

## 1. La funzione amministrativa

Il nostro ordinamento è un sistema di diritto amministrativo perché la legge affida alla pubblica amministrazione una serie di compiti, moltiplicati con l'avvento dello Stato sociale. Alla base dei compiti amministrativi sono i fini dell'azione pubblica.

L'identificazione dei fini avviene a più livelli.

Al livello superiore vi è la Costituzione, che indica le finalità di carattere generale e programmatico, la cui definizione nel concreto periodo storico è opera della costituzione materiale. I fini costituzionali trovano la loro prima mediazione negli atti politici generali, in particolare nel programma di governo. Il programma di governo si specifica nelle politiche di settore e si traduce in atti legislativi. Così, ad esempio, l'atto fondamentale di politica economica è il documento di programmazione economico-finanziaria, che costituisce la base della manovra finanziaria. Le finalità indicate nelle leggi vengono concretamente attuate attraverso l'attività amministrativa.

Ai fini così individuati corrispondono i compiti, cioè i settori materiali dove l'amministrazione è chiamata ad operare per il perseguimento dei fini che le sono attribuiti dalla legge. In base a tale impostazione la definizione di «compito amministrativo» è assai vicina a quella di «materia», utilizzata dall'art. 117 Cost. in vista della distribuzione delle competenze legislative tra Stato e Regioni. L'identificazione dei compiti amministrativi, pertanto, segue lo stesso processo con cui vengono individuati i fini. I compiti sono stabiliti innanzitutto dalla Costituzione, poi specificati dalle leggi.

L'identificazione dei fini e dei compiti pubblici da parte della legge è perfettamente coerente con il modello dello Stato di diritto, in cui la legge costituisce espressione mediata della sovranità popolare, ed è al tempo fondamento del potere e garanzia del cittadino dal suo cattivo uso.

Tale operazione presuppone che un determinato compito sia già stato definito di spettanza pubblica, sicché preliminarmente occorre domandarsi qual sia il criterio di distribuzione tra pubblico e privato delle attività di interesse generale.

La Costituzione individua nella prima parte i compiti pubblici che delineano il volto dello Stato repubblicano e democratico.

Per avere, però, un quadro d'insieme dei compiti nella Costituzione si deve guardare all'art. 117. La disposizione, nel distribuire le competenze legislative tra Stato e Regioni, implicitamente enumera le materie su cui l'amministrazione competente dovrà intervenire, in attuazione delle norme di legge dettate dallo Stato o dalle Regioni. Le materie assegnate alla competenza dello Stato sono quelle in cui l'interesse pubblico è incorporato nella Repubblica, o di spettanza necessaria. Settori, cioè, che attengono alle funzioni proprie dello Stato come organizzazione politica di una

comunità. Le materie assegnate alla competenza concorrente delle Regioni sono quelle in cui l'interesse pubblico nasce per effetto della scelta di intervento della Repubblica nella vita dei cittadini. Le restanti materie sono attribuite in via esclusiva alle Regioni.

Su tale quadro si inserisce l'art. 118, i cui commi 1-3 attribuiscono le funzioni amministrative attinenti alle materie indicate nell'art. 117 ai Comuni, salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza. L'art. 118, comma 4 prevede la possibilità che taluni compiti amministrativi siano affidati ai privati. Questa è l'unica disposizione costituzionale che preveda un criterio generale di distribuzione, e da cui può ricavarsi la tendenza dello Stato contemporaneo a ridurre la sua presenza diretta nella società civile.

La Costituzione non esplicita le ragioni sottese alla distribuzione dei compiti tra pubblico e privato, perché nell'art. 117 l'imputazione dei compiti al settore pubblico opera direttamente (criterio dei poteri attribuiti), mentre l'art. 118, comma 4 rinvia al legislatore ordinario l'individuazione dei compiti che possono essere trasferiti al settore privato.

La realizzazione dei compiti spettanti al settore pubblico avviene tramite l'esercizio del potere amministrativo.

Il potere è la tecnica tipica dell'agire della pubblica amministrazione, come aveva ribadito la sentenza della Corte Cost. n. 204/04, ad avviso della quale il collegamento delle materie assoggettabili alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo con la natura delle situazioni soggettive – e cioè con il parametro adottato dal Costituente come ordinario discrimine tra le giurisdizioni ordinaria ed amministrativa – è espresso dall'art. 103 Cost. laddove statuisce che quelle materie devono essere “particolari” rispetto a quelle devolute alla giurisdizione di legittimità, caratterizzate dalla posizione di supremazia della pubblica amministrazione, che agisce come autorità (art. 7, comma 1 del Codice sul processo amministrativo).

Il potere amministrativo è uno degli elementi del sillogismo normativo che descrive lo schema di produzione dell'effetto giuridico. L'intensità del potere è proporzionale alla distanza che corre tra fattispecie astratta (legge) e fattispecie concreta (atto), sicché quanto più ampia è questa distanza, tanto maggiore è il potere. La funzione amministrativa è, appunto, il «potere nel suo farsi atto»<sup>1</sup>. L'evoluzione della nozione di funzione non attiene alla forma logica, ma al suo atteggiarsi, in ragione della relazione che corre tra legge e provvedimento. Tale relazione va, pertanto, definita.

Nell'ottocento, agli albori dello Stato unitario, l'intervento pubblico era limitato a pochi settori, necessari alla sua conservazione: difesa, ordine pubblico e sicurezza, moneta e politica di bilancio, politica estera e rapporti internazionali, giustizia, opere pubbliche. La vita economica e sociale era

---

<sup>1</sup> La storica formula è di F. BENVENUTI.

lasciata al libero svolgimento dei rapporti tra cittadini, i cui interessi giuridicamente protetti nei confronti del potere amministrativo erano limitati a quelli della classe egemone, avente diritto al voto.

In un modello di Stato così congegnato l'elaborazione del diritto amministrativo è primitiva. Il rapporto di amministrazione è concepito in termini puramente oppositivi, atteso che l'ordinamento riconosce tutela giurisdizionale ai soli diritti soggettivi (peraltro nei limiti dall'art. 4 all. E), e non esiste un'attività amministrativa che sia concepita come realizzazione dei bisogni del cittadino. Manca l'idea che le fortune del privato possano costruirsi tramite il potere pubblico, o, comunque, che la relativa aspirazione sia meritevole di autonoma considerazione, piuttosto che essere assorbita dalle scelte amministrative, polarizzate sull'interesse pubblico.

Nella seconda metà dell'800 l'attività amministrativa si configura come esecuzione della legge nelle aree coperte da riserva di legge (tributi, espropriazioni, sanzioni, ecc.), come esercizio di un pura discrezionalità al di fuori.

L'evoluzione del diritto amministrativo avviene in un arco di tempo lungo, nonostante gli studi fossero iniziati già a partire dal 1889, con l'istituzione della sez. IV del Consiglio Stato, nonché prima sezione giurisdizionale. La definizione delle categorie dogmatiche culmina a metà del '900, allorquando la dottrina fissa in termini compiuti gli istituti dell'atto, del procedimento e della funzione.

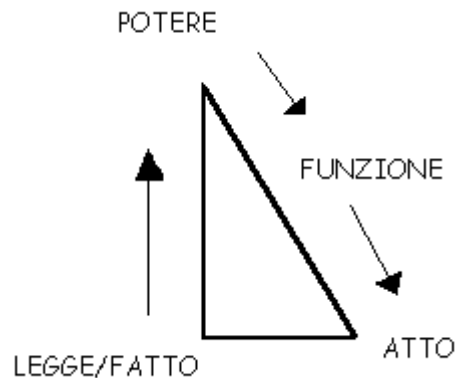
La moltiplicazione dei compiti pubblici è una caratteristica dello Stato sociale o interventista, e a seguito di ciò si è dovuto dare una definizione chiara delle tecniche attraverso cui gli stessi venivano perseguiti. Si sviluppa l'idea della funzione amministrativa come tecnica per il perseguimento di un compito, che matura quando si evidenzia la distanza che corre tra la legge e l'atto amministrativo: la legge indica i compiti pubblici, dando attuazione all'indirizzo costituzionale, nonché le finalità sottintese a quel compito, e attribuisce il potere indicando la tipologia dello stesso; l'amministrazione, usando il potere, valuta l'ottimale perseguimento degli interessi e costruisce l'atto.

Nello Stato liberale questo percorso, laddove l'attività amministrativa fosse giustiziabile, era scarsamente significativo, trattandosi solo di adattare al caso concreto il precetto normativo. L'incremento del divario tra fattispecie astratta e fattispecie concreta, frutto della maggiore complessità della società e della moltiplicazione degli interessi giuridicamente rilevanti, determina l'emersione del potere, e del suo luogo elettivo di svolgimento, cioè il procedimento.

La fattispecie astratta si limita all'investitura del potere e alla previsione del fine pubblico e della causa, l'esercizio del potere conduce ad acquisire gli interessi che ruotano intorno al compito amministrativo. L'atto amministrativo, che rappresenta la disciplina della fattispecie concreta, è il

prodotto di ciò che accade dopo che l'amministrazione avvia l'esercizio del potere. In questa prospettiva l'attività amministrativa non è mera esecuzione di legge, ma è un flusso dinamico, di cui il rispetto del parametro legale è solo una delle condizioni.

La visione puramente statica del potere amministrativo (la legge attribuisce e struttura il potere) lascia spazio a quella dinamica (il potere si struttura nel suo esercizio), che può essere raffigurata in termini geometrici.



La linea che congiunge i due poli dell'azione amministrativa (legge e atto amministrativo) si sviluppa sui due lati verticali del triangolo: la legge crea il potere funzionale che a sua volta crea l'atto. Nella visione originaria la successione legge-potere-atto era immediata, sicché le teorie di diritto amministrativo erano concentrate sul momento dell'attribuzione del potere all'ente pubblico (dogmatica soggettivistica) e su quello del suo esito (dogmatica attizia). Gli studi successivi approfondiscono lo spazio venutosi a creare tra la fattispecie legale e il provvedimento, identificando la funzione<sup>2</sup>.

La caratteristica del potere funzionale è il **principio di legalità**: il potere amministrativo è attribuito dalla legge e nei limiti da essa posti per la cura di interessi che non sono propri del soggetto che lo esercita (art. 1 Cost. secondo cui *“La sovranità appartiene al popolo”*) e che richiedono, per la loro realizzazione, una posizione di supremazia nell'ordinamento giuridico. I vincoli legali posti all'amministrazione rispondono all'esigenza che il potere sia rivolto al perseguimento dell'interesse generale.

Uno dei principi che si accompagnano al principio di legalità è il **principio di necessità**: il dovere, per il soggetto investito del potere, di curare l'interesse pubblico e di esercitare il potere in

---

<sup>2</sup> In assenza di definizioni normative, o anche solo di disposizioni utili a definirla, la rispondenza all'ordinamento positivo di tale nozione si avvertiva, oltre che sulla base di un'indagine sistematica, alla luce dell'art. 26, comma 2 legge TAR, secondo cui il giudice *“Se accoglie il ricorso per motivi di incompetenza, annulla l'atto e rimette l'affare all'autorità competente. Se accoglie per altri motivi annulla in tutto o in parte l'atto impugnato, e quando è investito di giurisdizione di merito, può anche riformare l'atto o sostituirlo, salvi gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa”*. Da tale disposizione, infatti, risulta che l'atto annullato è sola una delle possibili manifestazioni del potere, il che postula l'esistenza di uno spazio logico-giuridico tra potere ed atto.

modo conforme alla causa per cui è stato attribuito ogniqualvolta si verifichi la situazione cui la legge ricollega l'attivarsi del compito assegnato.

A fianco al principio di necessità si pone il **principio di continuità**: l'esercizio del potere deve essere costante e proseguire fino a quando la situazione che l'ha originato e l'esigenza di curare gli interessi che vi insistono perdurino. Ciò si esprime in particolare attraverso la funzione di secondo grado, ossia il potere di riesaminare l'atto amministrativo: la P.A. può, a distanza di tempo, annullare, revocare o modificare l'atto adottato a seguito di un riesame della sua legittimità o convenienza.

I principi di necessità e di continuità sono una peculiarità del diritto amministrativo, che connotano il potere pubblico in modo assai diverso da quello privato.

Il diverso ruolo che il potere svolge nel diritto pubblico e nel diritto privato è immediatamente visualizzabile ponendo a confronto lo schema norma-potere-effetto con quello norma-fatto-effetto: nel primo il potere costituisce elemento di costruzione del rapporto giuridico, nel secondo è un elemento del rapporto giuridico costruito.

Ciò vale anche nell'ipotesi in cui il fatto giuridico sia il contratto, non potendosi considerare l'autonomia privata un potere in senso stretto (essendo il prodotto di un accordo e non incidendo sulla sfera giuridica di terzi). Il contratto, come gli altri fatti giuridici, crea un rapporto dal quale deriveranno poteri, cioè diritti, e corrispondenti obblighi.

Anche i poteri funzionalizzati di diritto privato sono lontani dal potere amministrativo. La Costituzione ha funzionalizzato i diritti soggettivi patrimoniali, che in alcune aree sono conformati dalla legge in vista di interessi generali (es. proprietà edilizia), ma la disciplina legale non altera il meccanismo del potere privato fino a vincolarne l'esercizio. Essa interviene nel conformare il contenuto, ma il privato resta libero se esercitare o no quel potere, quindi

Nel diritto privato il potere entra come fattore di costruzione del rapporto e guadagna autonomia solo come diritto potestativo, situazione diversa dal potere pubblico. Innanzitutto perché anche il potere oggetto del diritto potestativo è il contenuto di un diritto soggettivo. In secondo luogo perché il diritto potestativo esprime il potere di dare vita o no a un certo rapporto, non anche un potere sul contenuto del rapporto. Nel diritto amministrativo, invece, è l'amministrazione a determinare – su base legale – il contenuto del rapporto. Terzo profilo di distinzione tra potere amministrativo e diritto potestativo è nella sua attivazione: il privato sceglie se esercitare o meno il potere, mentre l'amministrazione no.

Delineata la distinzione tra potere pubblico e privato, è possibile inquadrare la funzione amministrativa all'interno dei modelli logici descritti nel capitolo I, avendo cura di precisare che lo schema norma-potere-effetto si appoggia pur sempre su fatti, *id est* le situazioni previste in astratto

dalla legge da cui sorge il potere-dovere di agire della pubblica amministrazione (es. un illecito amministrativo, un'istanza di autorizzazione).

*funzione amministrativa*

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
<b>Fatto</b> <b>Potere</b>	<b>Norma</b> (legge che prevede il potere)	<b>Effetto</b> (atto o comportamento)

Nello schema grafico la funzione amministrativa viene rappresentata in modo statico, ossia delineando le posizioni dei singoli elementi concettuali che la compongono.

La dimensione dinamica si trae dall'interpretazione dello schema, da cui emerge che la legge, nel governare (istituire e regolare) il potere, attribuisce all'amministrazione la capacità di costruire il rapporto giuridico. In tal senso la matrice ternaria dell'inferenza esprime ciò che in modo geometrico esprime il triangolo illustrato in precedenza.

Ciò che cambia rispetto allo schema di creazione degli effetti giuridici in diritto privato è la natura della norma, che nel diritto amministrativo ha carattere strumentale, nel senso che non fissa direttamente la disciplina del rapporto giuridico ma attribuisce alla P.A. la capacità di dettare questa disciplina attraverso un procedimento che sfocia nell'atto.

Tanto premesso sulla nozione di funzione amministrativa, è possibile tracciare la distinzione con il compito amministrativo.

La funzione è un segmento di azione nei settori ove all'amministrazione è attribuito un compito. Precisamente è una tecnica giuridica per la realizzazione dei compiti fondata sul potere. Alle funzioni la Costituzione dedica meno spazio, perché la funzione è un concetto di tecnica, che non è appropriato cristallizzare nella fonte superiore dell'ordinamento. Nella Costituzione, perciò, di regola sono menzionate soltanto le funzioni che incidono su diritti costituzionalmente garantiti (es. articoli 13, 14, 17, 21 comma 2, 23, 41 comma 3, 42, 43, 52, 53), quindi funzione ablatoria, ispettiva, sanzionatoria, di autorizzazione.

## 9. I modelli logici dei due principi

Per fissare scientificamente la diversa nozione della funzione amministrativa in base al principio di legalità ovvero al principio di buon andamento, è necessario tornare allo schema di inferenza logica.

*Principio di legalità*

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
<b>A</b> Fatto Potere	<b>B</b> 1. Legge attributiva del potere 2. Norme sul procedimento 3. Norme e principi sul potere	<b>C</b> Atto amministrativo

Lo schema ha una portata formale e una sostanziale. Gli aspetti formali dell'atto si colgono applicando alla premessa minore i primi due elementi della premessa maggiore. Gli aspetti sostanziali si colgono applicando alla premessa minore il terzo elemento della premessa maggiore.

Nascono su tale schema gli istituti dell'atto (si ricordi la primissima teoria formale-sostanziale) ed i suoi vizi (violazione di legge ed eccesso di potere)..

*Principio di buon andamento*

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
<b>A</b> Fatto Potere	<b>B</b> 1. Legge attributiva del potere 2. Norme sul procedimento 3. Norme e principi sul potere 4. Principi di efficacia ed efficienza	<b>C</b> A+B1,B2,B3 = Atto A+B1,B2,B3,B4 = Risultato

In questo schema vi è un mutamento dei significati.

Gli aspetti formali dell'atto (legalità formale e sostanziale) si colgono applicando alla premessa minore i primi tre elementi della premessa maggiore. Quelli sostanziali (buon andamento) si colgono applicando alla premessa minore il quarto elemento della premessa maggiore.

È un modello di attività ancora prematuro, la cui realizzazione richiede una ristrutturazione delle leggi che governano il sistema amministrativo sul versante funzionale.

A tal riguardo è significativa l'estensione dell'analisi d'impatto delle regolazione (RIA: *regulatory impact analysis*) a tutta l'attività normativa del Governo, orientando la costruzione del precetto per l'amministrazione a indicatori di efficienza, non solo per quanto attiene alla trasparenza e comprensibilità della norma, ma anche ai suoi effetti sulle attività dei cittadini e delle imprese e sull'organizzazione e sul funzionamento delle pubbliche amministrazioni.

Con la normativizzazione dell'obbligo di risultato il principio del buon andamento entra come parametro economico nel modello giuridico del potere amministrativo, ispirando la costruzione nel procedimento della decisione amministrativa. In tal senso la DIA (*decision impact analysis*) si collega al DMP (*decision making process*)<sup>3</sup>.

Occorre, ora, chiedersi se e in che misura i principi di legalità e buon andamento si applicano all'attività amministrativa non autoritativa. Cioè il ventaglio di ipotesi – in larga misura frutto delle privatizzazioni – che designa la sfera di amministrazione in materie dove non siano attribuiti o non siano esercitati poteri.

Genere cristallizzato dalle modifiche intervenute sulla legge 241/90 (i cui principali snodi si trovano agli articoli 1, commi 1-*bis* e 1-*ter*; 2; 21-*quinquies*; 21-*septies*; 19; 20), da cui si evincerebbe, secondo una certa opinione, che il legislatore ha considerato un concetto ampio di funzione amministrativa, ancorata alla salvaguardia dell'interesse pubblico nel rispetto dei valori costituzionali della pubblica amministrazione, lasciando sullo sfondo le categorie concettuali classiche e stemperando la dicotomia autorità/consenso.

---

<sup>3</sup> Il DMP descrive il processo di formazione della decisione, che si svolge dentro, ma anche fuori del procedimento amministrativo, e consta di diverse fasi:

1. identificazione e definizione del problema amministrativo: nasce da una situazione storica, che pone all'attenzione degli organi competenti una criticità di cui occorre definire la rilevanza per il settore pubblico;
2. verifica della necessità dell'intervento dell'amministrazione: stabilire se l'azione amministrativa sia doverosa e, ancor prima, utile per la soluzione della situazione reale. In un ordinamento che mette sullo stesso piano il principio di legalità e quello del buon andamento l'obbligo di agire non può essere desunto semplicisticamente dall'esistenza di una norma che contempra in relazione al fatto verificatosi un compito dell'amministrazione, occorrendo verificare altresì se l'azione amministrativa possa essere efficace;
3. selezione tra le varie tecniche di intervento: individuare le forme di azione più idonee per la soluzione del problema;
4. verifica delle basi legali dell'intervento dell'amministrazione: accertare l'esistenza di una norma che attribuisca il potere di intervenire nelle forme prescelte;
5. identificazione del livello dell'organizzazione adatto a realizzare l'intervento: autonomo (in tal caso occorre individuare l'ufficio o gli organi più idonei) o integrato (in tal caso occorrerà attivare le procedure di coordinamento). In un ordinamento che mette sullo stesso piano il principio di legalità e quello del buon andamento la questione non può risolversi automaticamente in base alle norme sulla competenza, che peraltro hanno valenza essenzialmente esterna;
6. analisi della capacità dei risultati di giustificare la decisione adottata: cd. *reporting* (controllo di gestione periodico teso a confrontare i valori programmati con quelli realizzati);
7. promozione della chiarezza, comprensibilità, accessibilità della decisione agli utenti: la decisione deve essere resa conoscibile e intelligibile agli amministrati, che vanno considerati alla stregua di utenti piuttosto che di passivi recettori;
8. promozione della trasparenza nella distribuzione dei risultati tra i vari soggetti su cui incide la decisione: la decisione produce effetti che si distribuiscono tra diversi soggetti pubblici e privati. Ciascun soggetto, e in generale la comunità, deve essere in grado di percepire con chiarezza l'incidenza del risultato sulla propria sfera;
9. garanzia della opponibilità della decisione: se la decisione non è opponibile in sede giurisdizionale o altrove viene meno uno dei possibili rimedi in caso di errore della Pubblica Amministrazione e uno degli strumenti di fiducia nel destinatario;
10. predisposizione di misure idonee ad agevolare l'adesione degli utenti alla decisione: una decisione che sia assistita da una condivisione o dalla previsione di misure compensative, naturalmente ne agevola l'efficacia, perché sarà una decisione rispettata e non incerta la certezza dell'azione amministrativa. In questo senso, per esempio, agire con gli accordi ex art. 11 legge 241/90 è un elemento che soddisfa la condivisione dell'azione amministrativa.



Orbene, attualmente di *tertium genus* tra potere e consenso può parlarsi solo con riguardo agli accordi integrativi e sostitutivi, che costituiscono una forma negoziata di esercizio del potere amministrativo.

L'art. 1, comma 1-*bis* è infatti insufficiente a dar vita ad una categoria autonoma, intermedia tra potere pubblico e autonomia privata, anzi ne radica la contrapposizione in forza della clausola di deroga contenuta nell'ultima parte.

Tornando all'interrogativo se a questo tipo di attività – in difetto di apposito richiamo (invece presente nell'art. 1, comma 1-*ter*) – si applichino i principi generali dell'attività amministrativa di cui all'art. 1, comma 1, la soluzione positiva è contrastata da molteplici argomenti.

Indagando il sistema salta all'occhio che per l'attività di scelta del contraente in regime di evidenza pubblica (ben più caratterizzata sul versante pubblicistico di quanto lo sia quella qui in esame) il legislatore ha avvertito l'esigenza di precisare espressamente l'applicazione dei principi generali dell'azione amministrativa.

Il silenzio della norma in esame non appare casuale ove si consideri come la *ratio* dell'art. 1, comma 1-*bis* sia quello di sottrarre l'azione amministrativa non autoritativa al principio di legalità, nel significato proprio del sistema amministrativo, come dimostrato *a contrario* dalla derogabilità del diritto privato in base a specifiche disposizioni di legge. Dal che emerge un'antitesi tra autonomia privata e legalità amministrativa, per cui *tertium non datur*. La legalità che attiene all'attività amministrativa di diritto privato si esaurisce nel momento istitutivo ed organizzativo del soggetto pubblico.

Né vale obiettare che l'attività negoziale dell'amministrazione viene spesso assoggettata a regole peculiari e finanche a istituti propri del diritto pubblico, sicché parrebbe un controsenso negare a quella non autoritativa l'applicazione dei principi che governano l'azione amministrativa generalmente intesa.

Così ragionando si incappa nell'equivoco di ignorare che in tanto questi fenomeni si realizzano in quanto, appunto, sia la legge a prevederlo.

In definitiva l'attività posta in essere dalla pubblica amministrazione nelle forme del diritto privato non può, in assenza di disposizione di legge, essere considerata attività oggettivamente amministrativa. L'art. 1 della legge n. 241/90 ha una sistematica razionale, distinguendo chiaramente l'attività amministrativa, dei soggetti pubblici e di quelli privati, da quella comune dei soggetti pubblici, cui deve essere ricondotta anche quella privatizzata, in assenza di diversa disposizione della legge.

## 14. Conclusioni

L'evoluzione – se non la rivoluzione – del sistema amministrativo ha ragioni giuridiche, economiche, politiche, essendo al tempo stesso prodotto di un adeguamento alla struttura reale e normativa dei pubblici poteri.

Il dato fondamentale è l'insopportabilità – specie alla luce della non rinviabile esigenza di contenimento della spesa e di incremento della competitività – per l'apparato pubblico del carico nascente dallo statuto classico della funzione amministrativa. Vi sono, però, contingenze storiche che hanno influito, amplificate dalla globalizzazione.

Innanzitutto, appunto, di ordine finanziario legate all'esplosione del debito pubblico. Il principio di efficienza della pubblica amministrazione è corollario del principio della sana finanza pubblica. Una delle voci più pesanti del bilancio statale sono gli oneri di funzionamento della macchina amministrativa. Il debito pubblico è una limitazione per i compiti dello Stato, ma è anche un rischio per l'economia del Paese, oltre ad alimentare le speculazioni dei mercati finanziari.

Più economico che finanziario è il fattore legato all'importanza del buon funzionamento della pubblica amministrazione per la competitività del Paese. I costi dell'inefficienza gravano sulle imprese e, inevitabilmente, sui consumatori finali, deprimendo gli investimenti stranieri e favorendo la fuga delle imprese e dei cervelli nazionali.

Altra ragione storica è il fenomeno della massiccia perturbazione criminale dell'amministrazione, rivelatosi a partire dai primi anni '90. La strumentalizzazione della funzione istituzionale al perseguimento di interessi terzi (poco importa se pubblici o privati) ha comportato una rilevante perdita di efficienza – oltre che di fiducia – del sistema pubblico.

Si legano a tutte queste ragioni i vincoli comunitari, sia a livello di principi giuridici, sia di obblighi politici.

L'ascesa del buon andamento pone un problema molto serio, attinente al rapporto tra il diritto e la tecnica (fattore decisivo per perseguire obiettivi macroeconomici).

Il rapporto tra il diritto e la tecnica, da tempo oggetto di studio, è declinato in due opposte direzioni, secondo che si ritenga che il diritto debba governare la tecnica, ovvero che la tecnica, per l'intrinseca volontà di potenza che la muove, dettata dalla ricerca dello strumento migliore, prevale sul diritto.

Il limite di questa seconda concezione è noto: nel momento in cui la tecnica da strumento assurge a fine, si sottrae al controllo dell'ordine giuridico, che è solo chiamato a recepirlo. Il che è il rischio che si corre demandando la costruzione delle norme giuridiche all'economia.

Il rapporto che esiste nelle *soft sciences* (scienze umane e sociali) tra il diritto e la tecnica non è dissimile da quello che esiste nelle *hard sciences* (scienze esatte) tra matematica e scienze

naturali. Al primo elemento di questo rapporto tocca definire le forme della conoscenza, al secondo i contenuti di essa.

Il diritto, come la logica matematica, è un sistema convenzionale, che però fissa il dover essere. Per definizione, dunque, non può essere subalterno alla tecnica. All'*ordinamento* giuridico compete – appunto – mettere ordine. Funzione irrinunciabile anche nei settori dominati dalla tecnica.

Questo è il compito del legislatore: dare forma razionale e coerente con i valori e i bisogni della comunità alle soluzioni che la tecnica suggerisce, attraverso un processo di normazione che non si limiti alla loro passiva trasposizione.