440.

³²⁸ Sul punto meglio *infra*.

³²⁹ W.R.W.WADE C.FORSYTH, *Administrative law*, Tenth edition, Oxford University Press, 2009, p. 53 e segg.ti.

diritti soggettivi (radicati in contratti) giustiziabili innanzi ad una Corte³³⁰.

Portata alle estreme conseguente, l'opzione ricostruttiva in parola conduce addirittura a negare giustiziabilità allo stesso diritto alla remunerazione del lavoro prestato³³¹, in sintonia peraltro con tutti gli altri sistemi di burocrazia adottati sul finire dell'Ottocento nei diversi Paesi dell'Europa continentale, retti anch'essi dal diritto amministrativo.

Debitrice di questa lunga tradizione era anche l'originaria formulazione del *Civil Service Pay and Conditions Code*, approvato nell'esercizio delle prerogative reali di regolamentazione del *Civil Service*, che sul punto prevedeva, con formula non suscettiva di ingenerare equivoci, che "*a civil servant does not have a contract of employment enforceable in the court*"³³².

Alla stregua di questa prima ricostruzione, il rapporto di impiego dei *Civil Servant* trarrebbe origine da un atto di nomina del *Crown* e non da un contratto, mentre i doveri di servizio deriverebbero dalla posizione di "*status*" derivante dalla nomina.

Proprio in merito alla posizione personale del *civil servant* mette conto osservare come a stregua di relazione di status fosse ricostruito anche il rapporto tra *master* e *servant* dei lavoratori comuni, sì che per tale via il regime giuridico dei funzionari della Corona non divergeva da quello proprio del lavoro privato³³³.

³³⁰ N.D.LEWIS, *A Civil Service Act for the United Kingdom*, in *Public Law*, 1998, Aut. 463-488.

³³¹ *Gibson v. East India Company* (1839) 5 Bing. N.C. 262 at 274; *High Commissioner for India v. Lall* 1948 L.R. 75 I.A. 225. T.C.HARTLEY, J.A.G.GRIFFIT, *Government and law*, Weidenfeld and Nicolson, London, 1975, p. 86.

³³² Par. 14

³³³ Ci paiono, dunque, esatte e puntuali le osservazioni di G.F.FERRARI, Voce, *Pubblico impiego in diritto comparato*, Digesto delle discipline pubblicistiche, 1997, secondo cui "*Si spiega così che il Civil Service venga ancora prevalentemente costruito nei classici termini di rapporto master-servant, con tutte le conseguenze di tale impostazione — sul piano sostanziale come su quello processuale —, con la ulteriore complicazione derivante dall'essere il master munito di perduranti poteri di prerogativa a fondamento sostanzialmente costituzionale. La combinazione dei poteri del master di diritto comune e di quelli della royal prerogative, questi ultimi delegati al Governo*

Questa comune radice non venne, infatti, del tutto recisa dalla peculiarità del *Master*, caratterizzato dalla titolarità di prerogative reali, a loro volta munite di fondamento costituzionale³³⁴.

Neppure sorprende che, almeno nei tempi più antichi, le relazioni di lavoro fossero riguardate, anche per i privati, in un'ottica diversa dal contratto.

Prima della fine del Settecento, nel contesto di una società ancora pre-industriale, il pensiero giuridico era ancora fortemente influenzato dalla convinzione che il *master* avesse un vero e proprio diritto reale sul *servant*³³⁵.

In quel contesto sociale, il contratto perdeva di significato rispetto allo *status*.

Non importava di verificare l'origine della relazione, se contrattuale o meno, ma solo la condizione personale, ritenuta bastevole ad inferirne l'esistenza di una serie di obblighi, alcuni dei quali assistiti da sanzione penale, come nel caso di abbandono del servizio, come la dottrina suole rammentare³³⁶.

con Order in Council o nelle altre forme consuetudinarie di minor solennità, pone la Corona in condizione di assoluta supremazia e di incondizionata discrezionalità nel trattamento dei propri servants e inibisce la configurazione di veri e propri diritti di stato giuridico ed economico in capo ad essi, precludendo per conseguenza anche la azionabilità in giudizio ordinario di aspettative inerenti al rapporto”.

³³⁴ V. in particolare, D.STANLEY, *Prerogative in Private and Public Employment*, in *McGill Law Journal*, Vol. 20, Issue 3 (September 1974), pp. 394-413, secondo cui “*Just as the modern private sector employer-employee relationship has its historic roots in the masterservant household model, so also does the public employment relationship*” .

³³⁵ LORD WEDDERBURN, R.LEWIS, J.CLARK, *Labor Law and industriale relation, building on Kahn-Freund*, Clarendon press, p. 149. W. HOLDSWORTH, *A history of english law*, Vol. 4, third edition, 1945, Methuen&Co. LTD, pag. 384.

³³⁶ S.DEAKIN G.S.MORRIS, *Labor Law, Hart Publishing Oxford and Portland Oregon*, fifth edition 2009, p. 55; LORD WEDDERBURN, R.LEWIS, J.CLARK, *Labor Law and industrial relation, building on Kahn-Freund*, Clarendon press, p. 148.

Solo negli ultimi decenni del Settecento, con l'avvento della rivoluzione industriale, si avviò il passaggio dallo “*status*” verso il “contratto”³³⁷.

L'abbandono della logica proprietaria a vantaggio di quella contrattuale andò consumandosi sul terreno dell'azione “*for loss of services*”.

L'azione in parola, presente nell'ordinamento britannico fin dal XIV secolo, consentiva al *master* di rivalersi nei riguardi dei terzi i quali avessero intenzionalmente ferito il *servant* o ne avessero, in qualche modo, pregiudicato la resa in servizio³³⁸.

Ebbene, sul finire del '700 la giurisprudenza si persuase che la causa dell'azione fosse da ravvisarsi non già nella ricorrenza di un diritto reale, bensì nell'esistenza di un contratto, di cui veniva teorizzata la lesione per effetto della condotta illecita posta in essere da terzi³³⁹.

Con questa giurisprudenza venne ad aprirsi un nuovo capitolo nello sviluppo dell'ordinamento britannico, sia nell'ambito del diritto civile, tramite la creazione di strumenti collocati esattamente a metà strada tra *contract* e *tort* (c.d. lesione del diritto di credito), sia nell'ambito del diritto del lavoro, ove si abbracciò con più decisione la prospettiva contrattuale, lasciando definitivamente alle spalle le arcaiche ricostruzioni che avevano sin lì spiegato la posizione del lavoratore in termini di *status* personale.

Il passaggio dallo *status* al contratto non ha coinvolto, non almeno con la medesima decisione, i *Civil servant*.

La questione, come si diceva, risulta oggetto di controversia.

³³⁷ H.S.MAINE, *Ancient law*, Sir F.Pollock (ed.), Boston: Beacon Press, 1963, p. 165, secondo cui “*If then we employ Status, agreeably with the usage of the best writers, to signify these personal conditions only, and avoid applying the term to such conditions as are the immediate or remote result of agreement, we may say that the movement of the progressive societies has hitherto been a movement from Status to Contract.*”

³³⁸ V. JHON FABIAN WITT, “*From Loss of Services to Loss of Support: The Wrongful Death Statutes, the Origins of Modern Tort Law, and the Making of the Nineteenth-Century Family,*” *25 Law & Social Inquiry* 717 (2000),

³³⁹ W.S.HOLDSWORTH, *A history of english law*, Methuen &CO LTD. 36 Essex Street WC London, 1945, volume IV, 385.

Ad un primo orientamento, inteso a predicare la perdurante validità della ricostruzione a stregua di status personale, se ne contrappone storicamente altro, niente affatto minoritario, incline a ricostruire il rapporto tra *Crown* e *civil servant* in termini tutt'affatto diversi, valorizzando la presenza di una fonte costitutiva di natura contrattuale.

A tale stregua, non sarebbe ostativa alla predicabilità di questa diversa opzione la presenza della risalente regola del “*dismissal at will*”³⁴⁰, potendo la stessa ricostruirsi alla stregua di condizione implicita di contratto e, dunque, in termini giuridicamente compatibili con l’asserita esistenza di un accordo contrattuale³⁴¹.

Anche la giurisprudenza ha mostrato grandi segnali di apertura a favore della tesi contrattualistica, escludendo per esempio che tale diversa opzione esponga a problemi di correttezza costituzionale.

La tesi contrattualistica è andata poi rinsaldandosi all’indomani delle riforme degli anni Ottanta³⁴² e, segnatamente, dopo

³⁴⁰ Sebbene secondo il Common Law si pretenda una espressa previsione.

³⁴¹ Così J.F.GARNER, *Administrative Law*, Butterworths, London, 1979, p. 41. Vedi anche i precedenti ivi citati *Since Rodwell v Thomas* ([1944] 1 KB 596, [1944] 1 All ER 700, 114 LJKB 6, 171 LT 278, 60 TLR 431, 11 Digest (Repl) 571, 87) support for this rule has been forthcoming from a number of cases including *Terrell v Secretary of State for the Colonies* ([1953] 2 QB 482, [1953] 2 All ER 490, 97 Sol Jo 507, 8 Digest (Repl) 793, 509); *Inland Revenue Commissioners v Hambrook* ([1956] 1 All ER 807, (1956) 2 QB 641, 100 Sol Jo 284, affd (1956) 2 QB 658, (1956) 2 All ER 338, 100 Sol Jo 632, CA, 34 Digest (Repl) 225, 1632) and *Roidan v War Office* ((1959) 3 All ER 552, (1959) 1 WLR 1046, 103 Sol Jo 921, affd (1960) 3 All ER 774, n, (1961) 1 WLR 210, CA, Digest Cont Vol A, 260, 93a) affirmed on appeal (see [1960] 3 All ER 774). Sempre in giurisprudenza *Dunn v. The Queen* (1896), 1 Q.B. 116, citata da T.C.HARTLEY, J.A.G.GRIFFIT, *Government and law*, Weidenfeild and Nicolson, London, 1975, p. 83, nonché, in tempi più recenti, *Nobrega v Attorney-General of Guyana* - (1967) 10 WIR 187 secondo cui “*At common law the trend of judicial decisions and dicta seems to be that on grounds of public policy, there is an implied term in such contracts of service, that servants are dismissible at the pleasure of the Crown; and that this right is unfettered, except limited by law itself*”.

³⁴² Secondo una tendenza comune a diversi Paesi M.MAOR, *The Paradox of Managerialism* “*Third, where alternative policy advisory structures emerge, as in Australia, New Zealand, and some European countries, the senior bureaucrat's role is contracting* (*Peters and Wright, 1996, 636-8; Peters, 1993, 50; Halligan and Power, 1992; Polidano, 1996; Rose, 1987, 426-7*)”.

l'adozione nel 1996 del *Civil service managment code* con cui si esortavano dipartimenti ed agenzie a stipulare contratti individuali di lavoro coi *senior civil servant*³⁴³.

Sebbene riferita ai soli *Senior civil servant*, la disposizione potrebbe considerarsi a stregua di punto di emersione di un più generalizzato riconoscimento, da parte del *Crown*, della esistenza di una relazione di tipo contrattuale con riferimento a tutti i *Civil servants* e non solo ai “*Senior Civil servant*”.

Senonché, il dibattito in seno alla dottrina ed alla giurisprudenza britannica appare, ancora oggi, ben lungi dall'essere sopito, benché forti siano divenute nel tempo le sollecitazioni verso una più moderna lettura del rapporto di impiego dei *civil servant*.

Pressioni lungo questa direzione senza dubbio derivano dall'inarrestabile processo di progressiva assimilazione del lavoro pubblico rispetto al lavoro privato, emerso sul piano del diritto statutario in ordine a profili di disciplina non secondari quali quelli relativi alla tutela antidiscriminatoria ovvero alla tutela contro il licenziamento illegittimo.

Al fondo di questo fenomeno si pone la scelta, di cui si è già ampiamente detto, relativa all'introduzione di moduli aziendalistici all'interno dei tradizionali apparati pubblici.

Tuttavia sarebbe affrettato concludere per la contrattualità dei rapporti di impiego dei *civil servant*.

³⁴³ In particolare il paragrafo 5.3 rubricato “*Senior Civil Service Terms and Conditions*” ove si prevede che “5.3.1 *The terms and conditions laid down centrally for the Senior Civil Service are summarised below. Contracts* 5.3.2 *Departments and agencies must require individuals to sign a personal contract before taking up: a. a first appointment in the Senior Civil Service; b. any post which involves both a step change in responsibilities and an automatic pay increase payable under departmental or agency rules in recognition of those responsibilities; or c. a first post in the Top 200. 5.3.3 Departments and agencies must consult the Cabinet Office in advance if they wish to offer an appointment on terms significantly at variance with those set out in the model contract available from the Cabinet Office*”. V. sul punto N.D.LEWIS, *A Civil Service Act for the United Kingdom, in Public Law*, 1998, Aut., 463-488, ma anche J.ALDER, *Constitutional & administrative law*, Palgrave MacMillan, 2013, p. 329.

E', piuttosto, vero che le riforme degli anni intervenute negli ultimi vent'anni non sono riuscite a determinare una completa assimilazione ai modelli privatistici.

In primo luogo perché nessuna relazione contrattuale sembra intercorrere tra *civil servant* e singola struttura, sia essa il Dipartimento o l'Agenzia, essendo ancora oggi il *Crown* il datore di lavoro del *Civil servant*.

Convince, soprattutto, della impossibilità di predicare una completa assimilazione la circostanza che il *Civil service management code*, lungi dal determinare condizioni e termini di contratto universalmente vincolanti nei riguardi di tutti i *civil servant*, sembra piuttosto contenere delle mere linee guida, atte semplicemente ad orientare l'esercizio della discrezionalità dei capi struttura.

Sotto diverso, ma collegato profilo, è da segnalare il dato particolarmente significativo della perdurante riserva a vantaggio del datore di lavoro pubblico del potere di dettare in via unilaterale le condizioni di impiego dei *servant*: potere questo derivante in tempi risalenti dalle prerogative reali ed oggi, invece, da espresse previsioni di legge.

Dunque ancora oggi il sistema presenta nel suo complesso specificità tali da non consentirne una completa assimilazione al sistema in uso presso le imprese, come la dottrina lavoristica britannica apertamente riconosce, là dove afferma che, se di contratto può parlarsi, si tratta comunque di un contratto assai particolare, privo di riscontro nel settore privato³⁴⁴.

Di certo il dibattito attorno alla natura giuridica del rapporto di impiego dei funzionari pubblici appare lungi dall'essere chiuso, sì che la *reductio ad unum* dei profili prima esaminati posti a crinale tra regolamentazioni unilaterale e moduli consensuale, costituisce dilemma cui dovranno, prevedibilmente anche in futuro, dedicarsi la dottrina e la giurisprudenza britannica.

Questo anche nella prospettiva della risoluzione del dilemma, ad un tempo teorico e pratico, dell'ammissibilità del rimedio del *judicial review*.

³⁴⁴ S.FREDMAN, *The legal context: public or private*, in *Employee Relations in the Public Services: Themes and Issues*, by Corby, Susan, White, Geoff, p. 59.

La dottrina britannica dell'ultimo secolo ha fatto oramai giustizia delle risalenti ricostruzioni, per lo più riferibili a DICEY³⁴⁵, intese a negare l'esistenza del *droit administratif* sul suolo britannico.

La circostanza che i funzionari non godano di particolari condizioni di privilegio e siano pertanto assoggettati alle medesime regole previste per i privati, non implica pure che le pubbliche amministrazioni siano sprovviste di prerogative speciali.

Anche in Gran Bretagna, come in tutti gli altri Paesi, ricorre l'esigenza di raccogliere le imposte, onde finanziare le spese pubbliche, ovvero di espropriare i suoi privati, onde consentire la realizzazione delle pubbliche opere.

Ciò chiaramente non potrebbe avvenire se non tramite l'esercizio di poteri unilaterali, funzionalizzati alla cura di specifici interessi pubblici.

Come in altri Paesi, anche nel Regno Unito sono stati poi forgiati specifici strumenti atti a consentire il controllo del potere pubblico.

Nell'esperienza britannica un ruolo centrale è storicamente svolto dal c.d. *Judicial review*, istituto assai risalente nel tempo, sebbene solo di recente oggetto di codificazione³⁴⁶.

Sebbene antiche siano le sue origini, rimane tuttora assai controversa la base costituzionale del *Judicial review*.

Tradizionalmente, il fondamento del *Judicial review* è stato ravvisato nella c.d. dottrina dell'*ultra vires*.

Secondo tale dottrina, i poteri del governo devono essere contenuti entro i confini, esplicitamente o solo implicitamente, individuati dalla legge, donde il controllo giurisdizionale volto a verificare se detti limiti siano stati o meno rispettati.

³⁴⁵ A.V.DICEY, *Introduction to the study of the Law of the constitution*, MacMillan and Co. Ltd, London, 1959. In verità, lo stesso pensiero dell'illustre Autore britannico attorno al *droit administratif* è evoluto nel tempo, riconoscendo nell'ultimo stadio della sua evoluzione una certa qual convergenza tra l'ordinamento britannico e quello francese: v. al riguardo S.CASSESE, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 150.

³⁴⁶ Si tratta delle riforme introdotte nel periodo 1977-1981 che hanno permesso l'ingresso nell'ordinamento di specifiche regole di procedura M.ELLIOTT-E.THOMAS, *Public Law*, second edition, Oxford University press, 2014, p. 519.

La teoria si raccorda armoniosamente col principio della sovranità parlamentare³⁴⁷.

Senonché, tale tradizionale ricostruzione è divenuta nel tempo oggetto di profonda revisione critica.

Si è infatti obiettato, con un certo grado di fondatezza, che la dottrina dell'*ultra vires* non sarebbe in grado di offrire una esauriente spiegazione nei casi di esercizio delle prerogative reali o di poteri appartenenti a "*non statutory bodies*", privi per definizione di una base legislativa, benché ugualmente assoggettati al *Judicial review*³⁴⁸.

La dottrina scontrerebbe, inoltre, un certo grado di artificiosità, atteso che i principi che governano il controllo giurisdizionale, quali quelli di *natural justice* e di razionalità, non originerebbero a stretto rigore dalla volontà della legge.

Da qui l'idea che i limiti all'esercizio del potere derivino direttamente da regole di *common law*³⁴⁹.

Il dibattito sembra riecheggiare quello italiano relativo al principio di buona fede, alle clausole generali ed alle c.d. figure sintomatiche dell'eccesso di potere che, già risalente dottrina, qualificava a stregua di espressione di principi fondamentali dell'ordinamento amministrativo, la cui inosservanza darebbe

³⁴⁷ J.F.GARNER, *Administrative law*, Butterworths, Fifth edition, London, 1979, pp.122 e segg.ti; M. ELLIOT, *The Constitutional Foundations of Judicial Review*, Oxford Hart Pub., 2001, P. 24.

³⁴⁸ Per una ricognizione delle critiche rivolte al rimedio del *Judicial review*, seppure nella prospettiva di un loro superamento, in difesa della dottrina tradizionale dell'*ultra vires* C.FORSYTH, *Of Fig Leaves and Fairy Tales: The Ultra Vires Doctrine, the Sovereignty of Parliament and Judicial Review*, *The Cambridge Law Journal*, Volume 55, Issue 1 March 1996, p. 122. Peraltro il controllo giurisdizionale sulle prerogative reali è acquisizione relativamente recente, v. *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service* (1985).

³⁴⁹ M.ELLIOT, *The constitutional foundations of judicial review*, 1975, Oxford: Hart Pub. 2001, p. 5; M.ELLIOTT-E.THOMAS, *Public Law*, second edition, Oxford University press, 2014, p. 444; D.OLIVER, *Is the ultra vires rule the basis of judicial review?* in *P.L.* 1987, Winter, 543-569.

luogo a vizi della funzione piuttosto che a vizi di tipo strutturale³⁵⁰.

Tralasciando di approfondire oltre il dibattito attorno al fondamento del *Judicial review*, ancor oggi ben lungi dall'essere esaurito, e volendo concentrarci su questioni più direttamente pertinenti rispetto al tema di indagine, si impone di approfondire, piuttosto, il problema dei limiti del controllo giurisdizionale, specie nei casi in cui la pubblica Autorità faccia uso di moduli di tipo consensuale.

Stante i diffusi fenomeni di contrattualizzazione e privatizzazione formale e sostanziale di rilevanti ambiti di attività amministrativa³⁵¹, anche nel Regno Unito s'è posto il problema se il rimedio *Judicial review* possa ancora essere adoperato in relazione a rapporti retti da moduli contrattuali.

Il problema si è posto, con particolare attenzione, proprio in relazione ai *civil servant* ed ai *public workers* in genere, per i quali s'è fatta progressivamente strada in seno alla giurisprudenza l'idea secondo la quale il rimedio del *Judicial review* suppone per essere considerato ammissibile che il giudizio abbia ad oggetto una questione di "diritto pubblico"³⁵².

A tale stregua, la pubblicità del datore di lavoro è considerata circostanza di per sé insufficiente, onde poterne inferire la presenza di elementi idonei a giustificare l'ammissibilità del *Judicial review*³⁵³.

E' andata, invece, sempre più facendosi strada l'idea che dove il lavoratore invochi protezione dei diritti derivanti dal contratto di

³⁵⁰ F.BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rassegna di Diritto Pubblico*, 1950, ora in *Scritti giuridici*, II, 991-1035. Più di recente anche A.PIOGGIA, G.SIGISMONDI, C.CUDIA

³⁵¹ Fenomeno affermatosi in UK a partire dal 1979 v. M.R.FREEDLAND, *Government by contract and public law*, in P.L. 1994, Spr, 86-104.

³⁵² *R. v. East Berkshire Area Health Authority, ex parte Walsh* [1985] Q.B. 152.

³⁵³ S.FREDMAN-GS.MORRIS, *Judicial review and civil servants: contracts of employment declared to exist*, in P.L. 1991, Win, 485-490.

lavoro là non potrebbe esserci spazio per il rimedio pubblicistico del *Judicial review*³⁵⁴.

Da questo presupposto si è ricavato il corollario per cui la presenza (o assenza) del contratto costituisce senz'altro elemento giuridicamente rilevante, seppure ancora non dirimente, onde risolvere il problema della predicabilità del rimedio del *Judicial review*.

A ben vedere, si tratterebbe, secondo la giurisprudenza, soltanto di un indice, giacché la presenza di un contratto di lavoro non escludere del tutto la predicabilità del *Judicial review*, tutte le volte che oggetto del giudizio sia non già il diritto derivante dal contratto bensì il modo di esercizio del potere³⁵⁵.

Seguendo questa prospettiva d'analisi, la giurisprudenza ha, per esempio, riconosciuto l'ammissibilità del *Judicial review* in riferimento ad un atto a contenuto generale approvato dall'amministrazione, siccome non incidente su di un particolare diritto contrattuale, facendo impiego ad indici presuntivi, quali il grado di vicinanza dell'atto rispetto al rapporto di lavoro piuttosto che al carattere astratto o puntuale dell'atto impugnato.

Anche su questo specifico punto assai strette ci paiono le consonanze rispetto all'ordinamento italiano, in relazione alla nota distinzione tra atti di macro-organizzazione, attratti nell'orbita pubblicistica e perciò assoggettabili al sindacato dal giudice amministrativo, ed atti di micro-organizzazione, adottati con le capacità ed i poteri del privato datore di lavoro e perciò conosciuti dal giudice del lavoro nell'ambito della giurisdizione ordinaria.

Volendo spostare la traiettoria del ragionamento dai *public worker* in generale, per i quali la natura contrattuale del rapporto di

³⁵⁴ Di nuovo *East Berkshire Area Health Authority, ex parte Walsh* [1985] Q.B. 152 relativa a controversia promossa da un dipendente dell'amministrazione sanitaria.

³⁵⁵ In *R. v. Liverpool City Council, ex parte Ferguson* il giudice annullò per motivi di irragionevolezza la decisione riguardante i criteri di remunerazione del personale, in base all'idea che il ricorso riguardava non già la tutela dei diritti individuali bensì i poteri decisionali di un'autorità pubblica: l'Autorità aveva deliberato nell'occasione di limitare la remunerazione ai soli insegnanti che avevano effettivamente lavorato, con esclusione degli altri che, pur essendosi recati al lavoro, non avevano potuto lavorare a causa dello sciopero dei custodi.

impiego non è messa in discussione, ai *Civil servant*, appare ora maggiormente chiara l'effettiva valenza del perdurante, ed ancora irrisolto, dibattito circa l'esistenza di un contratto di impiego, alla base della relazione tra *civil servant* e *Crown*.

La discussione cela dietro di sé il vero nodo critico, costituito dalla necessità di verificare se tra le azioni concesse al *civil servant* a tutela del proprio rapporto rientrino o meno anche quelle contemplate dal diritto pubblico³⁵⁶.

L'evoluzione del *Civil service* britannico non si arresta qui.

Il decennio successivo è, infatti, dominato dall'avvento del "*Constitutional Reform and Governance Act*" del 2010, con cui il Parlamento britannico rispondeva all'esigenza, da tempo diffusamente avvertita³⁵⁷, di offrire finalmente una specifica base statutaria al *Civil Service*, superando, almeno in parte, il risalente modello di regolamentazione imperniato sulle convenzioni e sull'esercizio delle prerogative reali³⁵⁸.

Esaminandone il contenuto, la riforma ci appare in linea di sostanziale continuità rispetto al passato, sì che l'elemento di maggiore rottura sembra risiedere proprio nell'emersione, sul piano della legislazione primaria, di soluzioni ed istituti fino ad allora conati nell'esercizio di prerogative reali o per effetto di convenzioni costituzionali.

Così è a dirsi a proposito della canonizzazione dei principi di onestà, integrità, obiettività ed imparzialità dei *civil servant* e per la riaffermata centralità della regola della selezione secondo il merito³⁵⁹.

Non diversamente è a dirsi in riferimento al ruolo esercitato dalla

³⁵⁶ "In this light, the debate about the existence or absence of a contract for civil servants, as with other public service groups, seem tangential to the real issue: whether the action properly belongs in public or in private law", così S.FREDMAN-GS.MORRIS, *Judicial review and civil servants: contracts of employment declared to exist*, in P.L. 1991, Win, 485-490.

³⁵⁷ Reclamata a partire dal rapporto Northcote Trevelyan, v. M.ELLIOTT and R.THOMAS, *Public Law, Oxford University press*, 2014, 126; N.D.Lewis, *A Civil Service Act for the United Kingdom*, in P.L. 1998, Aut, 463-488.

³⁵⁸ J.ALDER, *Constitutional & administrative law*, Palgrave MacMillan. Ninth edition, 2013, p. 328.

³⁵⁹ Secondo "a fair and open competition" (v. *Constitutional Reform and Governance Act 2010*, s. 10).

Civil Service Commission (e dal *Commissioner for the Public Appointments* in relazione alle posizioni collocate al di fuori del *Civil service*), alla quale è affidato (*rectius*: confermato) il compito di assicurare il rispetto della regola del merito nelle selezioni e nelle nomine dei pubblici funzionari, onde arginare l'impiego di criteri di “*personal or political patronage*”³⁶⁰.

Fin troppo evidente appaiono, peraltro, le suggestioni esercitate dal modello britannico, così come consolidatosi nelle più recenti riforme, sul Legislatore italiano della riforma Madia, specie in ordine alle modalità di reclutamento e di nomina dei pubblici funzionari, in ordine al duplice aspetto dell'accentramento delle procedure di reclutamento e del ruolo di garanzia esercitato, in forme peraltro diversificate a seconda del carattere apicale o meno dell'incarico conferito, dalla Commissione.

Tornando alla riforma costituzionale britannica del 2010, di non marginale importanza appaiono, infine, le disposizioni relative ai codici di condotta ed al ruolo degli *special advisors*, ai quali è oggi *apertis verbis* inibito l'esercizio di poteri di gestione³⁶¹.

È peraltro proprio dalla presenza di tale regola che può ricavarsi la regola generale della spettanza delle funzioni di gestione in capo agli alti funzionari britannici, ond'è che forme di separazione o distinzione tra funzioni di indirizzo politico e funzioni di gestione paiono, in ultima analisi, sussistere anche in quell'ordinamento giuridico, fin dentro le strutture dipartimentali e non solo, come è pacifico, nei rapporti tra strutture ministeriali ed agenzie esterne.

Al *Minister for the Civil Service*, ruolo da sempre ricoperto dal Primo Ministro, viene riconosciuto – ora anche formalmente – il

³⁶⁰ Ma anche nei reclami relativi alle procedure di nomina ed alle sanzioni disciplinari. V. Constitutional Reform and Governance Act 2010, ss. 11 e 12; v. <http://civilservicecommission.independent.gov.uk/wp-content/uploads/2015/03/RECRUITMENT-PRINCIPLES-April-2015.pdf>; la Commissione ha competenza anche per le controversie relative ai procedimenti disciplinari.

³⁶¹ Essi non possono pertanto essere coinvolti nel reclutamento di dipendenti pubblici. A maggior ragione non potranno neppure essere coinvolti nel reclutamento dei civil servants. <http://civilservicecommission.independent.gov.uk/wp-content/uploads/2015/03/RECRUITMENT-PRINCIPLES-April-2015.pdf>.

potere di dettare disposizioni unilaterali sulla gestione del *Civil Service*, inclusa la possibilità di prescrivere le condizioni di servizio dei *civil servant*.

Sembra di poter affermare che proprio la presenza di tali prerogative consenta di sollevare rilevanti dubbi in ordine all'effettività della contrattualizzazione dei rapporti di impiego dei *Senior Civil servant* e, comunque, sulla loro riconducibilità a modelli puramente aziendalistici, stante l'assoluta peculiarità della principale fonte di disciplina.

Per quanto sintetiche, le osservazioni in precedenza espresse consentono di offrire un affresco dell'ordinamento britannico e di offrire gli elementi di contesto necessari per un approfondimento delle problematiche più direttamente pertinenti rispetto allo studio comparativo che qui si intende condurre.

In questa prospettiva, appare chiaro che solo alcune, tra le diverse problematiche accennate, paiono meritevoli di specifico approfondimento.

In aderenza ad un criterio di ordinata esposizione, si passerà dapprima ad affrontare il problema della definizione di *Civil servant*, onde circoscrivere dal lato soggettivo la portata del problema, posto che nell'ordinamento britannico la regola è quella della diversificazione del regime giuridico tra differenti categorie di lavoratori pubblici, a cui posizione non sempre appare assimilabile a quella, assai peculiare, dei *Civil servant*.

Così circoscritto il tema di indagine, si cercherà di ripercorrere il dibattito, non privo di rilevanza sotto il profilo costituzionale, della natura del rapporto di impiego dei *civil servant*, concentrando l'attenzione sulla specifica posizione dei *senior civil servant*, oggetto di reiterata attenzione nelle riforme, anche recenti, introdotte nell'ordinamento britannico.

Quindi, si cercherà di operare una valutazione di sintesi sul *Civil service* britannico, onde coglierne gli elementi comuni o differenziali rispetto al nostro sistema.

5. *Le riforme del Governo Cameron*

Alla luce di quanto in precedenza esposto, pare corretto affermare che la riforma Costituzionale del 2010 costituisca una fase di ulteriore evoluzione del *Civil service* britannico, nel segno della

continuità e del rispetto dei valori tradizionali di integrità, obbiettività ed imparzialità.

Pare perciò tuttora da confermare l'idea che il sistema britannico appartenga al novero di quei sistemi giuridici in cui più forti risultano le barriere frapposte alla politicizzazione degli apparati³⁶².

E', tuttavia, anche vero che l'innesto di modelli aziendalistici nel tradizionale corpo del *Civil Service* ha condotto, sia pure lentamente nel tempo, verso una maggiore politicizzazione degli apparati, a partire dalla previsione di nomine di natura fiduciaria.

Altri elementi di rottura rispetto al tradizionale assetto costituzionale sono via via emersi dalla progressiva l'erosione del principio della responsabilità ministeriale e dalla contestuale emersione di forme di responsabilità diretta dei dirigenti.

Tutti questi fenomeni, invero apparsi già *in nuce* nel corso degli anni Novanta, sono divenuti viepiù evidenti negli ultimi anni, sotto l'impulso delle riforme introdotte dal primo Governo *Cameron*³⁶³.

Proprio il Governo conservatore si è pervicacemente mosso nel tentativo, in parte riuscito, di approfondire il grado di influenza politica nelle nomine dei dirigenti, realizzando forme dirette di *accountability* degli organi burocratici di fronte al Parlamento.

Più esattamente, nel corso del 2012 il nuovo Governo ha presentato alcune proposte di riforma del *Civil service* (c.d. *The Civil Service Reform Plan*), intese a trasporre, almeno in parte, il modello neozelandese, mercé importazione del principio cardine di quell'ordinamento, vale a dire il reclutamento della dirigenza pubblica a mezzo di contratti a termine³⁶⁴.

³⁶² In questo senso si rivela corretta, con riferimento alla posizione del Regno Unito, la valutazione di sintesi racchiusa nello studio "Top Public Managers in Europe" commissionato dalla Presidenza di turno francese della U.E. [rahttp://www.eupan.eu/files/repository/Study_on_Senior_Civil_Service2.pdf](http://www.eupan.eu/files/repository/Study_on_Senior_Civil_Service2.pdf)

³⁶³ Per una esauriente ricostruzione del modello britannico degli anni novanta v. G.GARDINI, *L' imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, Giuffrè, Milano, 2003.

³⁶⁴ "The dual leadership of departments by a Secretary of State and a Permanent Secretary makes the relationship between the two crucially important. Allowing Secretaries of State to have greater influence in the

In altre parole, il progetto prevedeva l'introduzione nel *Civil service* britannico dei principi di temporaneità e fiduciarietà delle nomine, onde assicurare una maggiore caratterizzazione in senso politico dei *Senior Civil servant*, specie con riferimento alle posizioni apicali.

L'attenzione si rivolgeva, in via prioritaria, verso la posizione dei "permanent secretaries" (capi Dipartimento), senza tuttavia escludere, in riferimento ad altre posizioni, la possibilità di ricorrere a dirigenti fiduciari, esterni all'amministrazione, sia pure in casi più circoscritti come la mancanza di professionalità interne o l'impossibilità di ricorso a forme di reclutamento aperte e competitive.

A sostegno delle nuove linee di riforma, il Governo invocava il principio della responsabilità ministeriale, esigibile anche in relazione agli atti compiuti dai *Civil servant*, secondo il ragionamento di seguito esposto.

Se la responsabilità ministeriale – si faceva osservare - non è di per sé esclusa dalla riferibilità dell'atto al funzionario occorre, quanto meno, che il Ministro abbia effettiva possibilità di scelta dei *civil servant* chiamati ad eseguire le decisioni prese.

Diversamente la responsabilità del ministro degraderebbe ad una forma di responsabilità oggettiva per fatto altrui, non potendosi seriamente neppure imputare al Ministro una sorta di responsabilità per *culpa in eligendo*.

appointment of the departmental Permanent Secretary increases the chances of the relationship working successfully. Given Ministers' direct accountability to Parliament for the performance of their departments and for the implementation of their policy priorities we believe they should have a stronger role in the recruitment of a Permanent Secretary. Lead Non-Executive Directors also have an important role in Permanent Secretary appointments, usually as members of the selection panel, helping to ensure that there is the right focus on leadership, operational and commercial skills. Ministers already have involvement in the recruitment process but we believe there is a case to go further. We will therefore consult the Civil Service Commission on how the role of the Secretary of State can be strengthened in the recruitment process of Permanent Secretaries". Così *The Civil Service Reform Plan, Action 11*, in <http://www.civilservice.gov.uk/wp-content/uploads/2012/06/Civil-Service-Reform-Plan-acc-final.pdf>. Vedi anche M.ELLIOTT-R.THOMAS, *Public Law*, Oxford University Press, 2014, p. 129 e segg.ti.

Non solo.

Occorre che gli stessi *Senior Civil Servant* possano essere chiamati rispondere direttamente innanzi al Parlamento in relazione ai progetti ed ai programmi loro affidati: da qui il tentativo di introdurre forme di *accountability* dei *Senior Civil Servant*, tramite revisione delle c.d. “*Osmotherly rules*”.

Anche sulla scorta di apposito *advice* esterno³⁶⁵, le linee di riforma indicate nei piani governativi sono state tradotte, nel corso del luglio 2013 in proposte di maggiore dettaglio (il c.d. “*Civil Service Reform Plan: One Year On report*”)³⁶⁶, intese principalmente a potenziare gli uffici di diretta collaborazione col Ministro, considerati gravemente sottodimensionati rispetto ad altri sistemi comparabili, viepiù considerando la crescente complessità delle funzioni di governo.

Il progetto di riforma prevedeva, in primo luogo, la possibilità di istituire, previa approvazione del Primo Ministro come Ministro del *Civil Service*, appositi uffici, i c.d. “*Extended Ministerial Offices* (EMOs)”, composti da un mix di *civil servant*, consiglieri speciali e esperti esterni, reclutati come *civil servant*, ma selezionati direttamente dal Ministro, a supporto, tra l’altro, dell’attività di formazione ed implementazione degli indirizzi politici, delle relazioni col parlamento e dei rapporti coi media³⁶⁷.

³⁶⁵

https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/207237/Accountability_and_Responsiveness_in_the_SCS.pdf

³⁶⁶

https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/211506/CSR_OYO_LOW_RES_PDF.pdf

³⁶⁷ (da consultare sul punto Emma Bell, *Soft Power and Freedom under the Coalition*, febbraio 2015). “*Under Action 11... Following receipt of the IPPR report, the Government will provide for Ministers in charge of departments the ability to appoint an “Extended Ministerial Office” subject to the agreement of the Prime Minister. In a Coalition Government, the appointment of an extended office will be agreed by the Prime Minister and Deputy Prime Minister, and they will also consider proposals to strengthen the office of the Coalition Minister (the junior Minister in a department headed by a Secretary of State of a different party). The Extended Ministerial Office could comprise existing civil servants fulfilling the traditional private office role, special advisors and external appointees. Members of the office would be personally appointed by the Minister and be directly accountable to them. Civil service appointments*

Il programma governativo contemplava pure l'introduzione di rilevanti modifiche alle modalità di nomina dei "*Permanent Secretaries*".

Anche per la nomina dei funzionari apicali del Ministero, le linee di riforma erano dettate dalla necessità di rafforzare il ruolo del Primo Ministro nel procedimento di scelta del nominato onde di approfondire il grado di permeabilità della burocrazia alla politica, mercé l'introduzione del principio di temporaneità delle nomine³⁶⁸.

Le proposte governative, come prevedibile, non hanno trovato una calda accoglienza in seno alle competenti commissioni parlamentari.

Seri dubbi sono stati sollevati in ordine alla compatibilità di tale progetto rispetto al principio di imparzialità del *Civil Service*, come oramai solennemente sancito anche dalla riforma costituzionale del 2010³⁶⁹.

Peraltro, la stessa *Civil Service Commission* s'è schierata apertamente a difesa del principio della selezione secondo il merito, contro ogni tentativo di ricondurre nell'alveo della

would be made in accordance with the requirements of the Civil Service Commission's recruitment principles. The office could provide a number of functions including support for policy formulation, implementation, media handling, and responding to correspondence, as well as the traditional private office function", v. in https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/211506/CSR_OYO_LOW_RES_PDF.pdf

³⁶⁸ La proposta originaria viene mitigata, anche considerando che, in materia di nomine, si erge il potere regolamentare della Civil Service Commission, secondo quanto prevede la riforma costituzionale del 2010 v. https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/211506/CSR_OYO_LOW_RES_PDF.pdf

³⁶⁹ Con riferimento alla posizione dell'House of Lords, *Select Committee on the Constitution*, v. *il Report The accountability of civil servants*, 2012 (<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld201213/ldselect/ldconst/61/61.pdf>); con riguardo all'*House of Commons*, v. *Liaison Committee Civil Service: lacking capacity*, novembre 2013 (in http://www.civilservant.org.uk/library/2013_Lacking_Capacity.pdf). V. le risposte date dal Governo in http://www.civilservant.org.uk/library/2014_Response_to_PASC.pdf

discrezionalità, e conseguentemente anche della fiduciarità, le nomine dei dirigenti apicali.

E' da rammentare che la riforma costituzionale del 2010 ha, peraltro, affidato proprio a tale organo il potere di dettare i principi relativi alla procedura di reclutamento dei *Civil servant*, offrendo una base statutaria verso poteri di regolamentazione prima delegati dalla Corona, mercé l'esercizio delle sue prerogative reali.

Appare, dunque, chiaro che la revisione dei criteri di nomina dell'alta dirigenza pubblica britannica non potesse prescindere dal coinvolgimento della *Civil Service Commission*.

Nonostante il diffuso clima di ostilità, il progetto di riforma ha, tuttavia, trovato, almeno in parte, la realizzazione auspicata negli ambienti governativi.

Tanto è avvenuto, in primo luogo, con riferimento alla proposta governativa di costituzione di appositi uffici di supporto politico ("*Extended ministerial offices*" c.d. EMOs) per i quali, nell'ottobre del 2013, la Commissione ha introdotto nuove eccezioni alla regola della selezione mediante "*fair and open competition*".

Di poco successive, del novembre 2013, sono le apposite linee guida pubblicate dal *Cabinet office* sulle modalità da seguire onde procedere alla istituzione di tali uffici³⁷⁰.

Dall'analisi della complessiva regolamentazione si ricava un rafforzamento del principio di fiduciarità nella nomina dei membri dell'Emo, chiamati allo svolgimento delle funzioni di supporto ministeriale.

Ma i principii di fiduciarità e temporaneità hanno fatto breccia anche in relazione alla posizione dei funzionari di ruolo e, più esattamente, con riferimento alla posizione dei "*permanent secretaries*".

L'applicazione di tali principii, diversamente da quel che accade per i componenti esterni degli EMOs, non interferisce col rapporto di impiego (che rimane a tempo indeterminato) tra *Senior civil*

370

https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/440470/EMOguidance01062015.docx.pdf

servant e *Crown*: evidenti appaiono a questo punto il punto di contatto tra il nuovo modello britannico di nomina dei *permanent secretaries* e quello introdotto in Italia, già a partire dalla stagione di riforme del biennio 92/93, mercé l'introduzione del sistema degli incarichi.

Stante la delicatezza del tema, pare opportuno svolgere qualche considerazione ulteriore sulle modalità di nomina dei *Senior Civil Servant*.

Sul punto, giova rammentare che, poco prima dell'avvento della riforma costituzionale del 2010, la Commissione aveva introdotto una regolamentazione per principi, relativamente alle selezioni ed alle nomine all'interno del *Civil service*, onde sostituire la precedente, ed assai più dettagliata, regolamentazione, ancora a quell'epoca contenuta nel c.d. "*Recruitment Code*".

Nella nuova disciplina di principio, la Commissione riconosceva in capo ai Ministri un certo grado di coinvolgimento nella procedura di nomina dei *senior civil servant*, specie con riferimento all'individuazione dei criteri di selezione ed alla composizione del *panel* di valutazione.

Si riconosceva loro anche la possibilità di rigettare la graduatoria stilata dalla commissione, chiedendone motivatamente una revisione³⁷¹.

Dunque, era già prevista un certo grado di coinvolgimento del livello politico, sebbene con le opportune cautele atte ad impedire che tale partecipazione potesse trasmodare in una impropria forma di influenza sulle nomine³⁷².

Quelle appena viste erano le regole previste per le nomine per le posizioni del *Civil Service* a più elevata rilevanza strategica: nessuna specifica previsione era dedicata ai capi Dipartimento³⁷³.

³⁷¹ V. i "recruitment principles approvati nel 2009 <http://civilservicecommission.independent.gov.uk/wp-content/uploads/2012/03/CSC-Recruitment-Principles-April-2009-Edition.pdf>

³⁷² "We have recommended in the past that ministers could play a greater role in processes for appointing senior civil servants, with the necessary safeguards against inappropriate or improper influence on appointments" House of Commons Public Administration Select Committee 21 gennaio 2013.

³⁷³ Un ricognizione delle diverse regole nel tempo implementate si rinviene nel documento preparato dalla Commissione "Review and Updating of the Recruitment Principles: A Consultation" ove si legge che "In the years since the

Ebbene, partendo da questa cornice normativa di partenza, le proposte governative formulate dal Governo Cameron intendevano ampliare il grado di discrezionalità delle nomine, prevedendo all'esito di una preliminare valutazione idoneativa condotta dalla Commissione, la trasmissione di una rosa di candidati da riservare alla successiva scelta discrezionale del primo Ministro³⁷⁴.

In sede di revisione dei principi di reclutamento e di nomina, avvenuta nel corso del biennio 2014/2015, la *Civil Service Commission* è pervenuta ad una soluzione, per così dire, di compromesso tra le regole precedentemente fissate e quelle auspicate da nuovo programma di riforma governativo, venendo incontro ai desideri della nuova compagine governativa.

Scendendo ad una disamina più approfondita del procedimento di nomina dei Capi Dipartimento (c.d. "*permanent secretaries*"), in relazione al quale s'è consumato lo scontro tra il Governo e la *Civil Service Commission*, è bene precisare che tuttora la nomina continua ad avvenire sulla base del merito.

Il merito viene, tuttavia, in certo modo coniugato con l'esigenza, invero insopprimibile con riferimento alle posizioni apicali della dirigenza (capi di Dipartimento e di Agenzia), che il nominato conquisti la fiducia dell'organo politico.

La procedura prevede una previa valutazione dei candidati, guidata dal "*First Civil Service Commissioner*"³⁷⁵.

Recruitment Principles were published, they have been supplemented by a series of additional pieces of guidance or supplementary procedural rules, introduced to address particular situations and needs. This includes the guidance on the appointment of Heads of Department (Permanent Secretaries), which we published in December 2012 and undertook to review 12 months on, and the new Exception relating to appointments to Extended Ministerial Offices, published in October 2013. This proliferation of guidance and rules does not help those recruiting to the Civil Service to be clear which are the essential requirements and which are intended only as helpful".

³⁷⁴ G.LODGE, *The Civil Service Reform Plan One Year On, and the International Evidence, The Political Quarterly*, Vol. 85, No. 1, January–March 2014 DOI: 10.1111/j.1467-923X.2014.00000.

³⁷⁵ Vedi i "*Recruitment principles*" del 2015, in <http://civilservicecommission.independent.gov.uk/wp-content/uploads/2015/03/RECRUITMENT-PRINCIPLES-April-2015.pdf>-

Lungo tutto lo svolgimento di questa procedura preliminare, deve essere assicurato un ampio coinvolgimento del Primo ministro.

Questa prima fase di selezione preliminare si conclude con l'individuazione dei candidati idonei alla nomina e la trasmissione dei nominativi al Primo ministro, assieme ad una relazione idonea a sintetizzare il processo di selezione e valutazione dei candidati³⁷⁶.

Spetta chiaramente al Primo ministro la scelta finale tra i diversi candidati giudicati idonei alla nomina, in consultazione con il capo del *Civil Service* e con il *First Civil Service Commissioner*.

Si ribadisce, anche nei principi della Commissione, che la selezione debba unicamente essere compiuta sulla base del merito, previa pubblicazione di specifici criteri di selezione³⁷⁷.

Principii e criteri parzialmente differenti sono previsti per il reclutamento e la nomina degli altri funzionari.

In primo luogo, con riferimento alle posizioni per le quali sia manifestato uno specifico interesse da parte dell'organo politico, è previsto un coinvolgimento, lungo tutta la procedura, del Ministro³⁷⁸.

³⁷⁶ “*The panel must assess the merits of the candidates using the best possible evidence and testing any issues raised by the Minister or the Prime Minister. This should include assessing whether the candidates can work effectively with the Minister and fulfil the role of Principal Accounting Officer. 38. The panel must decide which candidates are appointable, i.e. which candidates meet the essential criteria for the role and would, in the panel’s judgement, do the job well. It is for the panel alone to make this judgement. The names of the appointable candidates should then be put forward to the Prime Minister in a panel report from the First Civil Service Commissioner summarising the selection process and the panel’s assessment of the candidates*” Vedi i “*Recruitment principles*” del 2015, in <http://civilservicecommission.independent.gov.uk/wp-content/uploads/2015/03/RECRUITMENT-PRINCIPLES-April-2015.pdf>

³⁷⁷ *As required by the 2010 Act, the selection decision must be made on merit, assessed against the published criteria for the role. Before making the final selection, the Prime Minister⁸ may meet the appointable candidates*”, punto 37 dei principi approvati dalla Commissione.

³⁷⁸ v. punti 32 e segg.ti dei “*Recruitment principles*” del 2015: “*Where the relevant Minister has an interest in an appointment, the chair of the panel must ensure that the Minister is consulted on and agrees the final job and person specification, the terms of advertisement and the composition of the selection panel, in particular to ensure that there is sufficient external challenge from*

Il reclutamento del restante personale avviene, diversamente dal passato, in maniera decentrata, a livello di singolo Dipartimento o Agenzia: con tale modalità vengono realizzate le nomine dei *civil servant* non appartenenti ai ranghi più elevati della catena gerarchica.

Per la loro selezione, il ruolo della Commissione appare, dunque, più defilato, sebbene permangano ancora importanti poteri di regolamentazione e controllo.

In tale ambito, spetta, infatti, pur sempre alla *Civil Service Commission* il compito di assicurare il rispetto del principio della selezione secondo il merito, ferma restando l'esclusiva responsabilità di Dipartimenti e Agenzie nella realizzazione delle nomine, sia pure in ossequio alle disposizioni di principio approvate dalla *Civil Service Commission*³⁷⁹.

Alla luce delle superiori osservazioni, non pare errato sostenere che il sistema di reclutamento in atto nel Regno Unito continui, ancor oggi, ad ispirarsi ad una rigorosa applicazione della regola del "merito".

Gli elementi di novità emersi negli ultimi anni, quali il rafforzamento delle funzioni di supporto al Ministro tramite l'affermazione dei principii di temporaneità e (più o meno intensa) fiduciarità delle nomine dei "*Permanents Secretaries*" nonché dei componenti dei c.d. EMOs, ci paiono di per sé insufficienti a modificare il giudizio sul sistema britannico.

L'applicazione di tali principii appare, infatti, circoscritto alle sole funzioni di supporto ministeriale ovvero alla sola dirigenza apicale, costituente lo snodo tra politica e burocrazia, senza coinvolgere la dirigenza medio-bassa.

Non solo.

Benché sia stata rinvigorita la partecipazione politica al procedimento di scelta, ancor oggi decisivo appare il ruolo della *Civil Service Commission*.

outside the Civil Service in
<http://civilservicecommission.independent.gov.uk/wp-content/uploads/2015/03/RECRUITMENT-PRINCIPLES-April-2015.pdf>
³⁷⁹ Vedi i "Recruitment principles"
<http://civilservicecommission.independent.gov.uk/wp-content/uploads/2012/11/Recruitment-Principles-April-2012.pdf>

A ben vedere è proprio la presenza di specifici organismi indipendenti (*Civil Service Commission* e *Commissioner for the Public Appointments* con riferimento alle nomine riferite a posizioni esterne al *Civil service*), istituzionalmente chiamati ad arginare l'applicazione di criteri di “*personal or political patronage*” nelle procedure di reclutamento e di nomina, a frapporre una consistente barriera contro il rischio di una politicizzazione eccessiva degli apparati³⁸⁰.

Il sistema si conferma nel suo complesso assai equilibrato, con la rigorosa applicazione del merito in relazione alle posizioni medio-basse della dirigenza ed una più marcata fiduciarità in relazione alle posizioni di più diretta collaborazione col Ministro, a garanzia del compattamento tra la funzione di indirizzo politico ed attività di gestione³⁸¹.

5. Considerazioni conclusive

Alla luce di quanto esposto, è possibile sostenere che il modello aziendalistico, e con esso anche il principio Wilsoniano di distinzione tra indirizzo e gestione, sia stato inoculato nell'ordinamento britannico principalmente tramite il processo di agenzificazione e, dunque, tramite un processo di contrattualizzazione amministrativa, ancorato cioè alla stipula di accordi tra dipartimento ed agenzia.

Al contrario, nell'esperienza italiana l'importazione del paradigma managerialistico è avvenuto, sin dall'inizio, nel segno della contrattualizzazione dei rapporti di impiego, non esclusi quelli dirigenziali.

³⁸⁰ In questo senso si rivela corretta, con riferimento alla posizione del Regno Unito, la valutazione di sintesi racchiusa nello studio “Top Public Managers in Europe” commissionato dalla Presidenza di turno francese della U.E. [rahttp://www.eupan.eu/files/repository/Study_on_Senior_Civil_Service2.pdf](http://www.eupan.eu/files/repository/Study_on_Senior_Civil_Service2.pdf)

³⁸¹ Ci pare di poter condividere, pur nel mutato contesto ordina mentale, il giudizio a suo tempo espresso da G.GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, Giuffrè, Milano, 2003.

Queste prime osservazioni conducono ad evidenziare un secondo aspetto, inerente più direttamente alla contrattualizzazione del rapporto di impiego dei dipendenti pubblici, ove si ravvisa, al di là delle apparenze, un secondo punto di divisione netta tra le due diverse esperienze.

L'opzione a vantaggio della contrattualizzazione viene realizzata in Italia per tappe successive, tramite interventi legislativi chiari ed univoci, seguiti da una giurisprudenza, anche costituzionale, proclive alla piena affermazione dei cardini portanti delle riforme. A differenti conclusioni deve, invece, giungersi con riferimento all'esperienza britannica.

Ad onta della scelta, di apparente chiarezza, compiuta nel 1996 dal *Civil service management code* in riferimento ai *senior civil servant*, il tema della natura del rapporto di impiego dei *Civil servants* e, più in particolare, il problema della natura (o meno) contrattuale della fonte costitutiva del rapporto continua tuttora a costituire una delle questioni più intricate del diritto pubblico inglese.

Il tema non è solo teorico, essendo vivido di rilevanti implicazioni pratiche, anche sul delicato versante della natura del controllo giurisdizionale esercitabile sugli atti di gestione dei rapporti assunti dalla pubblica amministrazione.

L'accoglimento o meno della tesi contrattuale consente, infatti, di approdare a soluzioni notevolmente differenti in ordine all'ammissibilità del *judicial review*.

Dunque, non appare errato affermare che le innovazioni introdotte nell'ordinamento britannico negli ultimi decenni hanno principalmente riguardato la managerializzazione delle strutture, tramite la creazione di unità operative, guidate da appositi *manager*, collocate in posizione di autonomia rispetto ai ministeri ed ai dipartimenti, sebbene di fronte a questi pur sempre responsabili (c.d. *next steps reforms*).

Più controverso appare, invece, il grado di innovatività delle riforme degli anni Novanta in ordine alla configurazione, anche formale, dei rapporti di impiego dei *public servants*, sebbene sia indubitabile una maggiore accentuazione delle esigenze di flessibilizzazione nell'impiego delle risorse umane.

Peraltro i dubbi testè illustrati non sono stati completamente appianati nemmeno all'indomani dell'approvazione del

“*Constitutional Reform and Governance Act 2010*”, che segna l’ultima, e forse anche la più rilevante, tappa della lunga evoluzione del *Civil Service* britannico.

Di certo può dirsi che il modello dicotomico, introdotto a livello di agenzie, sia stato in realtà non completamente implementato all’interno delle strutture dipartimentali dei ministeri, ove di contro risulta ancora avere centralità il principio della responsabilità ministeriale.

BIBLIOGRAFIA

- ALESSE ROBERTO, *La dirigenza dello Stato tra politica ed amministrazione*, Giappichelli, Torino, 2007.
- ALESSI RENATO, *Intorno ai concetti di causa giuridica, illegittimità, eccesso di potere*, Giuffré, Milano, 1934;
- ALESSI RENATO, *Rilievi sulla portata innovatrice del D.P.R. n. 748 del 1972 sulla disciplina delle funzioni dirigenziali*, in *Giur. it.*, 1975, IV, 195;
- ALESSI RENATO, *L'affermazione costituzionale della sovranità popolare ed i suoi riflessi amministrativistici*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1959, p. 49 e segg.ti.
- ALLEGRETTI UMBERTO, *L'imparzialità amministrativa*, CEDAM, 1965.
- AMORTH ANTONIO, *Il merito dell'atto amministrativo*, Giuffré, 1939.
- ARCIDIACONO LUIGI, *Profili di riforma dell'amministrazione statale*, Giuffré, Milano, 1980, p. 9;
- BACHELET VITTORIO, *Responsabilità del ministri e competenza esterna degli uffici direttivi dei ministeri*, Studi in memoria di E.GUICCIARDI, 1975, p. 573.
- BARILE PAOLO, *Il dovere di imparzialità della P.A.*, in *Scritti in onore di P. Calamandrei*, Padova 1958, IV, 136.
- BATTINI STEFANO, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, CEDAM, Padova, 2000, p. 79 e segg.ti
- CASSESE BATTINI STEFANO, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, fasc.1, 2013, pag. 47.
- BERTI GIOVANNI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, op.cit., p. 25.
- JELLINEK GEORG, *Il sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, trad. it. di G. Vitagliano, con prefazione di V.E. Orlando, Milano, 1912)
- BOBBIO NORBERTO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Edizioni di Comunità, 1977, p. 157 “
- BALLADORE PALLIERI GIORGIO, *La dottrina dello Stato*, CEDAM, Padova, p. 56 e segg.ti.).
- CARETTI PAOLO, *La pubblica amministrazione*, art. 97 Cost., in *Commentario alla costituzione* fondato da G.BRANCA e continuato

- da A.PIZZORUSSO, Zanichelli-II Foro Italiano, Bologna-Roma, 1994, p. 19-22;
- BARASSI LODOVICO, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Società Editrice libraria, Milano, 1901.
- BATTINI STEFANO, *Il principio di separazione tra politica ed amministrazione*, in *Riv.Trim.Dir.Pubbl.*, 2012
- BATTINI STEFANO, *In morte del principio di separazione tra politica ed amministrazione: la corte preferisce lo spoils system*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2006, 8, 911
- BENVENUTI FELICIANO, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rass.Dir.Pubbl.*, 1950, I, 1.
- CARANTA ROBERTO, *La pubblica amministrazione*, art. 97 Cost., *Commentario alla Costituzione*, a cura di BIFULCO-CELOTTO-OLIVETTI, UTET, 2006
- CARLASSARE LORENZA, *Amministrazione e potere politico*, CEDAM, Padova, 1974.
- CARLONI ENRICO, *Imparzialità e disciplina della dirigenza. Status dei funzionari e precauzioni ausiliarie nella riforma del pubblico impiego e nella sua attuazione, L'amministrazione sta cambiando*, a cura di F.MERLONI, A.PIOGGIA, R.SEGATORI, Giuffrè, 2007, p. 85 e segg.ti.
- CASSESE SABINO, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Giuffrè, 1973.
- CASSESE SABINO, *Grandezza e miserie dell'alta burocrazia italiana*, in *Pol.Dir.*, 1982.
- CASSESE SABINO, *Dirigenti pubblici*, *Il Sole 24 Ore*, 16 marzo 2001.
- CASSESE SABINO, *Il sofisma della privatizzazione del pubblico impiego*, *Riv.It.Dir.Lav.*, 1993, I.
- CASSESE SABINO, *Amministrazione di risultati?*, in *Giorn.Dir.Amm.*, 1004, 9.
- CASSESE SABINO, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Giuffrè, Milano, 2010
- CATALDI GIUSEPPE, *Nuovi indirizzi nell'organizzazione delle amministrazioni centrali*, in *Riv.Trim.Dir.Pubbl.*, 1951.
- CERBO PASQUALE, *Potere organizzativo e modello imprenditoriale nella pubblica amministrazione*, CEDAM, 2007.
- CERRI AUGUSTO, *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, CEDAM, Padova, 1973.

COLAPIETRO CARLO, voce "Dirigenti pubblici", nel Digesto - IV ed., Disc. Pubbl., V, Torino, 1990, p. 119 ss..

COLAPIETRO CARLO, *La "controriforma" del rapporto di lavoro della dirigenza pubblica*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2002, n. 4 – 5.

CORPACI ALFREDO, *Il riparto della giurisdizione e tutela del lavoro nella pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano.

CORPACI ALFREDO, *La tutela giurisdizionale dei pubblici dipendenti*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1993, p. 605.

CRESTI MARCO, *Efficienza e garanzie nell'evoluzione dell'organizzazione statale*, Giuffrè, 2006.

CUDIA CHIARA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela, Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Giuffrè Editore, 2008.

D'ALBERTI MARCO, *Le concessioni amministrative*, Napoli, 1981.

DEPRETIS AGOSTINO, *Discorsi parlamentari*, Raccolti e pubblicati per deliberazione della Camera dei deputati.

DE GOTZEN SANDRO, *Il bilanciamento tra spoil system e principio di distinzione tra politica e amministrazione nella dirigenza regionale*, Le Regioni, 2007, n. 5.

DE VALLES ARNALDO, *Teoria giuridica dell'organizzazione dello Stato*, I, Padova, 1931, p. 313.

DE VERGOTTINI GIUSEPPE, *L'evoluzione del sistema politico – istituzionale, federalismi*, 2011. S.CASSESE-G.MELIS, Lo sviluppo dell'amministrazione Italiana, in *Riv. Trim.Dir.Pubbl.*, 1990, 333;

DI GASPARE GIUSEPPE, *Il potere nel diritto pubblico*, CEDAM, 1992.

DI GASPARE GIUSEPPE, *Voce Organizzazione amministrativa*, *Dig.Disc.Pubblic.*, 1995.

DI GASPARE GIUSEPPE, *Miti e paradossi della riforma amministrativa: tra asimmetria informativa e indirizzo politico amministrativo, verso un modello neocavuriano di amministrazione pubblica?*, in *Dir.Pubbl.*

D'ORTA CARLO, *La riforma della dirigenza: dalla sovrapposizione alla distinzione tra politica e amministrazione?* in *Riv.Trim.Dir.Pubbl.*, 1994, 1.

D'ORTA CARLO, *La seconda fase di riforma della dirigenza pubblica: verso la fine del guado, cercando di evitare gli scogli*, Lav. nelle p.a., fasc.2, 1998.

- DUGUIT LEON, *L'État, les gouvernants et les agents*, Albert Fontemoing, Paris, 1903.
- ELIA LEOPOLDO, *Problemi costituzionali dell'amministrazione centrale*, Giuffré, 1966.
- ESPOSITO CARLO, *Organo, ufficio e soggettività giuridica*, CEDAM, Padova, 1932.
- FALCON GIANDOMENICO, *Riforma della Pubblica Amministrazione e responsabilità della dirigenza*, in *Le Regioni*, 1998, 5, 1203.
- FALZEA ANGELO, *Capacità* (teoria generale), voce in *Enciclopedia del diritto*, VI, p. 14
- FERRARIS CARLO FRANCESCO, *Diritto amministrativo*, La Litotipo Editrice Universitaria, Padova, 1923, Vol. II, p. 296.
- FIALAIRE JACQUES, *Fonction publique et finalités de l'Etat*, in *Le statut général des fonctionnaires: trente ans, et après?*, Dalloz, 2014.
- FORTE PIERPAOLO, *Il principio di distinzione tra politica ed amministrazione*, Giappichelli, 2005.
- HAURIOU MAURICE, *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, a cura di WIDAR CESARINI SFORZA, Giuffré, Milano, 1967.
- GARDINI GIANLUCA, *Imparzialità amministrativa e nuovo ruolo della dirigenza pubblica*, in *Dir. amm.*, fasc.1, 2001.
- GARDINI GIANLUCA, *L'imparzialità tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, Giuffré, 2003.
- GAROFALO MARIO GIOVANNI, *La dirigenza pubblica rivisitata*, Lav.nelle p.a., fasc.6, 2002.
- C.F.VON GERBER, *Diritto Pubblico*, a cura di P.L.LUCCHINI, Giuffré, Milano, 1970;
- GIANNINI SEVERO MASSIMO, *Rapporto sui principali mali dell'amministrazione*, in *Riv.Trim.Dir.Pubbl.*, 1979
- GIANNINI SEVERO MASSIMO *Il potere discrezionale nella pubblica amministrazione*, Giuffré, Milano 1940.
- GIANNINI MASSIMO SEVERO, *Parlamento e amministrazione*, in *Amm.civ.*, 1961, numero speciale, p. 148.
- L.M.GIRIODI, *I pubblici uffici*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, I, Milano, 1900

GOTTI PIERO, *La legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato E, nella giurisprudenza del giudice ordinario*, in *Le riforme crispine*, Giuffré, 1990, p. 45).

GUICCIARDI ENRICO, *La giustizia amministrativa*, CEDAM, Padova, 1942, ristampa 1942, specie p. 39 e segg.ti).

LABAND PAUL, *Le droit public de l'Empire allemand*, Tome I, V.Giard & E.Briere, 1900.

MAYER OTTO, *Le droit administratif allemand* (Ed. française par l'auteur), V.Giard&Brière, Paris, IV, 1906, 44.

MARONGIU GIOVANNI, *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione (1969)*, in *La democrazia come problema*, 1994, Il Mulino, p. 241

MARONGIU GIOVANNI, *Funzionari e ufficio nell'organizzazione amministrativa dello Stato*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, I, Milano, 1987.

MARONGIU GIOVANNI, *L'ufficio come professione. Saggio sul rapporto di impiego con lo Stato*, in *Democrazia come problema*, Il Mulino, II, p. 97

MARONGIU GIOVANNI, *Un nuovo ruolo per i dirigenti*, in *La democrazia come problema*, in *Democrazia come problema*, Il Mulino, II, p. 33 e segg.ti.

MARONGIU GIOVANNI, *Il problema della dirigenza (1981)*, in *La democrazia come problema*, in *Democrazia come problema*, Il Mulino, II, p. 175 e segg.ti.

MARONGIU GIOVANNI, *Il ruolo del dirigente nell'amministrazione dello Stato (1985)*, in *La democrazia come problema*, in *Democrazia come problema*, Il Mulino, II, p. 211 e segg.ti.

MARONGIU GIOVANNI, *Organo e ufficio (1990)*, in *La democrazia come problema*, in *Democrazia come problema*, Il Mulino, II, p. 361 e segg.ti.

MARONGIU GIOVANNI, *Spunti pr la ricostruzione di una funzione manageriale nella pubblica amministrazione*, in *Democrazia come problema*, Il Mulino, I, p. 469 e segg.ti.

MATTARELLA BERNARDO GIORGIO, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Giuffré, 2000, Milano, p. 9 e segg.ti.

A.MATTIONI-F.FARDELLA, *Teoria generale dello Stato e della costituzione. Un'antologia ragionata*, Giappichelli, 1009, p. 58 e segg.ti.

- MAZZAMUTO MARCO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Editoriale scientifica, Napoli, 2008.
- MELIS GUIDO, *Storia dell'amministrazione italiana*, Bologna, 1996, 497 ss.;
- MERLONI FRANCESCO, *Distinzione tra politica e amministrazione spoil system*, in *L'amministrazione sta cambiando? Una verifica dell'effettività dell'innovazione nella pubblica amministrazione*, Giuffrè, 2007, p. 47 e seg.ti.
- MERLONI FRANCESCO *Amministrazione neutrale e amministrazione imparziale. A proposito dei rapporti tra politica e amministrazione*, in *Dir.Pub.*,
- MERLONI FRANCESCO, *commento sub art. 3*, Commentario
- MERLONI FRANCESCO, *Lo spoils system è inapplicabile alla dirigenza professionale: dalla Corte nuovi passi nella giusta direzione Commento alle sentenze n. 103 e 104 del 2007*, in *Le Regioni*, 2007, 5, p. 836
- MERUSI FABIO, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Giuffrè, 1977.
- MEUCCI LUIGI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Fratelli Bocca Editore, Torino, 1909, p. 198/199
- MINGHETTI MARCO, *I partiti politici e la pubblica amministrazione*, 1881.
- MORTATI COSTANTINO, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, Off. Tipografica Roberto De Luca, 1935; *Note sul potere discrezionale*, in *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana - Raccolta di Scritti III*, Giuffrè editore, Milano, 1972, p. 999; id: *Discrezionalità*, voce del Nuovissimo Dig.it.;
- NEZARD HENRY, *Éléments de droit public à l'usage des étudiants en droit (capacité)*, 1911;
- NIGRO MARIO, *Studi sulla funzione organizzatrice della Pubblica Amministrazione*, Giuffrè, 1966.
- OFFIDANI ALESSANDRO MARIANO, *Studi sull'ordinamento giuridico speciale. Il concetto della supremazia speciale nella evoluzione della dottrina*, Giappichelli, Torino, 1962.
- ORLANDO VITTORIO EMANUELE, *Principii di Diritto Amministrativo*, G.Barbera Editore, Firenze, 1892.

PERSICO FEDERICO, *Principii di diritto amministrativo*, Riccardo Marghieri, Napoli, IV Ed., 1890.

PONTI BENEDETTO, *Indipendenza del dirigente e funzione amministrativa*, Maggioli Editore, 2012;

PONTI BENEDETTO, *La nozione di indipendenza nel diritto pubblico come condizione del funzionario*, in *Dir.Pubbl.*, 2006, I, 185 e segg.ti.

PRESUTTI ENRICO, *Lo Stato parlamentare ed i suoi impiegati amministrativi*, Napoli, Libreria editrice internazionale, 1899, p. 148 e segg.ti.

RANELLETTI ORESTE, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Giuffr , 1934, p. 331).

ROMANO SANTI, *L'ordinamento giuridico*, 1917

SPAVENTA SILVIO, *La politica della Destra. Scritti e discorsi*, Laterza, Bari 1909, 53.

ORSI BATTAGLINI ANDREA, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d'impiego con enti pubblici*, in *Giorn.Dir.Lav.Rel.Ind.*, 1993, 3-4, p. 461.

ORSI BATTAGLINI ANDREA, sub art. 2, in *La riforma dell'organizzazione dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, Commentario a cura di A.CORPACI, RUSCIANO MARIO, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 1999, II, 1065.

ORSI BATTAGLINI ANDREA, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa (Sonntagsgedanken)*, Giuffr , Milano, 2005, 192.

RUSCIANO MARIO, *L'impiego pubblico in Italia*, Il Mulino, 1978.

PALADIN LIVIO, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996

PATRONI GRIFFI ANDREA, *Dimensione costituzionale e modelli legislativi della dirigenza pubblica. Contributo a uno studio del rapporto di autonomia strumentale tra politica ed amministrazione*, Napoli, 2002;

PATRONI GRIFFI ANDREA, *La dimensione costituzionale del rapporto tra politica ed amministrazione nel dettato della costituzione e nelle pi  recenti pronunce del giudice delle leggi*, in *federalismi.it*, 2009.

PICELLA NICOLA, *L'organizzazione dell'Amministrazione centrale dall'unit  d'Italia ad oggi*, in *Amministrazione civile*, 47-51.

PINELLI CESARE, *Sub art 97 Cost.*, Commentario alla costituzione *Branca*, Zanichelli;

- PIOGGIA ALESSANDRA *La competenza amministrativa. L'organizzazione tra specialità pubblicistica e diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2001.
- PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, Dipartimento per la funzione pubblica, indirizzi per la modernizzazione dell'amministrazione pubblica, Istituto Poligrafico dello Stato e Zecca dello Stato, Roma, 1993.
- RAIMONDI SANDRO, *Voce Dirigenza*, Enc.Giur. Treccani, 1989.
- ROMANO TASSONE ANTONIO, *Sulla formula "Amministrazione per risultati"*, *Scritti in onore di E.Casetta*, Napoli, 2001, Vol. II, p. 813
- ROUBAN LUC, *La fonction publique*, La découverte, Paris, 2004, p. 20).
- SANDULLI ALDO MAZZINI, *Governo e Pubblica Amministrazione*, in *Riv.Trim.Dir.Pubbl.*, 1966, p. 736;
- SAVINO MARIO, *Le riforme amministrative: la parabola della modernizzazione dello Stato*, in *Riv.Trim.Dir.Pubbl.*, 2015, 2, p. 641
- SPERANZA NICO, *Governo e pubblica amministrazione nel sistema costituzionale italiano*, Napoli, 1971.
- TOSATO EGIDIO, *Sovranità del popolo e sovranità dello Stato*, in *Riv.Trim.Dir.Pubbl.*, 1957, p. 47;
- VACCHELLI GIOVANNI, *La difesa giurisdizionale dei diritti verso l'autorità amministrativa*, in *Primo trattato di diritto amministrativo italiano di V.E.ORLANDO*.
- WEBER MAX, *Parlamento e Governo. Per la critica politica della burocrazia e del sistema dei partiti*, Laterza, 1993.
- W.WILSON, *The study of administration*, in *Political science quarterly*, 2, 1887;
- KELSEN HANS, *Dottrina generale dello Stato*, Giuffrè, 2013, p. 184 e segg.ti
- M.CAMMELLI MARCO,
L.MERCATI, *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza*, Giappichelli, 2002, p. 15.
- BATTINI STEFANO, *Il principio di separazione tra politica ed amministrazione*, in *Riv.Trim.Dir.Pubbl.*, 2012.
- VIRGA PIETRO, *Diritto Amministrativo*, I, Giuffrè, Milano, p. 129.
- GIANNINI MASSIMO SEVERO, *Diritto amministrativo*, 1970, p. 362.

D'ANTONA MASSIMO, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle leggi Bassanini*, in *Lav. nelle p.a.*, 1998, 01, 35.

C.HOOD, *A public management for all Seasons*, in *Public Administration Review*, 1991.

MERUSI FABIO, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Giuffr , 1977, p. 138.

BENVENUTI FELICIANO, *L'ordinamento repubblicano*, p. 246.

DI GASPARE GIUSEPPE, *Voce Organizzazione amministrativa*, *Dig.Disc.Pubblic.*, 1995.

L.VON MISES, *Burocrazia*, ed. italiana Rusconi, 1991, p. 77.

G.E.AYLMER, *The State's servants, the civil service of the English republic, 1649-1660*, Routledge & Kegan Paul, London and Boston, 1973, p. 484.

E.W.COHEN, *The Growth of the British civil service 1780-1939*, Frank Cass & Co. Ltd, 1965, pp .20 e segg.ti.

E.W.COHEN, *The Growth of the British civil service 1780-1939*, *op.loc.cit.*, p.21.

E.W.COHEN, *The Growth of the British civil service 1780-1939*, *op.loc.cit.*, p. 67.

E.W.COHEN, *The Growth of the British civil service 1780-1939*, *op.loc.cit.*, p. 67-68

G.PASTORI, *Burocrazia (voce)*, in *Digesto IV*, disc. pubbl., II, Torino, 1987, p. 403.

G.A.CAMPBELL, *The civil service in Britain*, Gerald Duckworth & Co. Ltd., 1965, p. 5.

C.TURPIN-A.TOMKINS, *British Government and the Constitution*, Cambridge University Press, Seventh edition, 2011, p. 440;

J.F.GARNER, *Administrative Law*, Butterworths, London, 1979, p. 40.

B.CHAPMAN, *The profession of Government – The public service in Europe*, George Allen & Unwin LTD, London, 1959, p. 77.

G.A.CAMPBELL, *The civil service in Britain*, Gerald Duckworth & Co. Ltd., 1965, p. 5.

E.W.COHEN, *The Growth of the British civil service 1780-1939*, *op.loc.cit.*, p.81.

W.WILSON, *The Study of Administration*, in *Political Science Quarterly*, Vol. 2, No. 2 (Jun., 1887), pp. 197-222 p. 211.

- V. M.MORAN, *Politics and Governance in the UK*, Palgrave, 2005, specie pp. 139 e 15
- P.LEYLAND G.ANTHONY, *Administrative Law*, Oxford University press, Seventh edition, Oxford, 2013, p. 92 e segg.ti.
- M.R.FREEDLAND, *Government by contract and public law*, P.L. 1994, Spr, 86-104.
- T.DAINTITH-A.PAGE, *The executive in the constitution*, Oxford University Press, 2000, p. 41.
- P.LEYLAND G.ANTHONY, *Administrative Law*, op.loc.cit., p. 92 e segg.ti.
- P.LEYLAND G.ANTHONY, *Administrative Law*, op.loc.cit., p. 92 e segg.ti.
- S.FREDMAN, *The legal context: public or private?* in *Employee relations in the public services themes and issues*, S.CORBY-G.WHITE, (Routledge Studies in Employment Relations) Hardcover – April 19, 1999.
- N.D.LEWIS, *A Civil Service Act for the United Kingdom*, in *Public Law*, 1998, Aut., 463-488.
- P.LEYLAND G.ANTHONY, *Administrative Law*, Oxford University Press, 2013, p. 95.
- N.D.LEWIS, *A Civil Service Act for the United Kingdom*, in *Public Law*, 1998, Aut., 463-488.
- S.CORBY-G.WHITE, (Routledge Studies in Employment Relations) Hardcover – April 19, 1999, p. 61;
- C.TUPLIN-A.TOMKINS, *British Government and the constitution*, Cambridge, seventh edition, 2011.
- M.MAOR, *The paradox of the managerialism*, in *Public Administration Review*, Vol. 59, No. 1 (Jan. - Feb., 1999), pp. 5-18.
- S.FREDMAN, *The legal context: public or private*, in *Employee Relations in the Public Services: Themes and Issues*, by Corby, Susan, White, Geoff, p. 56.
- M.FREEDLAND, *Contracting the employment of civil services - a transparent exercise?* in P.L. 1995, Sum, 224-233.
- T.DAINTITH-A.PAGE, *The executive in the Constitution*, Oxford University Press, 2000, p. 77.
- N.D.LEWIS, *A Civil Service Act for the United Kingdom*, in *Public Law*, 1998, Aut., 463-488.

R.SANDBERG, *A Whitehall farce? Defining and conceptualising the British Civil Service*, op.loc.cit.

C.TUPIN-A.TOMKINS, *British Government and the Constitution*, Cambridge University press, Sevent edition, 2011, p. 439.

J.ALDER, *Constitutional & administrative law*, Palgrave MacMillan. Ninth edition, 2013, p. 327.

R.SANDBERG, *A Whitehall farce? Defining and conceptualising the British Civil Service*, op.loc.cit.

S.S.FREDMAN G.S. MORRIS, *Civil servants: a contract of employment?*, in P.L. 1988, Spring, 58-77.

N.D.LEWIS, *A Civil Service Act for the United Kingdom*, in *Public Law*, 1998, Aut., 463-488.

W.R.W.WADE C.FORSYTH, *Administrative law*, Tenth edition, Oxford University Press, 2009, p. 53 e segg.ti.

S.FREDMAN G.S.MORRIS, *Civil servants: a contract of employment?* P.L. 1988, Spring, 58-77,

V. T.C.HARTLEY, J.A.G.GRIFFIT, *Government and law*, Weidenfeild and Nicolson, London, 1975, p. 85

J.F.Garner, *Administrative Law*, Butterworths London, 1979, p. 43.

S.FREDMAN, *The legal context: public or private*, in *Employee Relations in the Public Services : Themes and Issues*, by Corby, Susan, White, Geoff, p. 58; S.FREDMAN-G.MORRIS, *Judicial review and civil servants: contracts of employment declared to exist*, in P.L. 1991, Win, 485-490.

S.DEAKIN-G.S.MORRIS, *Labor Law*, Fifth Edition, p. 351 e segg.ti.

M.FREEDLAND, *Contracting the employment of civil services - a transparent exercise?* in P.L. 1995, Sum, 224-233.

G.S.MORRIS E SANDRA S. FREDMAN, *Civil servants: a contract of employment?* in *Public Law*, 1988.

N.D.LEWIS, *A Civil Service Act for the United Kingdom*, in *Public Law*, 1998, Aut., 463-488.

McClaren v Home Office, [1990] ICR 824, CA

C.TUPIN-A.TOMKINS, *British Government and the Constitution*, cit., p. 440.

W.R.W.WADE C.FORSYTH, *Administrative law*, Tenth edition, Oxford University Press, 2009, p. 53 e segg.ti.

N.D.LEWIS, *A Civil Service Act for the United Kingdom*, in *Public Law*, 1998, Aut. 463-488.

T.C.HARTLEY, J.A.G.GRIFFIT, *Government and law*, Weidenfeld and Nicolson, London, 1975, p. 86.

G.F.FERRARI, Voce, *Pubblico impiego in diritto comparato*, Digesto delle discipline pubblicistiche, 1997

D.STANLEY, *Prerogative in Private and Public Employment*, in *McGill Law Journal*, Vol. 20, Issue 3 (September 1974), pp. 394-413.

LORD WEDDERBURN, R.LEWIS, J.CLARK, *Labor Law and industriale relation, building on Kahn-Freund*, Clarendon press, p. 149.

W. HOLDSWORTH, *A history of english law*, Vol. 4, third edition, 1945, Methuen&Co. LTD, pag. 384.

S.DEAKIN G.S.MORRIS, *Labor Law*, Hart Publishing Oxford and Portland Oregon, fifth edition 2009, p. 55;

LORD WEDDERBURN, R.LEWIS, J.CLARK, *Labor Law and industriale relation, building on Kahn-Freund*, Clarendon press, p. 148.

H.S.MAINE, *Ancient law*, Sir F.Pollock (ed.), Boston: Beacon Press, 1963, p. 165,

V. JHON FABIAN WITT, "From Loss of Services to Loss of Support: The Wrongful Death Statutes, the Origins of Modern Tort Law, and the Making of the Nineteenth-Century Family," *25 Law & Social Inquiry* 717 (2000),

W.S.HOLDSWORTH, *A history of english law*, Methuen &CO LTD. 36 Essex Street WC London, 1945, volume IV, 385.

J.F.GARNER, *Administrative Law*, Butterworths, London, 1979, p. 41.

T.C.HARTLEY, J.A.G.GRIFFIT, *Government and law*, Weidenfeld and Nicolson, London, 1975, p. 83,.

M.MAOR, *The Paradox of Managerialism*

N.D.LEWIS, *A Civil Service Act for the United Kingdom*, in *Public Law*, 1998, Aut., 463-488,

J.ALDER, *Constitutional & administrative law*, Palgrave MacMillan, 2013, p. 329.

S.FREDMAN, *The legal context: public or private*, in *Employee Relations in the Public Services: Themes and Issues*, by Corby, Susan, White, Geoff, p. 59.

A.V.DICEY, *Introduction to the study of the Law of the constitution*, MacMillan and Co. Ltd, London, 1959.

J.F.GARNER, *Administrative law*, Butterworths, Fifth edition, London, 1979, pp.122 e segg.ti;

M. ELLIOT, *The Constitutional Foundations of Judicial Review*, Oxford Hart Pub., 2001, P. 24.

C.FORSYTH, *Of Fig Leaves and Fairy Tales: The Ultra Vires Doctrine, the Sovereignty of Parliament and Judicial Review*, The Cambridge Law Journal, Volume 55, Issue 1 March 1996,.

M.ELLIOT, *The constitutional foundations of judicial review*, 1975, Oxford: Hart Pub. 2001, p. 5;

M.ELLIOTT-E.THOMAS, *Public Law*, second edition, Oxford University press, 2014, p. 444;

D.OLIVER, *Is the ultra vires rule the basis of judicial review?* in P.L. 1987, Winter, 543-569.

F.BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rassegna di Diritto Pubblico*, 1950, ora in *Scritti giuridici*, II, 991-1035.

M.R.FREEDLAND, *Government by contract and public law*, in P.L. 1994, Spr, 86-104.

S.FREDMAN-GS.MORRIS, *Judicial review and civil servants: contracts of employment declared to exist*, in P.L. 1991, Win, 485-490.

S.FREDMAN-GS.MORRIS, *Judicial review and civil servants: contracts of employment declared to exist*, in P.L. 1991, Win, 485-490.

M.ELLIOTT and R.THOMAS, *Public Law*, Oxford University press, 2014, 126; N.D.Lewis, *A Civil Service Act for the United Kingdom*, in P.L. 1998, Aut, 463-488.

J.ALDER, *Constitutional & administrative law*, Palgrave MacMillan. Ninth edition, 2013, p. 328

G.LODGE, *The Civil Service Reform Plan One Year On, and the International Evidence*, *The Political Quarterly*, Vol. 85, No. 1, January–March 2014 DOI: 10.1111/j.1467-923X.2014.00000.

P.BIRKINSHAW, *Public sector employment in the United Kingdom*, in *Lavoro nelle p.a.*, fasc.1, 2010.