

RICARDO PERLINGEIRO¹

Professore Ordinario (Professor Titular) della Facoltà di Giurisprudenza della Universidade Federal Fluminense (UFF)
ricardoperlingeiro@id.uff.br

FUNZIONI AMMINISTRATIVE DI ATTUAZIONE, CONTROLLO DELLE DECISIONI AMMINISTRATIVE E PROTEZIONE DEI DIRITTI

ADMINISTRATIVE FUNCTIONS OF IMPLEMENTATION, CONTROL OF ADMINISTRATIVE DECISIONS, AND PROTECTION OF RIGHTS

SINTESI

Questo saggio consiste in un'analisi comparata delle tradizioni di diritto amministrativo in America Latina, del loro impatto sullo scenario contemporaneo e delle tendenze negli orientamenti generali dei loro sistemi di giustizia amministrativa. Tale analisi è limitata ai paesi latino-americani di origine iberica sotto la giurisdizione della Corte Interamericana dei Diritti Umani. Il metodo adottato dall'autore è quello di evidenziare i compiti delle autorità amministrative e di cercare di individuare la distinzione in America Latina tra la "funzione amministrativa di attuazione" (*administrative function of implementation*), il "controllo della legalità delle decisioni amministrative" (non connesso ad una funzione giurisdizionale) e la "protezione dei diritti" (tramite una funzione giurisdizionale), esaminando la sua genesi storica e le tendenze future. In questa prospettiva, il testo affronta i poteri amministrativi e i loro limiti; le prerogative e gli strumenti delle autorità nell'esercizio delle loro funzioni di attuazione; il controllo delle decisioni amministrative da parte delle stesse autorità amministrative e anche di organismi esterni alle stesse; la tutela dei diritti dinanzi ai tribunali e agli organi amministrativi dinanzi alle decisioni amministrative. L'autore conclude che il diritto amministrativo latino-americano, sebbene la sua natura di *civil law* abbia sempre coesistito con il modello di *judicial review* tipico del *common law*, tende attualmente, da un lato, a ravvicinarsi al modello americano di *administrative adjudication* e, d'altra parte, di adeguarsi alla giurisprudenza della Corte Interamericana dei Diritti Umani, per quanto concerne la funzione di attuazione amministrativa in linea con il diritto fondamentale alla buona amministrazione che, unitamente ad un esame critico del controllo diffuso della legalità delle norme amministrative presso i tribunali, potrebbe salvaguardare il ruolo reale degli organi preposti alla risoluzione dei conflitti (autorità amministrative o tribunali), nel

¹ Professore ordinario della Facoltà di Diritto della *Universidade Federal Fluminense* (UFF). Professore del Programma di Dottorato in Diritto della Universidade Estácio de Sá. Giudice federale del Tribunale Regionale Federale della 2° Regione (Rio de Janeiro). Traduzione dal portoghese all'italiano di Martina Pelella (Laurea in Giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Milano, *Sustainability Consultant, exchange student* presso la UFF ed tirocinante presso il Tribunale della 2° Regione nel 2015).

loro ruolo di tutela dei diritti individuali in vista di una giustizia amministrativa più giusta e più equa.

ABSTRACT

This essay includes a comparative analysis of the traditions of administrative law in Latin American and their impact on the contemporary scene and trends in the general orientations of its administrative justice systems. This analysis is limited to Latin American countries of Iberian origin under the jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights ("I/A Court H.R."). The method followed by the author is to point out the roles attributable to the administrative authorities and to attempt to identify a distinction in Latin America between the "administrative function of implementation", "control of the legality of administrative decisions" (unrelated to any adjudicative function) and the "protection of rights" (by means of an adjudicative function) while examining their historical genesis and possible future trends. From that perspective, the text discusses certain administrative powers, such as disciplinary or other regulatory powers, and their forms of concrete application; the prerogatives and instruments of the authorities and of their decision-making employees in the exercise of the functions of implementation; the control of administrative decisions by those authorities themselves and by external bodies; and judicial and extrajudicial protection of rights against administrative decisions. The author concludes that Latin American administrative law, despite the fact that its civil-law substantive roots have always coexisted with judicial review typical of common law, is currently tending, on the one hand, to approximate the U.S. model of administrative adjudication and, on the other, to adapt to I/A Court H.R. case law with respect to the administrative function of implementation in harmony with the fundamental right to good administration which, combined with a critical re-examination of diffuse control of the legality of administrative rules in court, would safeguard the true role of adjudicating bodies (administrative authorities or courts) in their function of protecting individual rights for the sake of more fair and equitable administrative justice.

PAROLE CHIAVE: America Latina; diritto comparato; giustizia amministrativa; tribunali.

KEYWORDS: Latin America; comparative law; administrative justice; courts.

INDICE: 1. Introduzione. – 1.1. Premesse retrospettive per uno studio comparativo. – 1.1.1. Un diritto amministrativo basato sul *civil law* concepito per una revisione giudiziale tipica del *common law*. – 1.1.2. Clausola del *due process* amministrativo e deferenza giudiziaria (*judicial deference*). – 1.1.3. Ricerca di un'identità unica per le funzioni di attuazione, controlli della decisione e soluzioni del conflitto. – 1.2. Premesse prospettive per uno studio comparato. – 1.2.1. L'influenza della Corte Interamericana dei Diritti Umani per il nuovo diritto amministrativo latino-americano. – 1.2.2. Ravvicinamento tra il diritto amministrativo latino-americano e l'*administrative state* statunitense. – 2. Funzione amministrativa di attuazione. – 2.1. Dimensione individuale e collettiva delle funzioni di attuazione. – 2.2. Decisioni degli Esecutivi politici e non politici. – 2.3 Principio di legalità come principio guida per le funzioni di attuazione. – 2.4 Prerogative personali e istituzionali nelle funzioni amministrative di attuazione. – 2.5 Decisioni amministrative iniziali nell'esercizio di poteri che limitano i diritti individuali. – 2.6 Decisioni amministrative iniziali che concedono benefici a un richiedente. – 3 Controllo delle decisioni amministrative. – 3.1 Dimensione collettiva del controllo della legalità in opposizione alla dimensione individuale della funzione di risoluzione dei conflitti. – 3.2 Ambiti decisionali per il controllo delle decisioni amministrative. – 3.3 Parametri procedurali per il controllo della legalità amministrativa. – 3.4 Controllo accentrato per questioni amministrative di effetto generale. –

3.5 Tendenze estratte dal controllo della convenzionalità da parte delle autorità. – 4 Tutela dei diritti dinanzi alle autorità amministrative e dinanzi ai tribunali (tramite giurisdizione). – 4.1 Equilibrio tra la risoluzione dei conflitti davanti alle autorità amministrative e davanti ai tribunali. – 4.2 La violazione di un diritto come condizione di accesso ad una funzione giurisdizionale. – 4.3 La giurisdizione come finzione giuridica. – 4.4 La protezione (in)effettiva dei diritti in ambito amministrativo. – 4.5 La protezione (illusoria) dei diritti in ambito giudiziario davanti ai tribunali. – 5 Conclusioni.

1. Introduzione.

Il presente articolo analizza comparativamente le origini del diritto amministrativo in America Latina e il suo impatto sullo scenario contemporaneo, nonché le tendenze degli orientamenti generali dei suoi sistemi di giustizia amministrativa. Questa analisi è limitata ai paesi latino-americani di origine iberica, sotto la giurisdizione della Corte Interamericana dei Diritti Umani.

L'espressione "funzione d'attuazione" (*implementation function*), utilizzata da alcuni esperti come Peter Cane, Michael Asimow, Jerry Mashaw e Peter Strauss, è stata adottata in questo testo per facilitare il confronto tra l'ordinamento giuridico dei paesi latino-americani e quello di origine del *common law*, evidenziando la distinzione tra le funzioni della Pubblica Amministrazione incentrate sulla risoluzione dei conflitti (*administrative adjudication function*) e le funzioni amministrative puramente esecutive.

In questo contesto, vengono evidenziati i compiti delle autorità amministrative e si cerca di individuare la distinzione, in America Latina, tra la *funzione amministrativa di attuazione* (*administrative function of implementation*), il *controllo di legalità delle decisioni amministrative* (*control of the legality of administrative decisions* – non collegate ad una funzione giurisdizionale), e la *protezione dei diritti* (*protection of rights* – attraverso una funzione giurisdizionale), esaminando la sua genesi storica e intravedendo le possibili tendenze future.

In effetti, l'articolo riflette la prospettiva propria dell'autore su leggi, giurisprudenza e pratiche amministrative, che non sempre coincide con il modello dogmatico accettato nei paesi latino-americani. Pertanto vengono presentati nuovi approcci, ad esempio la differenza tra "protezione dei diritti" e "controllo della legalità delle decisioni", fondata principalmente sulla dimensione collettiva e individuale delle funzioni amministrative di risoluzione dei conflitti e d'implementazione delle leggi (punti II.A e III.A, B, C e D).

Tuttavia, il contributo dell'autore è prevalentemente descrittivo dal punto di vista del Sistema Interamericano dei Diritti Umani, che è diventato progressivamente presente nel diritto amministrativo latino-americano. L'autore si concentra in particolare sul controllo accentrato delle decisioni amministrative (punti III.D e E), nella assegnazione dei poteri per la risoluzione dei conflitti agli organi stragiudiziali (punto IV.A) e sulle decisioni di attuazione soggette alla clausola del *due process* (punto II.C) - tutte queste tendenze si riscontrano nel diritto amministrativo latino-americano.

1.1 Premesse retrospettive per uno studio comparativo.

1.1.1. Un diritto amministrativo basato sul *civil law* concepito per una revisione giudiziale tipica del *common law*.

In America Latina, i fondamenti sostanziali del diritto amministrativo sono ancora legati alle radici del diritto francese. Nel corso degli ultimi 200 anni, la letteratura latino-americana sul diritto amministrativo è stata guidata dal diritto francese e dal diritto dei paesi da essa originari, come il diritto italiano e tedesco².

L'interesse dei giuristi latino-americani per il diritto inglese ed americano si è concentrato sul sistema giudiziario, in cui la giurisdizione dei tribunali ordinari si estende ai conflitti tra cittadini e autorità amministrative. Questo approccio è già stato considerato più appropriato al liberalismo³, in contrapposizione al modello francese di *justice retenue*, che esisteva prima della riforma del 1872, e che era stato progettato solo per consentire alle autorità pubbliche amministrative di rivedere le proprie decisioni⁴. Infatti, con il processo d'indipendenza delle colonie ibero-americane, all'inizio del XIX secolo, il modello costituzionale statunitense⁵, con risalto al suo sistema giudiziario unico, in cui i tribunali hanno competenza giurisdizionale sia per le questioni di diritto privato che amministrativo e che è stato "continentalizzato" (*continentalised*) in Europa dalla Costituzione Belga del 1831, venne adottato da numerosi paesi latino-americani ed è ancora in vigore in Messico, Cile, Argentina, Paraguay, Costa Rica, Perù, El Salvador, Bolivia, Brasile, Panama, Nicaragua, Honduras e Ecuador. I paesi che hanno sia tribunali generali che tribunali amministrativi specializzati sono eccezioni in America Latina: Guatemala, Repubblica Dominicana, Colombia e Uruguay⁶.

La grande peculiarità del diritto latino-americano è la coesistenza problematica di un diritto amministrativo ispirato al sistema giuridico di *civil law* e al modello giudiziario ispirato al sistema giuridico di *common law*⁷.

² Vedere T. LARES, *Lecciones de derecho administrativo*, Messico, Imprenta de Ignacio Cumplido, 1852. p. 5; URUGUAY, Visconde do, *Ensaio sobre o direito administrativo*, 1.ed., Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1862. p. 7; J.D. AMUNÁTEGUI RIVERA, *Resumen de derecho administrativo aplicado a la legislación de Chile*, Santiago, La Razón, 1900, p. 91; T.B. CAVALCANTI, *Instituições de direito administrativo brasileiro*, 2 ed., Rio de Janeiro, Libreria Editora Freitas Bastos, 1936, p. 3-10; J. F. RUIZ, *Presentación*, in H. MAURER, *Derecho administrativo alemán*, Messico, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, p. XXXVIII.

³ J. RIVERO, *Curso de direito administrativo comparado*, San Paolo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 153.

⁴ T. LARES, op. cit., p. 210-211; URUGUAY, op. cit., p. 178; J. M. CASTILLO VELASCO, *Ensayo sobre el derecho administrativo mexicano*, v. 2., Messico, Castilho Velasco e Hijos, 1875, p. 275.

⁵ R. BARBOSA, *Habeas Corpus*, Bahia, Typographia do Diario da Bahia, 1892, p. 21.

⁶ Vedere R. PERLINGEIRO, *A historical perspective on administrative jurisdiction in Latin America: Continental european tradition versus US influence*, in *British Journal of American Legal Studies – BJALS*, Birmingham, v. 5, n. 1, 2016, p. 269.

⁷ A.S. ARAGÃO, *Curso de direito administrativo*, Rio de Janeiro, Forense, 2013, pp. 621-622.

1.1.2. Clausola del *due process* amministrativo e deferenza giudiziaria (*judicial deference*).

In Il caso della Corte Suprema degli Stati Uniti del 1970, *Goldberg v. Kelly*⁸, ha confermato che la clausola del *due process* era applicabile al contenzioso amministrativo, a partire da una reinterpretazione del Quinto e del Quattordicesimo Emendamento alla Costituzione statunitense. A seguito di questa decisione, accolta con grande entusiasmo negli Stati Uniti, le leggi e le costituzioni dei paesi latino-americani hanno incorporato il concetto di *due process of law* dinanzi alle autorità amministrative⁹.

Tuttavia, nonostante tale previsione normativa in America Latina, in pratica non furono stabilite prerogative volte ad agire con una certa indipendenza ed imparzialità a favore dei funzionari pubblici investiti di poteri decisionali, seguendo l'esempio dei giudici amministrativi americani (*Administrative Law Judges - ALJ*). Inoltre non si conoscevano strutture note nel diritto latino-americano simili ai tribunali amministrativi (*administrative tribunals*) come quelli sviluppati in altri paesi di *common law*, soprattutto nel Regno Unito, come parte del Giudiziario, e in Australia e Canada, legati a un *Esecutivo non politico*.

D'altro canto, in assenza di una competenza specializzata in materia di diritto amministrativo, i tribunali latino-americani tendono ad avere meno *expertise* dei tribunali europei e quindi tendono a trattare i conflitti amministrativi come se fossero conflitti di diritto privato. Nel linguaggio di Abram Chayes¹⁰, i tribunali finiscono per considerare più la natura bilaterale del conflitto (solo l'istanza fatta e la corrispondente difesa) che la base strutturale sottostante, qualsiasi sia l'interesse pubblico, che è il fulcro tipico di una causa di diritto amministrativo, anche quando l'istanza è presentata da un individuo di fronte a un'agenzia governativa.

A tal proposito, nel mondo del *common law*, i principi fondamentali del diritto amministrativo sono stati influenzati dai tribunali ordinari, utilizzando l'analogia con i principi del diritto privato¹¹.

1.1.3. Ricerca di un'identità unica per le funzioni di attuazione, controlli della decisione e soluzioni del conflitto.

Come logico corollario di tale quadro, i tribunali latino-americani hanno finito per frammentare il dovere dell'Esecutivo non politico nel garantire l'uguaglianza delle parti davanti alla legge. Il processo decisionale viene svolto dal-

⁸ STATI UNITI. Suprema Corte. *Caso Goldberg v. Kelly*, 397 US 254. Washington, 23 marzo 1970. Vedere T. MERRILL, W. J. L. MASHAW, *The due process revolution, and the limits of judicial power*, in N.R. PARRILLO (ed.), *Administrative law from the inside out*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 40.

⁹ R. PERLINGEIRO, op. cit., pp. 274-276.

¹⁰ A. CHAYES, *The role of the judge in public law litigation*, in *Harvard law review*, Cambridge, v. 89, n. 7, 1976, p. 1281. Vedere anche B. SCHWARTZ, *French administrative law and the common-law world*, New York, New York University Press, 1954, p. 320.

¹¹ Ivi, p. 3.

le autorità amministrative in conformità ai principi del diritto amministrativo basato sulla legge, sulle politiche pubbliche e sui poteri amministrativi discrezionali, con particolare attenzione all'interesse pubblico. Tuttavia, le parti interessate devono spesso confrontarsi con decisioni amministrative che non sono prese in conformità con le garanzie del *due process* in ambito amministrativo, né sono soggette al controllo di organi amministrativi quasi giudiziari (*quasi-judicial administrative bodies*). Tali decisioni restano soggette al pieno controllo giurisdizionale da parte dei tribunali ordinari, che tendono a concentrarsi sulla natura bilaterale del caso (principi di diritto privato) piuttosto che sulla base strutturale dell'interesse pubblico (principi di diritto pubblico).

È indispensabile che il diritto latino-americano cerchi una propria identità capace di trascendere il suo patrimonio europeo, a causa di alcune caratteristiche della matrice francese (attualmente con ampi poteri di revisione delle decisioni amministrative e con l'assenza di autorità quasi giudiziaria (*quasi-judicial authorities*)) che sono incompatibili con la matrice inglese del diritto amministrativo (dotata di tribunali di giurisdizione generale).

La più grande sfida della storia in America Latina, in materia di diritto amministrativo, è stata quella di stabilire orientamenti che definissero le competenze istituzionali assegnate al legislatore, agli Esecutivi politici e non politici, agli organi giudiziari e stragiudiziali, per quanto riguarda la creazione e l'attuazione di leggi e norme amministrative e la tutela giurisdizionale dei diritti, senza discostarsi dal principio della tutela giurisdizionale effettiva, quale condizione per lo Stato di Diritto, e le garanzie del *due process* come base per una giustizia amministrativa giusta ed equa, a partire da alcune strutture radicate negli ordinamenti giuridici del *civil law* e del *common law*.

Si riconosce che le funzioni decisionali pubbliche saranno assegnate alle funzioni tipiche dello Stato, secondo la realtà di ogni sistema giuridico¹². L'intenzione è anche quella di includere le nozioni discrepanti nel diritto amministrativo per quanto riguarda il confine tra il *diritto prodotto* dal legislatore, dall'Esecutivo politico e dai tribunali, nei sistemi del *civil law* e del *common law*.

Pertanto, la questione latino-americana consiste nel definire ciascuna delle suddette attribuzioni statali e i loro prerequisiti, rispettando l'evoluzione storica delle basi essenziali del suo diritto amministrativo, in modo che l'attribuzione di poteri in diversi ambiti decisionali pubblici non implichi, in pratica, la duplicazione di funzioni o l'assenza di funzioni.

In questo senso, non è sufficiente che un'autorità amministrativa abbia la competenza per proteggere i diritti: è necessario che raccolga le basi strutturali per esercitare una giurisdizione qualificata, indipendente ed imparziale¹³; non è sufficiente che un tribunale miri a produrre decisioni con effetti generali se non ha una corrispondente legittimità costituzionale democratica; non è sufficiente che un tribunale opti per la deferenza alle autorità se queste ultime non sono in grado di proteggere i diritti o di attuare efficacemente leggi e norme.

¹² M. ASIMOW, *Five models of administrative adjudication*, in *The American Journal of Comparative Law*, Michigan, v. 63, 2015, pp. 27-28.

¹³ Ivi, p. 31.

Né è sufficiente il principio della separazione dei poteri per spiegare fenomeni contemporanei come l'intenso decentramento della struttura interna della Pubblica Amministrazione degli Stati Uniti¹⁴. Per questo motivo, Peter Cane preferisce parlare di "sistemi di governo (forme di potere diffuso vs. forme di potere concentrato) e di regimi di controllo (*check-and-balance* vs. *accountability*)" nel suo lavoro *Controlling Administrative Power: an Historical Comparison*¹⁵.

Come si osserva, la difficoltà di comprendere la diversità dei ruoli delle autorità in relazione ad altre sfere di potere non è certamente esclusiva del diritto amministrativo latino-americano, sebbene sia vero che, nei paesi latino-americani di origine iberica tale difficoltà è più evidente a causa dell'inopportuna combinazione di due modelli giuridici piuttosto complessi e distinti.

1.2. Premesse prospettiche per uno studio comparato.

1.2.1. L'influenza della Corte Interamericana dei Diritti Umani per il nuovo diritto amministrativo latino-americano.

La giurisprudenza della Corte Interamericana dei Diritti Umani ha la precedenza sulla legislazione nazionale dei paesi soggetti alla sua giurisdizione, e recentemente ha stabilito che il *controllo della convenzionalità* è ancora più completo, coinvolgendo tutte le autorità statali (siano esse esecutive, legislative o giudiziarie)¹⁶. Inoltre, l'attuazione delle leggi nazionali deve essere conforme all'interpretazione che la stessa Corte Interamericana conferisce alla Convenzione Americana sui Diritti Umani (chiamata *blocco della convenzionalità*)¹⁷.

A tal proposito, una questione di particolare interesse per il diritto amministrativo è stata affrontata nel caso *Claude Reyes e altri vs. Cile*¹⁸, in cui è stata riconosciuta l'attuazione in parte dell'art. 8.1 della Convenzione Americana sui Diritti Umani a decisioni amministrative iniziali (*front-line decisions*), sottoponendole alla clausola del *due process*, ma solo se necessario per evitare una decisione arbitraria, in quanto sono considerati funzioni amministrative tipiche di attuazione e non completano una vera giurisdizione.

Vale anche la pena ricordare che la citata causa *Claude Reyes vs. Cile* ha portato alla Legge-Modello Interamericana sull'accesso all'informazione pub-

¹⁴ Vedere P. CANE, *Controlling administrative power: An historical comparison*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p.7; P.L. STRAUSS, *The place of agencies in government: Separation of powers and the fourth branch*, in *Columbia Law Review*, New York, v. 84, n. 3, Aprile 1984, p. 573; B. PINTO, *Separação de poderes*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 6, 1946, p. 260.

¹⁵ Vedere P. CANE, op. cit.

¹⁶ INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS (I/A COURT H.R.). *Case of Expelled Dominicans and Haitians v. Dominican Republic*, 471. San José, 28 Agosto 2014; I/A COURT H.R. *Case of Gelman v. Uruguay, Monitoring compliance with judgment*, 69. San José, 20 Marzo 2013; I/A COURT H.R. *Case of the Santo Domingo Massacre v. Colombia*, 142. San José, 30 Novembre 2012.

¹⁷ I/A COURT H.R. *Case of Cabrera García and Montiel Flores v. Mexico*, Concurring Opinion of Ad Hoc Judge Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, 33-35, 37, 42, 44, 59. San José, 26 Novembre 2010.

¹⁸ I/A COURT H.R. *Case of Claude Reyes y otros v. Chile*, 119, 120. San José, 19 Settembre 2006.

blica, approvata dall'Organizzazione degli Stati Americani, in cui i comitati amministrativi sono promossi e concepiti con prerogative d'indipendenza per decidere sui ricorsi, tutelando i diritti attraverso funzioni quasi giudiziarie (*quasi-judicial*), in modo simile alle agenzie amministrative del *administrative state* statunitense¹⁹.

1.2.3. Ravvicinamento tra il diritto amministrativo latino-americano e l'*administrative state* statunitense.

Come si può vedere, tali prospettive servono come indicazione delle tendenze del diritto amministrativo latino-americano, in linea con il principio di buona amministrazione, sancito dall'articolo 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, e la clausola del *due process* in ambito amministrativo, come nella già citata causa *Goldberg vs. Kelly*.

È altresì evidente che il diritto latino-americano si sta avvicinando a un modello giuridico analogo a quello del *administrative state* statunitense con autorità quasi indipendenti²⁰, e che è coerente con un sistema giudiziario di unità giudiziaria e ricettivo alla *deferenza giudiziaria* (*judicial deference*).

È per questa ragione che tale confronto latino-americano comprende brevi esami del diritto amministrativo dei paesi di *common law*, in particolare degli Stati Uniti, come fonte di riflessione rilevante per lo sviluppo del diritto amministrativo in quei paesi latino-americani, ex colonie della Spagna e del Portogallo, soggetti alla giurisdizione della Corte Interamericana dei Diritti Umani, che sono: Argentina, Bolivia, Brasile, Cile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Ecuador, Guatemala, Honduras, Messico, Nicaragua, Panama, Paraguay, Perù, Repubblica Dominicana, Uruguay e Venezuela.

2. Funzione amministrativa di attuazione.

2.1. Dimensione individuale e collettiva delle funzioni di attuazione.

L'espressione "funzioni amministrative di attuazione" (*implementation administrative functions*) si riferisce alle attribuzioni esecutive tipiche delle autorità amministrative²¹ che esercitano un potere sotto la guida dell'interesse pubblico, includendo anche le decisioni amministrative iniziali²².

Una delle modalità di attuazione amministrativa è dotata di una *dimensione individuale* e si manifesta su iniziativa dell'interessato, come la decisione amministrativa che concede o nega una richiesta individuale.

¹⁹ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA) AG/RES. 2607 (XL-0/10). *Ley modelo interamericana sobre acceso a la información pública*, 2010.

²⁰ A. GORDILLO, *Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa*, in *RAP*, Buenos Aires, 2005, pp. 955-962; C. TÁCITO, *Presença norte-americana no direito administrativo brasileiro*, in *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 129, luglio/settembre 1977, p. 21-33.

²¹ P.L. STRAUSS, *An introduction to administrative justice in United States*, North Carolina, Carolina Academic Press, 1989, pp. 3-4.

²² P. CANE, op. cit., p. 326.

Per una migliore contestualizzazione del tema nel diritto latino-americano, si aggiunge come *funzione di attuazione* un'altra modalità di decisione amministrativa, cioè quella risultante da una manifestazione *ex officio* da parte delle autorità, in cui si identifica una *dimensione collettiva*, ad esempio: la pubblicazione delle decisioni con effetto generale (comprese le norme amministrative) e la decisione che comporta la limitazione di un diritto individuale, nell'interesse pubblico. Il processo decisionale di effetto generale, incluso dal diritto latino-americano nel concetto di *atto amministrativo*²³, non reclama un previo *due process*, perché (ad eccezione della finzione giuridica), di per sé non arreca pregiudizio ai diritti individuali²⁴. In realtà, gli atti amministrativi di effetto generale tendono ad esser astratti e solo *attraverso* una decisione con effetto concreto ed individuale diventano un potenziale rischio nel causare danni ai diritti individuali.

Trattandosi di una decisione che priva un individuo di diritti, l'attuazione amministrativa riguarda solo la decisione che inizia il processo corrispondente, vale a dire, si riferisce alla cosiddetta decisione iniziale che è obbligatoriamente seguita da una funzione di risoluzione di conflitti per la tutela dei diritti, in modo che l'interessato possa difendersi in un momento successivo e precedente alla decisione finale.

In tale contesto, *l'attuazione*, sia nella sua dimensione individuale che nella sua dimensione collettiva, non dipende da un previo processo, come si esigerebbe da una decisione finale e definitiva.

2.2. Decisioni degli Esecutivi politici e non politici.

In America Latina nel XIX secolo²⁵, le decisioni amministrative in grado di generare effetti generali erano associate alle *actes de gouvernement* (gli equivalenti delle *political questions* statunitensi)²⁶ ed oggi sono inquadrare come *politiche pubbliche*²⁷, inerenti a un Potere Esecutivo politico ed a decisioni non sottoposte alla giurisdizione, per il fatto che i tribunali non hanno *expertise* e legittimità democratica sufficiente per sostituirle.

In questo modo, dal punto di vista del diritto latino-americano contemporaneo, l'espressione *Potere Esecutivo non politico* è associata alle decisioni amministrative individuali, ovvero a quelle che realizzano – di fronte a persone *determinate* - norme e decisioni con effetti generali. Sono le decisioni individuali, in-

²³ Arts. 120, 121.2 della Legge costaricana n. 6.227/1978, art. 27 della Legge boliviana n. 2.341/2002, art. 4 della Legge messicana del 1994 e art. 2.1 della Legge nicaraguense n. 350/2000.

²⁴ Art. 124 della Legge costaricana n. 6.227/1978.

²⁵ T. LARES, op. cit., p. 16; J.M. CASTILLO VELASCO, *Ensayo sobre el derecho administrativo mexicano*, v. 1, México, Taller de imprenta de la escuela de artes y oficios, 1874, pp. 8-9.

²⁶ Sulle *political questions and non-reviewability*, negli Stati Uniti, e *non-justiciability* nel Regno Unito ed Australia, vedere P. CANE, op. cit., pp. 489-497.

²⁷ Vedere l'art. 21.1-2 della Legge guatemalteca n. 119/1996.

renti a un Potere Esecutivo non politico, che, in principio, mettono in discussione la funzione pubblica di protezione giurisdizionale dei diritti; le altre decisioni, che hanno un effetto generale e sono inerenti a un Potere Esecutivo politico, sono decisioni anch'esse soggette a controllo, ma di diversa specie.

Infatti, la ragione per cui una decisione di effetto generale, associata alla *decisione governativa*, può generare responsabilità personale del *governante* (responsabilità amministrativa, civile, penale) è il fatto che una tale decisione non può essere presa interamente in base a criteri estranei e immuni al diritto²⁸.

Inoltre, il margine di discrezionalità nell'elaborazione delle politiche, per le autorità decisionali, oggi limitato dai diritti fondamentali, porta alla conclusione che, in una lettura attuale, l'espressione *decisioni governative* sia solo un tentativo di sostenere che, una tale categoria di decisioni, non comporta pregiudizio ai diritti, sfuggendo così alla modalità di controllo attraverso la *tutela giurisdizionale dei diritti*, ma mantenendo altre modalità di controllo²⁹, ad esempio, un controllo che porta alla responsabilità personale di chi decide.

Grazie ad una prospettiva flessibile del diritto ad una tutela giurisdizionale efficace (art. 8.1 del Convenzione Americana dei Diritti Umani), che limita il concetto di *decisioni governative* a pochi casi (ad esempio, le relazioni internazionali)³⁰, il diritto latino-americano contemporaneo ha raggiunto l'estremo opposto della concezione estensiva delle *decisioni governative*. In passato la comprensione di un *atto di governo* nella pratica equivaleva al *poder gracioso*, denominazione che oggi potrebbe essere tradotta come qualcosa vicino al potere discrezionale³¹. Questa concezione obsoleta e ampia di *decisioni governative*, risalente al XIX secolo, fu all'epoca stimolata dalla dottrina francese del *political end*³², conferendo alle autorità un'immunità davanti agli individui³³. A questo proposito, non differisce da ciò che resta delle dottrine degli *actes de gouvernement*³⁴ e delle *political questions* statunitensi³⁵.

La tendenza a ridurre il concetto di decisioni governative si spiega anche con una costante, crescente e criticabile ondata di *judicialização* (ovvero presentazione delle domande ai tribunali) attraverso il controllo della legalità delle decisioni amministrative. Tuttavia, è aperto il dibattito se le politiche pubbliche e altre decisioni amministrative di effetto generale oggi siano soggette alla giurisdizione che, in passato, erano celate nel concetto ampio di decisione governativa. Questo punto sarà ripreso qui di seguito, cfr. punto III.A del presente testo.

²⁸ O. MAYER, *Derecho administrativo alemán*, v.1., Buenos Aires, Depalma, 1982, pp.3-5.

²⁹ O. MEDAUAR, *Ato de Governo*, in *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 191, gen./mar.1993, pp. 81-85.

³⁰ T.B. CAVALCANTI, op. cit., pp. 37-39.

³¹ T. LARES, op. cit., pp. 7-8. Vedere T.B. CAVALCANTI, op. cit., pp. 140-152.

³² G. JÈZE, *Los principios generales del derecho administrativo*, Madrid, Reus, 1928, p. 281; B. SCHWARTZ, op. cit., p. 161; T. LARES, op. cit., p. 39.

³³ T. B. CAVALCANTI, op. cit., pp. 37-39.

³⁴ G. JÈZE, op. cit., p. 275.

³⁵ B. SCHWARTZ, op. cit., p. 332.

2.3. Principio di legalità come principio guida per le funzioni di attuazione.

Il principio di legalità amministrativa in America Latina, sotto l'influenza tedesca, si manifesta attualmente con la sua duplice connotazione: il primato della legge, che afferma che la Costituzione prevale su leggi e regolamenti amministrativi³⁶; e la *Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes*, originata dal diritto prussiano³⁷, secondo il quale la capacità decisionale delle autorità amministrative è limitata dalle intenzioni dei legislatori³⁸.

Pertanto, le decisioni amministrative di attuazione del diritto latino-americano, che un tempo erano finalizzate esclusivamente alla concretizzazione della legge in senso letterale, oggi tendono ad essere guidate da considerazioni di costituzionalità e di diritti o di principi fondamentali, come ad esempio l'uguaglianza di fronte alla legge, la sicurezza giuridica e la protezione della fiducia legittima³⁹.

Inoltre, con l'influenza nel territorio latino-americano, la giurisprudenza della Corte Interamericana dei Diritti Umani ha stabilito che le autorità amministrative, e non solo i tribunali, devono essere guidati dalla Convenzione Americana dei Diritti Umani, come interpretato dalla Corte stessa.

Di conseguenza, ai responsabili delle decisioni amministrative nel processo di attuazione sono imposti i doveri di trasparenza, pubblicità, efficienza e moralità, nonché i doveri ad ascoltare in anticipo gli interessati ed a motivare le decisioni, al fine di evitare l'arbitrarietà e consentire alle (parti interessate) pregiudicate di impugnare le decisioni⁴⁰.

Pertanto, le espressioni *potere discrezionale* e *marginale di valutazione* sono sempre meno importanti, nella misura in cui le scelte delle autorità non sono più libere entro un limite della legislazione, ma sono guidate dalla supremazia dei diritti umani fondamentali⁴¹, che, in caso di collisione, inducono chi decide ad essere guidati dai criteri della proporzionalità e del prevalente interesse pubblico.

È evidente, quindi, che le decisioni amministrative di attuazione tendono, per quanto possibile, a prevenire i conflitti, ovvero anticipano le funzioni di controllo e di tutela dei diritti, secondo il principio fondamentale del diritto alla

³⁶ Arts. 4.h della Legge boliviana n. 2.341/2002, art. 2.1 della Legge brasiliana n. 9.784/1999, art. 4.1.1 e 5.2.2 Titolo Preliminare della Legge peruviana n. 27.444/2001, art. 1.1 della Legge dominicana n. 107-13/2013.

³⁷ H. G. JAMES, *Principles of Prussian Administration*, New York, Macmillan Company, 1913, p. 155.

³⁸ Art. 104.5 della Legge colombiana n. 1.437/2011.

³⁹ Arts. 54-55 della Legge brasiliana n. 9.784/1999, art. 3.15 della Legge dominicana n. 107-13/2013.

⁴⁰ I/A COURT H.R. *Caso di Claude Reyes e altri vs. Cile*, 119, 120. San José, 19 settembre 2006.

⁴¹ A.J. KRELL, *Discrecionalidade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial*, in *Revista da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região*, Recife, v.8, 2004, pp. 184-185.

buona amministrazione (art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea)⁴² e la recente interpretazione dell'art. 8.1 della Convenzione Americana dei Diritti Umani della Corte Interamericana dei Diritti Umani⁴³. Si tende a conferire alle decisioni amministrative di attuazione un carattere più efficace, investendo risorse pubbliche in una precedente fase amministrativa, fatte salve le successive revisioni (che, per logica, sarebbero in numero minore).

2.4. Prerogative personali e istituzionali nelle funzioni amministrative di attuazione.

Pertanto, le decisioni delle autorità non sono più soggette solo al criterio della rigorosa legalità amministrativa, ma devono anche rispettare la Costituzione e le convenzioni internazionali. Questo crea un problema pratico: in che modo le istituzioni amministrative e i loro funzionari pubblici investiti di poteri decisionali potranno contestare le *leggi* e le *norme amministrative* (quando quest'ultime sono redatte da organi gerarchici superiori) che considerano illegali, incostituzionali o anticonvenzionali? Le istituzioni amministrative sono sufficientemente indipendenti dalle altre sfere di potere e dagli interessi economici? I responsabili delle decisioni sono sufficientemente competenti, indipendenti e imparziali per farlo?

In America Latina, i funzionari pubblici avevano difficoltà a difendere i propri diritti individuali⁴⁴; tuttavia, dopo un graduale riorientamento, ora sono generalmente assunti mediante concorsi pubblici basati su *expertise* tecniche e hanno posizioni stabili. Di conseguenza, non perdono il lavoro, a meno che non siano stati giudicati colpevoli di un reato in un procedimento disciplinare⁴⁵. Tuttavia, molti ruoli chiave per il processo decisionale sono stati ricoperti da funzionari pubblici civili e non civili, a seconda del criterio politico e del legame di fiducia del direttore dell'istituzione, che non ha bisogno di spiegare i motivi della sua decisione; gli stessi funzionari sono spesso rimossi dall'incarico in

⁴² Art. 4 della Legge dominicana n. 107-13/2013.

⁴³ I/A COURT H.R. *Caso di Claude Reyes e altri vs. Cile*, 119, 120. San José, 19 settembre 2006.

⁴⁴ T. LARES, op. cit., pp. 59-60; J.A.P. BUENO, *Direito Publico Brasileiro*, Rio de Janeiro, Typographia imp. e const. de J. Villeneuve E.C., 1857, p. 25.

⁴⁵ Art. 6 della Legge argentina n. 22.140/1980, art. 8 del Decreto argentino n. 1.669/1993, arts. 1° e art. 10 della Legge colombiana n. 27/1992, arts. 6, 27 e 29 della Legge colombiana n. 909/2004, arts. 17 e 18 della Legge cilena n. 18.834/1989 (aggiornata dal Decreto Legge 29/2004) e art. 37.2 della Costituzione brasiliana de 1988. Per quanto concerne la differenza tra governo e Amministrazione Pubblica nell'Impero del Brasile, vedere A.J. RIBAS, *Direito administrativo brasileiro*, Rio de Janeiro, F.L. Pinto & C., Livreiros-Editores, 1866, pp. 63-64. Vedere anche, contestualmente, in Nicaragua: K. NAVARRO MEDAL, *El Derecho Administrativo en Nicaragua*, in K. NAVARRO MEDAL, J.A. MORENO MOLINA (coord), *Derecho Administrativo*, Nicaragua, INEJ, 2018, p. 181. In merito alla *political leadership of administration* negli Stati Uniti, vedere P. STRAUSS, *An introduction to administrative justice in United States*, North Carolina, Carolina Academic Press, 1989, p. 17.

modo simile⁴⁶. In tali casi, chiunque occupi una posizione essenziale per il processo decisionale avrà bisogno di stabilità in tale posizione.

Sebbene la mancanza di *expertise* sia stata compensata dall'esistenza di consulenti legali, il fatto è che, da un lato, i pareri giuridici non vincolano chi decide, e dall'altro, tale misura può lasciare l'impressione che, in pratica, sia il consulente legale a decidere, non investito di tale ruolo.

L'assenza di stabilità incide sui funzionari pubblici che esercitano una parte del potere, poiché è una condizione *sine qua non* per l'indipendenza, che a sua volta, è strumento di imparzialità e anche di apparenza di imparzialità.

A tal proposito, l'imparzialità è necessaria non solo nelle funzioni di risoluzione dei conflitti, ma soprattutto nelle funzioni amministrative di attuazione, perché i responsabili delle decisioni di attuazione compiono in ogni momento scelte difficili tra interessi privati e pubblici, di cui devono dimostrare l'equidistanza.

In questo contesto, i responsabili delle decisioni e le istituzioni amministrative devono dimostrare indipendenza da tali interessi (indipendenza esterna). Pertanto, i responsabili delle decisioni devono essere adeguatamente remunerati e le istituzioni devono avere una certa autonomia amministrativa e finanziaria. Infatti, i funzionari pubblici, a differenza dell'esempio del diritto ecuadoriano⁴⁷, hanno bisogno d'indipendenza all'interno della propria istituzione, facendosi riconoscere la stabilità della loro posizione e la garanzia che non riceveranno ordini diretti o indiretti dai loro superiori gerarchici che potrebbero interferire nelle loro convinzioni per decidere (ovvero garantire l'indipendenza interna).

2.5. Decisioni amministrative iniziali nell'esercizio di poteri che limitano i diritti individuali.

Le decisioni iniziali nell'esercizio dei poteri di limitazione dei diritti sono spesso confuse con le decisioni amministrative di risoluzione dei conflitti, il che è un errore, in quanto sono soggette a principi diversi. L'atto di giudicare è circoscritto dai principi inerenti al *due process* e destinato a richiedere allo Stato una decisione che risolve un conflitto in cui si impegna con una parte interessata. Pertanto, una decisione amministrativa di attuazione, che è una decisione iniziale per eccellenza, sarà qualsiasi decisione amministrativa che non si inquadra come una decisione di giudicare, il che significa che una decisione di attuazione non è necessariamente basata sul *due process of law*. Nell'esercizio dei poteri amministrativi sanzionatorio e normativo, le decisioni *iniziali* sono esempi di decisioni amministrative individuali di attuazione: la fase di investigazione iniziale, in cui una commissione indaga se una persona deve essere sanzionata o essere soggetta ad un'altra misura restrittiva, produce una decisione iniziale, a seconda

⁴⁶ Art. 149 della Legge brasiliana n. 8.112/1990 e art. 49 della Legge cilena n. 1/19.653/2000.

⁴⁷ Art. 10 del Decreto ecuadoriano n. 2.428/2002.

del caso⁴⁸. Lo stesso accade con il potere delle autorità di revocare d'ufficio le decisioni (di cui qualcuno ha beneficiato) e che sono considerate illegali a causa di una nuova valutazione delle questioni di fatto e di diritto. Le decisioni relative a tali poteri sono emesse d'ufficio e non precedono il *due process*, che è garantito solo successivamente dal dovere degli organi giudicanti (Amministrazione Pubblica o tribunali) di imporre l'onere della prova ai persecutori e di garantire il diritto di difesa prima di qualunque decisione avversa. Pertanto, nel corso di un'indagine preliminare, le autorità non hanno alcun dovere nei confronti degli indagati al di là di quelli che si esigono dalle funzioni di attuazione, per le quali non è coinvolta alcuna funzione di risoluzione dei conflitti⁴⁹.

In America Latina, l'assenza di una chiara linea di demarcazione tra attuazione e risoluzione dei conflitti, nell'esercizio di poteri amministrativi che limitano i diritti individuali, ha causato, da un lato, un malinteso nell'uso della presunzione di legalità delle decisioni amministrative di condanna⁵⁰, che dovrebbero essere precedute da un autentico *due process*, senza il rischio di invertire l'onere della prova a scapito dell'imputato; dall'altro, l'errata concezione di ordini giudiziari imposta alle autorità amministrative che le loro decisioni iniziali siano sempre precedute dal *due process*, basato su una lettura decontestualizzata delle norme giuridiche e costituzionali che prevedono il *due process* nella fase amministrativa. Poiché non è nella natura di una decisione iniziale essere preceduta dal *due process*, le autorità non sono in grado di conformarsi alle decisioni giudiziarie, che quindi finiscono paralizzate, e i procedimenti penali prescritti.

2.6. Decisioni amministrative iniziali che concedono benefici a un richiedente.

I benefici pretesi dai cittadini sono conferiti mediante una richiesta che deve essere decisa da un responsabile della decisione iniziale. È il caso dei benefici previdenziali o dei servizi sanitari e della partecipazione a controversie pubbliche per i posti di lavoro presso università e scuole (pubbliche) o in posti di lavoro pubblici. Come spiegato nel paragrafo precedente, una decisione iniziale, come ad esempio una decisione amministrativa di attuazione, non precede il *due process*. Tuttavia, se una decisione iniziale di valutazione di una richiesta di beneficio arreca indirettamente pregiudizio a qualcuno, negando la pretesa del richiedente o accordando la pretesa del richiedente a scapito degli interessi di un altro, tale decisione sarà oggetto di un'impugnazione da decidersi con il *due process* tipico delle funzioni giurisdizionale. Una zona grigia tra l'attuazione e la risoluzione dei conflitti si è formata anche nei paesi latino-americani⁵¹. Solo

⁴⁸ M. ASIMOW, op. cit., p. 5, nota 8.

⁴⁹ BRASILE. Supremo Tribunal Federal (STF). RMS 22.789, Primeira Turma, Rel. Min. Moreira Alves. Brasília, 4 maggio del 1999.

⁵⁰ Sulla presunzione di legalità: art. 39 della Legge argentina n. 19.549/1972, art. 4.g della Legge boliviana n. 2.341/2002, art. 88 della Legge colombiana n. 1.437/2011, arts. 10-11 della Legge dominicana n. 13-07/2006 e art. 68 del Decreto ecuadoriano n. 2.428/2002.

⁵¹ Senza una chiara distinzione tra *request* e *remedies*: art. 121.3 della Legge costaricana n.

di recente, le leggi che subordinavano l'impugnazione giudiziale all'esistenza di una precedente decisione iniziale amministrativa sono state contestate dai tribunali supremi⁵², con la motivazione che tali leggi limiterebbero indebitamente il diritto costituzionalmente garantito a una giurisdizione dinanzi ai tribunali. Questa argomentazione si basa chiaramente sulla falsa premessa che una decisione amministrativa (di attuazione) iniziale equivalga a una decisione amministrativa per risolvere i conflitti⁵³. Infatti, se la risoluzione dei conflitti in ambito amministrativo non soddisfa pienamente la clausola del *due process*, nonostante previsto dalla legge, ciò significa che un'altra sfera di potere di revisione deve essere alla portata dell'individuo. In generale, sono i tribunali giudiziari che occupano tale spazio in America Latina.

Tuttavia, una decisione iniziale sui benefici richiesti non può essere sostituita in nessun caso dai tribunali o altri organi giudicanti in qualsiasi circostanza, pena un'inversione sproporzionata dei ruoli istituzionali: la via dei tribunali non sarebbe la più appropriata, perché non vi sono specifiche qualifiche per la valutazione iniziale di un'istanza⁵⁴. Una giurisdizione, sostitutiva dell'attuazione amministrativa, non sarà necessaria fintanto che i giudici avranno il potere di ordinare alle autorità esecutive di decidere in merito ad un'istanza. In tale ipotesi, salvo in caso di prolungata inerzia delle autorità, che sarebbe paragonabile alla negazione della pretesa, sarebbe possibile richiedere una giurisdizione direttamente e senza una precedente decisione amministrativa iniziale⁵⁵.

3. Controllo delle decisioni amministrative.

3.1. Dimensione collettiva del controllo della legalità in opposizione alla dimensione individuale della funzione di risoluzione dei conflitti

Di fatto, nessuna decisione emessa dal poter pubblico è immune al controllo della *legalità*⁵⁶, sia dal punto di vista dell'esistenza dei fatti su cui l'autorità basa la sua decisione, sia dal punto di vista delle leggi e delle altre norme interpretate e applicate⁵⁷.

Tuttavia, le decisioni amministrative, prive della possibilità di arrecare au-

6.227/1978.

⁵² Vedere arts. 30 della Legge argentina n. 19.549/1972 e art. 146 della Legge honduregna n. 152-87/1987.

⁵³ BRASILE. STF. RE 631.240. Rel. Min. Luis Roberto Barroso. Brasília, 15 dicembre del 2016.

⁵⁴ COSTA RICA. Corte Suprema de Justicia di San José de Costa Rica. Exp Exp. 04-005845-007-CO, Res. No. 6866-2005, para VIII, A. San José, 1° giugno del 2005.

⁵⁵ ARGENTINA. Suprema Corte de la Nación Argentina. *Caso Biosystems SA v. Ministerio de la Salud / Hospital Posadas*. Buenos Aires, 22 novembre del 2012. Vedere anche arts. 200.1.2 e 201.104 della Legge panamense n. 38/2000.

⁵⁶ A. R. BREWER-CARÍAS, *Estado de Derecho y control judicial*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1987, p. 9.

⁵⁷ Arts. 3-5, 7 e 8 del Euro-American model code of administrative jurisdiction (R. PERLINGEIRO, K-P. SOMMERMAN, *Euro-American model code of administrative jurisdiction*, Niterói, Editore della UFF, 2014) e P.L. STRAUSS, op. cit., 1989, p. 456.

tomaticamente pregiudizio al diritto individuale, devono essere soggette ad un sistema di controllo *non* giurisdizionale e proporzionato alle origini della sua elaborazione.

La distinzione proposta tra il controllo della legalità di una decisione amministrativa e la tutela giurisdizionale dei diritti risiede soprattutto nelle sue dimensioni collettiva e individuale. Il controllo delle decisioni amministrative è sempre realizzato da una prospettiva generale, mentre la tutela dei diritti ha un carattere naturalmente individuale. Sebbene si tratti di controllo di una decisione amministrativa di effetto individuale, l'interesse in gioco non è quello individuale, ma quello generale della comunità nel vedere l'autorità attuare correttamente la legge e la norma amministrativa.

In altre parole, il controllo delle decisioni amministrative non si presta a proteggere i diritti individuali, ma è paragonabile al *controllo politico*⁵⁸. L'esercizio del controllo delle decisioni amministrative, comprese anche quelli individuali, è più simile ad un'attuazione (che riguarda l'esercizio *ex officio* dei poteri amministrativi, come quello di *autotutela* - la prerogativa dell'autorità di revisionare le proprie decisioni)⁵⁹ che a una funzione giurisdizionale: nel controllo delle decisioni amministrative non è in gioco un diritto individuale, ma l'interesse di una collettività. Pertanto, il controllo delle decisioni è un'azione che si svolge *ex officio*, e la tutela dei diritti individuali è un'azione che dipende dall'iniziativa delle parti interessate.

Tranne il caso in cui vi sia un conflitto intersoggettivo (conflitto tra individui o tra individui ed enti amministrativi), in pratica, l'ente pubblico di controllo svolge una funzione quasi consultiva o normativa alla luce degli effetti generali della sua decisione sulla legalità di una decisione amministrativa⁶⁰. Vale a dire che, sebbene il controllo delle decisioni possa essere esercitato da tribunali o dal legislatore, se non implica concretamente un pregiudizio al diritto individuale, esso si caratterizza in relazione alla comunità come una funzione pubblica *interna corporis*⁶¹. La giurisdizione è una funzione pubblica indispensabile solo per la soddisfazione dei diritti individuali⁶² o individualizzabili⁶³. Il *due process of law* è una garanzia dell'individuo contro lo Stato e non il contrario, né è un potere di certi enti pubblici contro altri enti pubblici.

Sebbene la funzione di tutela dei diritti sia ancora una forma di controllo sulle autorità, si tratta di una forma di controllo solo in senso indiretto. Un'illegalità dell'autorità amministrativa, riconosciuta in un procedimento giurisdizionale, è considerata un presupposto indiretto della tutela dei diritti. Ma il presupposto di riconoscere un diritto individuale non può o deve sempre essere

⁵⁸ G. JÈZE, op. cit., p. 246.

⁵⁹ Sul *poder de autotutela*, art. 3.b della Legge boliviana n. 2.341/2002.

⁶⁰ R. PERLINGEIRO, *A execução forçada de pretensões pecuniárias e a coerção administrativa de fazer, suportar ou omitir-se*, in *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, São Paulo, v. 3, n. 21, nov./dec. 2015, p. 139.

⁶¹ Sul concetto della questione interna, art. 1.2.1, Titolo I, della Legge peruviana n. 27.444/2001.

⁶² P.L. STRAUSS, op. cit., 1989, p.75.

⁶³ Art. 29, Titolo II, della Legge peruviana n. 27.444/2001.

riconosciuto dall'organo giudicante; questo perché l'attività di risoluzione di un conflitto, di natura individuale, non è sempre compatibile con la dimensione collettiva del controllo delle decisioni amministrative.

3.2. Ambiti decisionali per il controllo delle decisioni amministrative.

Non c'è motivo di sostenere che i tribunali o altri organi giurisdizionali non abbiano alcuna legittimità democratica per esercitare il controllo delle decisioni amministrative. Non è obiettivo di questo saggio indicare quali sfere di potere e quali organi sarebbero competenti per controllare la legalità delle autorità. Questa è una questione che riguarda l'organizzazione politica e culturale di ogni Stato. In realtà, è necessario notare che un regime di controllo della legalità delle decisioni non diventa giurisdizionale solo perché è competenza di un tribunale⁶⁴; inoltre il fattore determinante della giurisdizione è il diritto dell'individuo, dato che la missione preponderante dell'organo giudicante è la tutela dei diritti, e non il controllo della legalità delle decisioni amministrative. In questo campo è in gioco anche la credibilità di cui gode ogni sfera di potere o ente amministrativo in una comunità⁶⁵. Non si può ignorare, che in paesi con autorità screditate e non strutturate, può essere necessario conferire la competenza ai tribunali di decidere sul controllo di *legalità delle decisioni amministrative*.

In Brasile, “*ação de improbidade administrativa*” è un esempio di come il legislatore, non avendo fiducia nelle autorità per l'esercizio del potere sanzionatorio disciplinare, abbia creato un processo giudiziale di iniziativa del Ministero Pubblico con lo stesso effetto⁶⁶. Ciò significa che l'importanza relativa dei ruoli rappresentati dai tribunali in una determinata società, dipende dalla *credibilità* delle altre sfere di potere⁶⁷.

A tal proposito, c'è stato un aumento del numero di leggi riguardanti le *azioni popolari (actio popularis)*⁶⁸. Queste azioni consistono in richieste, relative a questioni amministrative, davanti ai tribunali, la cui legittimità *ad causam* è di qualunque cittadino, anche se senza un interesse diretto nella questione, essendo vagamente giustificate in un regime di democrazia partecipativa⁶⁹.

Tuttavia, pur essendo comprensibile, tale inversione di ruoli non è sempre proporzionale e può portare ad una disfunzione istituzionale. Il costo di

⁶⁴ C. NUNES, *Do Poder Judiciário*, Rio de Janeiro, Revista Forense, 1943, p 5.

⁶⁵ L. FÁBRICA, *A ação popular no projecto do código de processo nos tribunais administrativos*, in V.P. SILVA *et al*, *Reforma do Contencioso Administrativo*, v.1, Coimbra, Editora Coimbra, 2003, pp. 204-241.

⁶⁶ Art. 1° della Legge brasiliana n. 8.429/1992.

⁶⁷ P.L. STRAUSS, *op. cit.*, 1989, pp. 430-431, nota 89.

⁶⁸ Art. 5.73 della Costituzione brasiliana del 1988, arts. 10.1.d e 10.2 della Legge costaricana n. 8.508/2006 e arts. 135 e 137 della Legge colombiana n. 1.437/2011. Sull'emergere dell'azione popolare in Brasile, vedere FAGUNDES, Seabra M. *Da ação popular*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 6, p. 1-19, 1946.

⁶⁹ Sulla partecipazione popolare, l'attendibilità delle istituzioni e dei regimi dittatoriali, vedere C.J. FRIEDRICH, *Constitutional government and democracy: Theory and practice in Europe and America*, Boston, Little, Brown & Co, 1941, pp. 536-563.

tollerare decisioni giudiziarie che non sono né democratiche né egualitarie può essere molto alto⁷⁰. Inoltre, il legislatore dovrebbe astenersi dall'attribuire questioni non sottoposte alla giurisdizione dei tribunali o organi quasi giudiziari (*quasi-judicial bodies*), cioè dovrebbe astenersi dall'attribuire loro compiti su questioni che un giudice non è qualificato a risolvere, senza ulteriore *expertise* tecnica e senza legittimità democratica (ipotesi tipiche della deferenza giudiziaria).

3.3. Parametri procedurali per il controllo della legalità amministrativa.

Permettere ai tribunali e agli organi giurisdizionali di decidere su questioni amministrative di carattere generale, anche se presentate sulla base di una richiesta individuale⁷¹, è un invito per i tribunali e gli organi giudicanti in generale a fare politica o a interferire nelle politiche pubbliche, attraverso un procedimento discutibile.

La funzione esercitata dagli organi giudicanti in merito alle pretese che sono dirette principalmente contro leggi o azioni amministrative di effetto generale è un'azione che, anziché essere legata solo ai principi connessi all'effettiva tutela giudiziaria, deve avvicinarsi per quanto possibile ai principi democratici che guidano le sfere di potere destinate alla creazione di leggi e norme amministrative. Questo include l'esercizio di un margine della discrezionalità per l'elaborazione delle politiche che comportano scelte difficili, come ad esempio gli stanziamenti di bilancio.

Trattandosi di una decisione amministrativa generale, l'efficacia del suo controllo dipende dall'*expertise* e, soprattutto, dalla propensione democratica del responsabile della decisione che esercita il controllo. Inoltre, è necessario un procedimento adeguato per garantire che la decisione che ne consegue, produca conformemente effetti generali⁷². Pertanto, le argomentazioni dedotte dalle parti e dagli organi giudicanti in un processo giurisdizionale tradizionale non sarebbero decisive finché non avranno - le parti e i giudici - una legittimità sufficiente a vincolare la comunità.

La *dimensione collettiva* del controllo decisionale comprende le ripercussioni e gli effetti indiretti nella comunità di una decisione amministrativa inizialmente diretta a determinate persone. Tali decisioni contestano, dal punto di vista del soggetto leso, la funzione pubblica di tutela dei diritti, attraverso la giurisdizione; ma, dal punto di vista dei terzi indirettamente interessati, non sono altro che un controllo delle decisioni amministrative di effetto generale.

Trattandosi di una decisione amministrativa individuale, è importante af-

⁷⁰ Vedere J.L. MASHAW, *Judicial review of administrative action: Reflections on balancing political, managerial and legal accountability*, in *Direito GV Law Review*, [S.l.], nov. 2005, pp. 167-168.

⁷¹ Art. 24.a della Legge argentina n. 19.549/1972, art. 36.3 della Lei costaricana n. 8.508/2006, art. 138 2 della Legge colombiana n. 1.403/2011, art. 129 della Legge honduregna n. 152-87/1987 e art. 30 della Legge honduregna n. 189-87/1988.

⁷² Vedere R. PERLINGEIRO, *A impugnação judicial de atos administrativos na defesa de interesses difuso, coletivo e individuais homogêneos*, in *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, v. 7, 2007, pp. 255-272.

fermare che il *controllo* dovrebbe essere sempre contro gli enti pubblici e mai contro i singoli, ancora che la decisione sotto il loro controllo li favorisce.

Se, a seguito di un *controllo*, l'organo di controllo indica che la sfera di un qualche diritto individuale può essere raggiunta, spetta all'autorità di origine o all'organo di controllo stesso promuovere alla parte interessata il *due process* (diritto alla giurisdizione). In tali situazioni, la decisione di controllo sarà definitiva per l'autorità controllata, ma equivalente a una decisione iniziale davanti all'individuo pregiudicato⁷³.

3.4. Controllo accentrato per questioni amministrative di effetto generale.

I sistemi giuridici che adottano un controllo accentrato sia della costituzionalità delle leggi, sia della legalità delle norme amministrative sono più in sintonia con la nozione che il controllo delle norme amministrative è soggetto ad un procedimento diverso in relazione alla giurisdizione⁷⁴.

In realtà esiste un'incompatibilità procedurale nel mantenere nello stesso processo e davanti allo stesso organo decisionale due mezzi di controllo essenzialmente distinti⁷⁵: la tutela dei diritti con la sua dimensione individuale attraverso la funzione giurisdizionale e il controllo delle decisioni con la loro dimensione collettiva e la natura della funzione esecutiva. In questo contesto, ci sono interessanti esempi nel diritto panamense, dominicano e nicaraguense⁷⁶.

Inoltre, consentire che una domanda individuale basata principalmente su una questione di interesse generale (validità della legge e della norma amministrativa) possa essere decisa solo a favore del singolo richiedente, che è nella natura di una funzione giurisdizionale, significa frammentare il diritto amministrativo in due: uno nei confronti dei richiedenti e uno nei confronti dei non richiedenti. Gli organi giudicanti non deve svolgere questo ruolo.

3.5. Tendenze estratte dal controllo della convenzionalità da parte delle autorità.

Una nuova luce sull'argomento è stata portata dalla Corte Interamericana dei Diritti Umani, che parte dalla premessa che se le autorità amministrative di attuazione e risoluzione dei conflitti non avessero, secondo la legislazione dei loro Stati, il potere di esercitare il controllo della costituzionalità, dovrebbero

⁷³ BRASIL. STF. Súmula Vinculante n° 3. Brasília, 30 maggio 2007.

⁷⁴ J. GONZÁLEZ PÉREZ, J.C. CASSAGNE, *La justicia administrativa en Iberoamerica*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2005, p. 55.

⁷⁵ Con base diversa, ma nella stessa direzione J.C. CASSAGNE, *Perspectivas de la Justicia Contencioso-Administrativa en Argentina en el Siglo XXI*, in: M.J.M. CHINER (ed.), *La Justicia Administrativa*, Barcelona, Atelier Libros, 2003, pp. 124-125. Vedere anche l'art. 20 do Euro-American Model Code of Administrative Jurisdiction.

⁷⁶ Arts. 29-42 della Legge panamense n. 135/1943 (procedimento governativo), arts. 17.1-2 e 35-45 della Legge nicaraguense n. 350/2000 e art. 7.a-b da Legge dominicana n. 1.494/1947.

esercitare il pieno controllo della convenzionalità, ovvero non potrebbero non attuare una legge nazionale per il fatto che è contraria alla Convenzione Americana dei Diritti Umani. In questa ipotesi, secondo la Corte, le autorità solleverebbero una questione pregiudiziale di convenzionalità davanti all'organo competente per decidere sul controllo di costituzionalità⁷⁷: “una via di mezzo [*a solution halfway*] tra un controllo assoluto diffuso e un controllo accentrato”⁷⁸. Nei paesi che adottano un regime di controllo della costituzionalità accentrato, come nell'Europa continentale, tale accortezza passerebbe inosservata, perché la tesi della Corte è abbastanza coerente con tale sistema.

Tuttavia, in America Latina, nei paesi che adottano un regime di controllo giudiziario diffuso di costituzionalità⁷⁹, a causa dell'influenza del costituzionalismo statunitense⁸⁰, le autorità amministrative d'attuazione e risoluzione dei conflitti sono sopraffatte dalla mancanza di competenza per decidere su una questione costituzionale o convenzionale che si confronta con la legge nazionale, di modo che devono attendere la decisione di un organo giudiziario di controllo costituzionale⁸¹.

Tuttavia, in generale, qualsiasi tribunale può decidere immediatamente qualsiasi questione costituzionale o convenzionale, il che stimola le richieste giudiziarie e apre la possibilità di frammentare ulteriormente il diritto amministrativo.

Pertanto, ci si aspetta che la questione pregiudiziale riguardante la compatibilità della Convenzione Americana dei Diritti Umani e delle norme e decisioni nazionali, venga sollevata dalle autorità per servire da riferimento affinché si stabilisca nel diritto amministrativo latino-americano una domanda di legalità e costituzionalità (in relazione a questioni amministrative di effetto generale) in ambito amministrativo e davanti ai tribunali.

4. Tutela dei diritti dinanzi alle autorità amministrative e dinanzi ai tribunali (tramite giurisdizione).

4.1. Equilibrio tra la risoluzione dei conflitti davanti alle autorità amministrative e davanti ai tribunali.

La *tutela dei diritti* attraverso la giurisdizione è un tipico ma non esclusivo

⁷⁷ I/A Court H.R. *Case of Cabrera García and Montiel Flores v. Mexico*, Voto del giudice Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, 37, 39. San José, 26 novembre 2010. Un procedimento di anti-convenzionalità da parte delle autorità amministrative è stata prevista all'art. 2° (paragrafo unico) del Codice-Modello dei Processi Amministrativo (Giudiziari e Stragiudiziale) per l'Ibero-America.

⁷⁸ S. G. RAMÍREZ, *The Relationship between Inter-American Jurisdiction and states (National Systems): Some Pertinent Questions*, in *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, Indiana, v. 5, n. 1, 2015, p. 145, nota 139.

⁷⁹ Art. 116 della Costituzione della Nazione Argentina; art. 103 della Costituzione Politica degli Stati Uniti Messicani; art. 86 della Costituzione Politica della Colombia; art. 266 della Costituzione del Guatemala; art. 102.3.c della Costituzione brasiliana.

⁸⁰ A.R. BREWER-CARIAS, op. cit., pp. 9-10.

⁸¹ G.F. MENDES, *Controle de constitucionalidade por órgãos não jurisdicionais: o caso do TCU e do CNJ*, in *Revista Conjur*, São Paulo, ott. 2018.

incarico dei tribunali. Il diritto alla giurisdizione è inteso come un diritto umano fondamentale, con base nell'art. 8 della Convenzione Americana dei Diritti Umani (in linea con l'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti Dell'Uomo e l'articolo 14 del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici) e, una volta soddisfatte le condizioni stabilite da tali norme, la funzione svolta è considerata legittima, indipendentemente dalla sfera di potere statale da cui deriva.

Tuttavia, ammettere l'assegnazione della giurisdizione in una qualsiasi delle sfere di potere non significa autorizzarla contemporaneamente in più di una sfera di potere. Ciò implicherebbe una duplicazione di risorse pubbliche per lo stesso scopo e un indebolimento della certezza del diritto, con ritardo nella risoluzione del conflitto. Nel caso di enti pubblici impegnati nella tutela dei diritti individuali contro le decisioni amministrative di attuazione, la funzione di tali enti nella risoluzione dei conflitti acquisisce grande credibilità, in quanto gli organi giudicanti amministrativi si dimostrano qualificati, indipendenti e imparziali⁸².

Nonostante l'etichetta *risoluzione dei conflitti, giurisdizione o protezione dei diritti* sia attribuita ad una funzione pubblica, ma carente dei pilastri *expertise*, indipendenza e imparzialità, essa potrà essere caratterizzata come una *funzione di attuazione* o come una *decisione quasi giudiziaria (quasi-judicial decision)* e, in questi casi, dovrà essere fornita successivamente e proporzionalmente da un'altra sfera di potere. In un certo senso, quanto descritto è ciò che accade con la dottrina della deferenza giudiziaria, facilitata dall'esistenza di organismi quasi indipendenti, come gli *Administrative Law Judges* – (ALJ) negli Stati Uniti, che decidono su questioni di fatto nelle agenzie amministrative, mentre le *courts* tendono a decidere solo su altri punti del reclamo. Questo approccio evita la ridondanza e la duplicazione di funzioni destinate a risolvere i conflitti.

In altre parole, in un sistema giuridico in cui i tribunali hanno l'ultima parola sulla tutela dei diritti individuali, maggiore è la deferenza che hanno nei confronti delle autorità amministrative che decidono i conflitti, maggiore è il segno che tale le autorità svolgono efficacemente le loro funzioni in modo analogo alla *giurisdizione*. E viceversa: quanto più fragile è il *due process* garantito da queste autorità, tanto minore è la deferenza che i tribunali possono offrire loro e tanto più intenso è la *revisione giudiziaria* sulle decisioni amministrative. Il *quantum* della deferenza giudiziaria, quindi, agisce come misura della competenza, indipendenza ed imparzialità di un ente pubblico destinato a tutelare i diritti attraverso un'azione per risolvere i conflitti⁸³. In questo contesto, la dottrina dell'*esaurimento dei rimedi amministrativi*, ossia l'atto di condizionare l'accesso a un tribunale (competente, indipendente e imparziale) ad istaurare un *due process* in ambito amministrativo, è giustificabile solo fino a quando l'individuo non corre il rischio di essere privato delle garanzie di un *due process* in ambito amministrativo⁸⁴. Come spiegato al punto IV.D del presente saggio, in America Latina tale rischio è reale⁸⁵.

⁸² A. GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas. Tomo 1*, Buenos Aires, FDA, 2013, pp. X-14.

⁸³ P. CANE, op. cit., p. 268.

⁸⁴ P.L. STRAUSS, 1989, op. cit., pp. 444-446; B. PINTO, op. cit., p. 262.

⁸⁵ Norme sul precedente esaurimento della sfera amministrativa: artt. 23.a della Legge argentina n. 15.549 / 1972, art. 70 delle Legge boliviana n. 2.341 / 2002, art. 161.2 della Legge

4.2. La violazione di un diritto come condizione di accesso ad una funzione giurisdizionale.

La giurisdizione è un'azione del potere pubblico destinata a risolvere una controversia. A sua volta, il *contenzioso* soggetto a giurisdizione presuppone un conflitto di interessi caratterizzato da una pretesa *contrastata*. Pertanto, ci sarà una controversia amministrativa se un'autorità, nell'esercizio del suo potere amministrativo, si oppone a una rivendicazione individuale: è dalla resistenza che nasce il diritto alla giurisdizione. Si possono distinguere tre modalità di resistenza ad una singola applicazione per giustificare una giurisdizione: la resistenza effettiva, la resistenza presunta e la resistenza fittizia.

Un esempio di *resistenza reale* è il rifiuto di un'istanza individuale, e un esempio di *resistenza presunta* è l'omissione dell'autorità di rispondere (in tempi ragionevoli) ad un'istanza individuale.

È anche un esempio di *resistenza presunta* quella che pone persone o entità sotto il giogo di un potere amministrativo che culmina nella privazione dei loro diritti individuali. Una decisione amministrativa che avvia un processo disciplinare sanzionatorio, dal quale può derivare una sanzione, può essere equiparata a una decisione iniziale che pone l'interessato in una situazione sfavorevole. Tali decisioni sono suscettibili di impugnazione, conferendo all'individuo il diritto alla giurisdizione, e non corrispondono a una *resistenza reale* ai diritti dell'individuo, ma lo collocano in una posizione sfavorevole (quella dell'imputato), basata su una presunzione di colpevolezza. Naturalmente, l'imputato è autorizzato fin dall'inizio a ricorrere alla giurisdizione in modo da ottenere *uno status più favorevole* (quello di non accusato in un processo disciplinare).

Il principale esempio di resistenza fittizia fa parte della vita quotidiana dell'America Latina: la pretesa individuale è respinta da un'autorità che non detiene alcun margine di giudizio o potere discrezionale per decidere a favore del richiedente. Un paradosso che si cerca di spiegare.

Da un lato, le leggi inducono i cittadini a ritenere che le autorità hanno competenza per decidere su un'istanza, indicando che esiste una sola via amministrativa per cercare di soddisfare il loro diritto; d'altra parte, anche se questo non è molto chiaro, le leggi non attribuiscono a tali autorità la competenza a decidere su alcuni aspetti collaterali della pretesa individuale, la cui valutazione è essenziale per la concessione della stessa.

Ciò si verifica quando la pretesa individuale si basa su diritti fondamentali e l'autorità non è in grado di interpretare la legge al di là del suo significato letterale, o quando una pretesa individuale si basa su una legge incompatibile con una norma amministrativa che vincola l'autorità. In tali casi, le autorità non

colombiana n. 1.437/2011, artt. 2.5 e 46 della Legge nicaraguense n. 350/2000. Precedente esaurimento della sfera amministrativa come condizione incostituzionale: COSTA RICA. Corte Suprema di San José del Costa Rica. Exp 04-011636-0007-CO, Res. 03669-2006. San José, 30 luglio 2006.

hanno più il potere di attuare le norme e di favorire la pretesa individuale. In pratica, l'autorità è indotta a preferire la norma amministrativa a scapito della legge e dei diritti fondamentali.

In questo contesto, l'autorità amministrativa *si oppone* a una pretesa individuale, non perché non sia d'accordo con essa, ma perché mira a rispettare la legge o la norma amministrativa. Si tratta di un problema di assegnazione dei poteri a sfere decisionali pubbliche. Se una pretesa individuale è negata solo a causa di una legge a cui l'autorità è vincolata (senza la possibilità di resistenza reale), è perché, di fatto, la resistenza non è il risultato di una volontà dell'autorità, ma della legge stessa o della norma amministrativa. In tali casi, quindi, la legge o la norma amministrativa dovrebbe essere impugnata, non la decisione amministrativa.

4.3. La giurisdizione come finzione giuridica.

Certamente, la finzione giuridica qui citata riguarda casi tipici che dovrebbero essere di *controllo delle decisioni amministrative* e non di *tutela dei diritti attraverso la giurisdizione*, creando un'atmosfera artificiale di contenzioso, raccogliendo davanti agli organi giudicanti, in un unico momento, la competenza a decidere sui diritti individuali e sulle questioni di interesse generale. Indirettamente, si crea un sistema di giurisdizione basato su una clausola generale di *legittimità universale*⁸⁶. Se una pretesa individuale riguardo al diritto amministrativo è desunta dall'interpretazione o dall'invalidità di una norma che, tuttavia, in dato momento non è ancora diventata effettiva, in realtà si tratta di una pretesa astratta e di portata generale mascherata da pretesa individuale; quest'ultima, se assistita da chi giudica solo a favore dell'attore, oltre ad implicare un *privilegio* nei suoi confronti rispetto al resto della collettività, avrà come risultato pratico la comparsa di due diversi tipi di azioni amministrative: un'azione amministrativa *giurisdizionalizzata*, secondo il parere dei giudici, e un'altra *non giurisdizionalizzata*, modellata dalla legislazione che rimane ancora in vigore.

D'altra parte, una decisione giudiziaria in materia di diritto amministrativo con effetto *erga omnes* su uno dei fondamenti di una pretesa individuale (costituzionalità della legge o legalità della norma amministrativa), come avviene in alcuni paesi⁸⁷, potrebbe pregiudicare numerosi altri diritti (che non sono immediatamente percepibili). Tra questi sono inclusi diritti fondamentali, e ciò impone scelte difficili: ci sarebbe un grande rischio di essere sacrificati dai giudici senza un'adeguata ponderazione.

4.4. La protezione (in)effettiva dei diritti in ambito amministrativo.

La giurisdizione fornita dallo Stato è un diritto umano fondamentale che

⁸⁶ P. CANE, *Open standing and the role of courts in a democratic society*, in *Singapore Law Review*, Singapore, v. 20, 1999, pp. 49-50.

⁸⁷ Arts. 130.3 e 185 della Legge costaricana n. 8.508/2006, art. 189 della Legge colombiana n. 1.437/2011, art. 52.5.c della Legge messicana del 2005, art. 95 della Legge nicaraguense n. 350/2000 e art. 6.1 della Legge peruviana n. 27.444/2001.

dipende principalmente dalla presenza di organi giudicanti competenti, indipendenti e imparziali. Tuttavia, in America Latina, la giurisdizione è un'attività esercitata prevalentemente da tribunali non specializzati in diritto amministrativo. Salvo rare eccezioni, in America Latina non esistono istituzioni all'interno della Pubblica Amministrazione con poteri giurisdizionali che soddisfino i tre criteri, ossia che siano competenti, indipendenti e imparziali.

Nonostante il sistema giudiziario latino-americano abbia caratteristiche di diritto statunitense, poche leggi conoscono strutture come quelle dei giudici statunitensi di diritto amministrativo (*Administrative Law Judges* – ALJ) e dei tribunali amministrativi canadesi e australiani che fanno parte del Potere Esecutivo. I pochi esempi di organi quasi giudiziari (*quasi-judicial bodies*) latino-americani, accanto al tribunale marittimo brasiliano⁸⁸, riguardano il diritto di accesso all'informazione ufficiale, sostenuto dalla Legge-Modello Interamericana sull'accesso all'informazione pubblica. Tali organi quasi giudiziari (*quasi-judicial bodies*) sul diritto all'informazione possono trovarsi in Cile, El Salvador, Honduras e Messico⁸⁹.

In generale, i processi latino-americani in ambito amministrativo, pur avendo l'obiettivo di risolvere i conflitti e di offrire la possibilità alle parti interessate di esprimersi, non inducono alla giurisdizione; essi sono, in sostanza, funzioni amministrative di attuazione, e soggette a una completa revisione giudiziaria. Non a caso, nel diritto spagnolo e portoghese (anche in quello italiano), c'è una distinzione tra *processo* e procedimento: il termine *processo* si riferisce all'attività di giurisdizione condotta da autorità o giudici indipendenti e imparziali; il procedimento si riferisce già ad un'attività che ha solo l'apparenza di giurisdizione, perché, di fatto, è condotta da autorità senza prerogative d'indipendenza.

Tuttavia, in America Latina, i *procedimenti* in ambito amministrativo non garantiscono realmente un *processo giusto*, che è una disposizione esclusiva dei tribunali di giurisdizione comune, con gravi conseguenze giuridiche che non sono state finora chiaramente assimilate dal diritto amministrativo dei paesi latino-americani.

Basandosi sulla Costituzione e su leggi, gli individui rivendicano il diritto al *due process of law* dinanzi alle autorità amministrative, in particolare per difendersi dai poteri amministrativi sanzionatorio e regolamentare, che mirano a limitare i diritti. Poiché le autorità nazionali latino-americane non sono in grado di offrire le garanzie del *due process*, come ad esempio un'audizione da parte di un *organo giudicante* competente, indipendente e imparziale precedentemente stabilito dalla legge⁹⁰, il risultato pratico è che le richieste riportano ai tribunali

⁸⁸ BRASIL. STF. Agravo de Instrumento 11.094, 2ª Turma, Rel. Min. Juiz Bento de Faria. Brasília, 28 maggio 1934; STF. Agravo de Instrumento 62.811, 1ª Turma. Brasília, 20 giugno 1973.

⁸⁹ R. PERLINGEIRO, *Principals of the right of access to information in Latin America*, in H-J. BLANKE, R. PERLINGEIRO (ed.). *The right of access to public information: an international comparative legal survey*, Berlin, Springer, 2018, p. 115.

⁹⁰ L'organo giurisdizionale è istituito a posteriori: art 151.1 della Legge brasiliana n.

la decisione piena e definitiva sui suddetti poteri amministrativi; cioè, i poteri sanzionatori e regolatori, se osteggiati dalle parti interessate, sono interamente assegnati ai tribunali.

Uno scenario simile si verifica con le pretese che cercano di ottenere un qualche beneficio pubblico partendo dai requisiti. Se la domanda viene respinta con una decisione iniziale, le leggi prevedono di solito un ricorso per il riesame dinanzi allo stesso responsabile della decisione, nonché un ricorso dinanzi a un organo gerarchico superiore. In pratica, però, le parti interessate si rivolgono direttamente ai tribunali, poiché, conoscendo l'assenza di organi giudicanti indipendenti o quasi indipendenti nell'area amministrativa, tentano la fortuna direttamente nell'unica sfera di potere che può offrire una giurisdizione effettiva.

4.5. La protezione (illusoria) dei diritti in ambito giudiziario davanti ai tribunali.

Negli ultimi anni, i tribunali latino-americani hanno svolto un ruolo incontrollato nel diritto amministrativo, con funzioni che non hanno riguardo alla tutela dei diritti e configurano, di fronte ai querelanti, un diritto amministrativo *preferenziale*. Una tale intraprendenza per l'attivismo non è un'esclusività del diritto latino-americano, considerato in certe circostanze un problema generale, anche per i sistemi di giustizia amministrativa che prevalgono su un controllo giudiziario chiuso. Ci si riferisce qui all'immunità dei giudici, che li esonera dalle responsabilità inerenti alle autorità nell'esercizio dei loro poteri di attuazione⁹¹.

In realtà la peculiarità latino-americana sta nell'assenza di un processo giudiziario efficace, davanti alla Pubblica Amministrazione, associato all'esistenza di tribunali non specializzati in diritto amministrativo, come unica alternativa alla funzione giurisdizionale in materia di diritto amministrativo. Inoltre, una combinazione di fattori che aggravano il quadro sopra citato richiede una riflessione urgente nel diritto latino-americano:

1. La mancanza di fiducia degli organi giudicanti nei confronti delle autorità di attuazione, che non hanno più credibilità nella società di quanto non ne abbiano nei tribunali, soprattutto perché le autorità amministrative e i funzionari pubblici latino-americani non hanno le prerogative necessarie per agire in modo indipendente.

2. Un regime di controllo della costituzionalità diffusa dinanzi ai tribunali, che aspira ad un controllo diffuso della legalità delle norme amministrative e che conferisce ai tribunali il potere di decidere sui singoli aspetti di una pretesa e anche, nello stesso processo, incidentalmente, il potere di decidere sui motivi collettivi di tale pretesa.

3. Le decisioni giudiziarie sui ricorsi individuali che affrontano, come ba-

8112/1990. Vedere anche BRASIL. STF. RMS 33666/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ decisione finale del giudice Edson Fachin. Brasília, 31 maggio 2016.

⁹¹ P.L. STRAUSS, op. cit., 1989, p. 455.

se, questioni di natura generale (leggi e norme amministrative), producendo talvolta effetti *inter partes* e, pertanto, criticate per aver svolto un ruolo di violazione del dovere di isonomia della Pubblica Amministrazione, talvolta producendo effetti *erga omnes* e, quindi, criticate per la mancanza di sufficiente legittimità democratica. In questo scenario, la società è portata ad accordare poteri straordinari ai tribunali, i cui membri così iniziano a pensare di detenerli di diritto.⁹² I tribunali sono appoggiati dai media per affrontare questioni estremamente controverse, dal punto di vista di un conflitto individuale, fino al punto in cui i loro membri sono etichettati come coraggiosi elargitore della giustizia, che viene negata dalle autorità cattive. Tuttavia, tale processo decisionale è illusorio, perché è così che i tribunali procedono, a scapito del controllo delle basi strutturali (di dimensione collettiva) e dei determinanti del conflitto intersoggettivo, basato su politiche pubbliche, stabilite da leggi e norme amministrative, che sono solo parzialmente presi in considerazione. Di conseguenza, se tale decisioni sono ammesse ed eseguite, è compromessa tutta una serie di innumerevoli diritti fondamentali, che diventano inosservati in tale giurisdizione disfunzionale.

5. Conclusioni.

I ruoli istituzionali basilari del potere saranno più facilmente mantenuti se gli organi decisionali originari acquisiranno la necessaria *expertise* amministrativa e la legittimità democratica agli occhi della società. Questo porterebbe a un sistema di giustizia amministrativa più giusto ed equo. In una rilettura dei regimi di controllo e di distribuzione dei poteri, adeguati alle realtà latino-americane, in particolare a quella brasiliana, si concepisce l'esercizio effettivo delle funzioni decisionali di attuazione, il controllo della legalità delle decisioni amministrative e la tutela (giurisdizionale) dei diritti, indipendentemente dalla loro attribuzione nei rami tradizionali del potere dello Stato.

Certamente, non sono necessariamente i tribunali e gli altri organi giurisdizionali ad essere i più qualificati e dotati di legittimità democratica ad esercitare, con il pretesto di tutelare i diritti, un potere di controllo incidentale e simultaneo (controllo della legalità) sulle altre istituzioni dello Stato. La legittimità di un tribunale nel creare diritti o nell'agire con attivismo non è in gioco; il cuore della questione è che un tribunale o qualsiasi altro organo giurisdizionale non dovrebbe poter creare regole astratte, con effetto *erga omnes*, su una questione amministrativa di portata generale, sulla base di un caso specifico senza detenere legittimazione e *expertise* adeguate. Né i tribunali dovrebbero essere utilizzati come strumento per violare il principio di isonomia nel diritto amministrativo, in pratica stabilendo norme il cui effetto è specificamente limitato ai ricorrenti.

Nel corso della storia, le strutture di potere sono state stabilite sulla base

⁹² L.W. VIANNA *et al.*, *Quem somos: a magistratura que queremos*, Brasília, Associação dos Magistrados Brasileiros- AMB, 2019, pp. 136-145.

delle attitudini per determinate funzioni:

1. Le funzioni di attuazione della legge e di controllo dell'attuazione delle leggi dovrebbero essere esercitate da organi dotati di *expertise* (soprattutto per quanto riguarda le decisioni individuali e di legittimità democratica (soprattutto per quanto riguarda le decisioni di effetto generale).

2. La funzione di tutela dei diritti richiede *expertise*, indipendenza e imparzialità degli organi giudicanti nei confronti di chi decide.

È da tali competenze che i ruoli istituzionali sono distribuiti nelle diverse sfere di potere e il rischio di lacune o esuberi nell'esercizio di tali ruoli viene rimosso.

Questa equazione non deve essere sbilanciata, in quanto provocherebbe la distorsione dell'ordinamento giuridico.

Inoltre, esiste una reale distinzione tra i procedimenti di tutela dei diritti e quelli di controllo delle decisioni: le corrispondenti basi procedurali devono essere collegate alla natura sostanziale del diritto da tutelare e alla decisione da controllare. Infatti, i giudici sono guidati dalla clausola del *due process of law* e mirano a sanare un diritto leso da una decisione amministrativa individuale. Tuttavia, gli organi che controllano utilizzano una procedura simile a quella che porta alla creazione della decisione controllata e che, pertanto, non è necessariamente soggetta a un *due process*, che in questo caso sarebbe considerato una finzione legale, poiché il controllo della decisione amministrativa non è altro che una decisione di attuazione di livello superiore.

Tra l'altro, mentre la tutela dei diritti è finalizzata a soddisfare l'interesse individuale, con effetto *inter partes*, il controllo delle decisioni amministrative è volto a salvaguardare l'interesse pubblico, con effetto *erga omnes*. Non si dovrebbe cercare di alterare la natura delle cose.

Pertanto, il potere di interpretare la legge da parte dei *giudici* nel diritto amministrativo è limitato nelle singole barriere del conflitto da risolvere. Se, dall'interpretazione della legge da parte del giudice, i terzi possono essere avvantaggiati o danneggiati, è perché l'organo giudicante può invadere la competenza di chi decide, essendo certo che la questione dovrebbe essere soggetta a un controllo astratto, e non a una giurisdizione. L'interpretazione del giudice che svuota il contenuto di una legge o di una norma amministrativa e che sopprime l'omissione di una legge o di una norma è un'azione equivalente all'annullamento o alla creazione di una norma, dovendo quindi essere di competenza di un organo con la natura appropriata e non invece di un organo giudicante. In questo contesto, l'ideale sarebbe concentrare la competenza in un unico organo dotato delle competenze necessarie per decidere su questioni amministrative di interesse generale. Un procedimento di competenza diffusa per il controllo della legalità amministrativa in generale presuppone la possibilità di una pluralità di organi che decidano contemporaneamente e in modo contraddittorio sulla stessa materia. Per questo motivo, un procedimento di giurisdizione diffusa dovrebbe essere appropriata per misure di tutela giudiziaria dei diritti individuali.

Di conseguenza, si mette in dubbio in America Latina, il controllo dif-

fuso della costituzionalità delle leggi davanti ai tribunali di origine statunitense, che indirettamente costituisce un incentivo al controllo diffuso, con effetto concreto delle norme amministrative davanti a qualsiasi organo giudiziario. L'idea di separazione tra la tutela dei diritti e il controllo delle decisioni amministrative trova ispirazione nel regime di costituzionalità concentrata, attualmente configurato nell'Europa continentale.

Infine, sebbene evidente, ma forse poco ricordata e approfondita, vale la pena notare che più i cittadini ritengono che le autorità esecutive (di attuazione delle leggi) rispettino i diritti fondamentali e le garanzie costituzionali, meno cercheranno gli organi giudicanti, controllori e revisori delle decisioni iniziali. Poiché è meglio evitare conflitti con le misure prospettiche piuttosto che porvi rimedio con misure retroattive, è opportuno che ai responsabili delle decisioni di attuazione siano attribuite prerogative simili a quelle di cui godono le autorità giudiziarie di controllo.

L'aspetto negativo nel futuro del diritto amministrativo latino-americano è l'assenza di segnali indicativi che i tribunali, in particolare nelle *richieste individuali*, non saranno più competenti a decidere sulle rivendicazioni strutturali delle autorità esaminate. Pertanto, c'è ancora il rischio di disfunzioni nei ruoli istituzionali di base.

Il lato positivo, tuttavia, secondo la giurisprudenza della Corte Interamericana dei Diritti Umani, è che il diritto amministrativo latino-americano tende a trasferire alle autorità amministrative una parte del potere di risoluzione dei conflitti e tende a dare alle autorità esecutive garanzie per il processo decisionale con un maggiore rispetto dei diritti fondamentali. Ciò dovrebbe ridurre il ruolo svolto dai tribunali ordinari e prevenire i conflitti dinanzi agli organi decisionali di cause amministrative.

Analogamente, secondo la giurisprudenza della Corte Interamericana dei Diritti Umani, le autorità amministrative con funzioni di attuazione e di risoluzione dei conflitti non sono competenti per un controllo di convenzionalità completo, che deve essere esercitato in modo concentrato davanti agli organi giudiziari nazionali competenti per il controllo di costituzionalità. Una tale visione può essere un orientamento in America Latina, portando ad un futuro controllo concentrato delle norme e delle decisioni amministrative di effetto generale, comprese quelle relative alle richieste individuali, introducendo un incidente di legalità o costituzionalità delle norme. In tal modo si otterrebbe una separazione formale tra la tutela giurisdizionale dei diritti e il controllo delle decisioni amministrative.

In sintesi, un modello di giustizia amministrativa per l'America Latina che brama un diritto amministrativo giusto ed equo deve: (a) essere basato sul controllo delle decisioni amministrative, ispirato dal controllo concentrato delle norme europee, (b) essere associato a un sistema giurisdizionale decentralizzato di tutela dei diritti, indipendentemente dal ramo di potere in cui è assegnato, tipicamente statunitense, e (c) essere anche associato a un sistema di attuazione delle decisioni amministrative che è soggetto al primato dei diritti fondamentali per quanto possibile, come stabilito nell'ordinamento giuridico internazionale

dei diritti umani.

Fonti

AMUNÁTEGUI RIVERA, JD. *Resumen de derecho administrativo aplicado a la legislación de Chile (Sintesi del diritto amministrativo applicato alla legislazione del Cile)*. Santiago: La Razón, 1900.

ARAGÃO, Alexandre Santos. *Curso de direito administrativo. (Corso di diritto amministrativo)*. (Rio de Janeiro: Forense, 2013).

ASIMOW, Michael. Five Models of Administrative Adjudication. *The American Journal of Comparative Law* (Cinque modelli di Giustizia amministrativa. *L'American Journal of Comparative Law*), Michigan, v. 63, n. 1, p. 3-32, 2015.

BARBOSA, Rui. *Habeas Corpus*. Bahia: Typographia do Diário da Bahia, 1892.

BLANKE, Hermann-Josef; PERLINGEIRO, Ricardo (eds). *The right of access to public information: An international comparative legal survey. (Il diritto di accesso all'informazione pubblica: Un'indagine giuridica comparativa internazionale)*. Berlin: Springer, 2018.

BREWER CARÍAS, Allan R.. *Estado de Derecho y control judicial*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, (*Stato di Diritto e controllo giudiziario*. Madrid: Istituto Nazionale dell'Amministrazione Pubblica, 1987).

BUENO, J.A Pimenta. *Direito Público Brasileiro. (Diritto Pubblico Brasiliano)*. Rio de Janeiro: Typographia imp. e const. de J. Villeneuve E.C., 1857.

CANE, Peter. *Administrative Law* (5th ed.). (*Diritto Amministrativo* (5ed.)). Oxford: Oxford University Press, 2011.

Controlling administrative power: An historical comparison. (Controllo del potere amministrativo: Una comparazione storica). Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

Open standing and the role of courts in a democratic society. (La posizione aperta e il ruolo dei tribunali in una società democratica). *Singapore Law Review*, Singapore, v. 20, p. 23-50, 1999.

CASSAGNE, Juan Carlos. Perspectivas de la justicia contencioso-administrativa en Argentina en el siglo XXI. (Prospettive di giustizia contenzioso-amministrativa in Argentina nel XXI secolo). In: CHINER, Maria Jesús Montoro (ed.). *La Justicia Administrativa. (La Giustizia Amministrativa)*. Barcelona: Atelier Libros, 2003. p. 117-134.

CASTILLO VELASCO, José Maria. *Ensayo sobre el derecho administrativo mexicano, (Saggio sul diritto amministrativo messicano)*, v. 1. México: Taller de imprenta de la escuela de artes y oficios, 1874.

Ensayo sobre el derecho administrativo mexicano, (Saggio sul diritto amministrativo messicano), 2 México: Castilho Velasco e Hijos, 1875.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Instituições de direito administrativo brasileiro (Istituzioni di diritto amministrativo brasiliano)*, 2. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1936.

CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. (Il ruolo del giudice nel contenzioso di diritto pubblico). *Harvard Law Review*, Cambridge, v.

89, n. 7, p. 1281-1316, 1976.

FÁBRICA, Luís. A acção popular no projecto do código de processo nos tribunais administrativos. (L'azione popolare nel progetto del codice di procedura nei tribunali amministrativi.) In: SILVA, Vasco Pereira da; et al. *Reforma do Contencioso Administrativo, (Riforma del Contenzioso Amministrativo)*, v. 1, Coimbra: Editora Coimbra, 2003. p. 204-241.

FAGUNDES, Seabra M.. Da ação popular. (Dall'azione popolare). *Revista de Direito Administrativo. (Rivista di Diritto Amministrativo)*. Rio de Janeiro, v. 6, p. 1-19, 1946.

FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de derecho administrativo. (Trattato di diritto amministrativo)*. Madri: Instituto de Estudios Politicos, 1958.

FRIEDRICH, Carl J. *Constitutional government and democracy: Theory and practice in Europe and America. (Governo costituzionale e democrazia: Teoria e pratica in Europa e in America)*. Boston: Little, Brown & Co. 1941.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesus & Cassagne, Juan Carlos. *La Justicia Administrativa em Iberoamerica. (La Giustizia Amministrativa in Ibero-america)*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2005.

GORDILLO, Agustín. *Derechos humanos. (Diritti umani)*. Buenos Aires: Fund. de Derecho Administrativo, 2007.

Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa. (I tribunali amministrativi come alternativa all'organizzazione amministrativa). *RAP*, Buenos Aires, p. 955-962, 2005.

Tratado de derecho administrativo y obras selectas. (Trattato di diritto amministrativo e opere selezionate). Tomo 1. Buenos Aires: F.D.A., 2013.

JAMES, Hermann Gerlach, *Principles of Prussian administration. (Principi dell'amministrazione prussiana)*. New York: Macmillan Company, 1913.

JÈZE, Gaston. *Los Principios generales del derecho administrativo. (I Principi generali di diritti amministrativo)*. Madrid: Reus, 1982.

KRELL, Andreas J. Discricionariade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. (Discrezionalità amministrativa, concetti giuridici indeterminati e controllo giudiziario). *Revista de Magistratura Federal da 5ª Região, (Rivista della Magistratura Federale dalla 5ª Sezione)* Recife, v. 8, p. 177-224, 2004.

LARES, Teodosio. *Lecciones de Derecho Administrativo. (Lezioni di Diritto Amministrativo)*. México: Imprenta de Ignacio Cumplido, 1852.

MASHAW, Jerry L. Judicial review of administrative action: Reflections on balancing political, managerial and legal accountability. (Controllo giurisdizionale dell'azione amministrativa: Riflessioni sull'equilibrio tra responsabilità politica, manageriale e legale). *Direito GV Law Review*, [S.l.] p. 153-170, nov. 2005.

MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán. (Diritto amministrativo tedesco)*. v. 1. Buenos Aires: Depalma, 1982.

MEDAUAR, Odete. Ato de governo. (Atto di governo). *Revista de Direito Administrativo, (Rivista di Diritto Amministrativo)*, Rio de Janeiro, v. 191, p. 67-85, gen./mar. 1993.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade por órgãos não

jurisdicionais: o caso do TCU e do CNJ. (Controllo della costituzionalità da parte di organi non giudiziari: il caso del Tribunale dei Conti dell'Unione e del Consiglio Nazionale di Giustizia). *Revista Conjur*, São Paulo, out. 2018.

MERRILL, Thomas W. Jerry L. Mashaw: The due process revolution, and the limits of judicial power. (La rivoluzione del *due process* e i limiti del potere giudiziario). In: PARRILLO, Nicholas R. (ed.). *Administrative law from the inside out. (Diritto amministrativo dall'interno verso l'esterno)*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 39-62.

NAVARRO MEDAL, Karlos; MORENO MOLINA, José A. (coord). *Derecho Administrativo. (Diritto Amministrativo)*. Nicaragua: INEJ, 2018.

NUNES, Castro. *Do Poder Judiciário. (Del Potere Giudiziario)*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1943.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA) AG/RES. 2607 (XL-0/10). *Ley modelo interamericana sobre acceso a la información pública*, ORGANIZZAZIONE DEGLI STATI AMERICANI (OAS) AG/RES. 2607 (XL-0/10). *Legge-Modello Interamericana sull'accesso all'informazione pubblica*, 2010.

PERLINGEIRO, Ricardo. A execução forçada de pretensões pecuniárias e a coerção administrativa de fazer, suportar ou omitir-se. (L'esecuzione forzata di pretese pecuniarie e la coercizione amministrativa per fare, sostenere o omettere). *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo, (Rivista di Diritto Amministrativo Contemporaneo)*, São Paulo, v. 3, n. 21, p. 133-141, nov./dez. 2015.

A historical perspective on administrative jurisdiction in Latin America: Continental European tradition *versus* US influence. (Una prospettiva storica sulla giurisdizione amministrativa in America Latina: La tradizione europea continentale *contro* l'influenza degli Stati Uniti). *British Journal of American Legal Studies – BJALS*, Birmingham, v. 5, n. 1, p. 241-289, 2016.

A impugnação judicial de atos administrativos na defesa de interesses difuso, coletivo e individuais homogêneos. (La contestazione giudiziaria di atti amministrativi in difesa di interessi diffusi, collettivi e individuali omogenei). *Revista de Direito do Estado, (Rivista di Diritto dello Stato)*, Rio de Janeiro, v. 7, p. 255-272, 2007.

Principals of the right of access to information in Latin America. (Fondamenti del diritto di accesso all'informazione in America Latina). In: BLANKE, Hermann-Josef; PERLINGEIRO, Ricardo (ed.). *The right of access to public information: An international comparative legal survey. (Il diritto di accesso all'informazione pubblica: Un'indagine giuridica comparativa internazionale)*. Berlin: Springer, 2018. p. 71-130.

PERLINGEIRO, Ricardo; SOMMERMANN, Karl-Peter (coords). *Código de jurisdição administrativa: o modelo alemão. (Codice di competenza amministrativa: il modello tedesco)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

Euro-American model code of administrative jurisdiction. (Codice modello euro-americano di giurisdizione amministrativa). Niterói: Editora da UFF, (Edizione della UFF) 2014.

PINTO, Bilac. Separação de poderes. (Separazione dei poteri). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 6, p. 243-275, 1946.

RAMÍREZ, Sérgio García. The Relationship between Inter-American Jurisdiction and States (National Systems): Some Pertinent Questions. (Il rapporto tra giurisdizione (Inter-americana e Stati (Sistemi Nazionali): Alcune domande pertinenti). *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, Indiana, v. 5, n. 1, p. 115-151, 2015.

RIBAS, Antônio Joaquim. *Direito administrativo brasileiro. (Diritto amministrativo brasiliano)*. Rio de Janeiro: F.L. Pinto & C., Livreiros-Editores, 1866.

RIVERO, Jean. *Curso de direito administrativo comparado. (Corso di diritto amministrativo comparato)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

RUIZ, Jorge Fernandez. Presentación. In: MAURER, Harmut. *Derecho administrativo alemán. (Diritto amministrativo tedesco)*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.p. XXXVIII-XL.

SCHWARTZ, Bernard. *French administrative law and the common-law world. (Il diritto amministrativo francese e il mondo del common law)*. New York: New York University Press, 1954.

STRAUSS, Peter L. *An introduction to administrative justice in United States. (Un'introduzione alla giustizia amministrativa negli Stati Uniti)*. North Carolina: Carolina Academic Press, 1989.

The place of agencies in government: Separation of powers and the fourth branch. (Il posto delle agenzie nel governo: La separazione dei poteri e il quarto ramo). *Columbia Law Review*, New York, v. 84, n. 3, p. 573-669, April 1984.

TÁCITO, Caio. Presença norte-americana no direito administrativo brasileiro. (Presenza nord americana nel diritto amministrativo brasiliano). *Revista de Direito Administrativo, (Rivista di Diritto Amministrativo)*, Rio de Janeiro, v. 129, p. 21-33, lug./set. 1977.

URUGUAY, Visconde. *Ensaio sobre o direito administrativo. (Saggio sul diritto amministrativo)*. 1.ed. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862.

VIANNA, Luiz Werneck; Carvalho, Maria Alice Rezende de; Burgos, Marcelo Baumann. Quem somos: a magistratura que queremos. (Chi siamo: la magistratura che vogliamo). Brasília: Associação dos Magistrados Brasileiros (Associazione dei Magistrati Brasiliani) - AMB, 2019.

ZILLER, Jacques. *Administrations comparées: les systèmes politico-administratifs de l'Europe des Douze. (Amministrazioni comparative: i sistemi politico-amministrativi dell'Europa dei Dodici)*. Paris: Montchrestien, 1993.

Decisioni giudiziarie

ARGENTINA. Suprema Corte de la Nación Argentina. *Caso Biosystems SA v. Ministerio de la Salud / Hospital Posadas. (Caso Biosystems SA contro Ministero della Salute/ Ospedale Posadas)*. Buenos Aires, 22 novembre 2012.

BRASILE. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento 800.892 Agr/BA. Brasília, 12 marzo 2013.

RMS 22.789, Primeira Turma. Brasília, 4 maggio 1999.

RE 631.240. Brasília, 15 dicembre 2016.

RMS 33.666/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Edson

Fachin. Brasília, 31 maggio 2016.

Agravo de Instrumento 11.094, Segunda Turma. Brasília, 28 maggio 1934.

Súmula Vinculante n° 3 (precedente obrigatório). Brasília, 30 maggio 2007.

Agravo de Instrumento 62.811, Primeira Turma. Brasília, 20 giugno 1973.

COSTA RICA. Corte Suprema de Justicia de San José de Costa Rica (Corte Suprema di Giustizia di San José di Costa Rica). Exp: 04-011636-0007-CO, Res. 03669-2006. San José, 15 marzo 2006.

Exp Exp. 04-005845-007-CO, Res. No. 6866-2005. San José, 1 giugno 2005, per VIII, A.

STATI UNITI. Suprema Corte. *Caso Goldberg v. Kelly*, 397 US 254. Washington, 23 marzo 1970.

INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Barbani Duarte y otros v. Uruguay*. San José, 13 of October 2011.

Case of Claude Reyes y otros v. Chile. San José, 19 settembre 2006.

Case of Expelled Dominicans and Haitians v. Dominican Republic. San José, 28 agosto 2014.

Case of Gelman v. Uruguay, Monitoring compliance with judgment. San José, 20 marzo 2013.

Case of Palamara Iribarne v. Chile. Serie C No. 135. San José, 22 novembre 2005.

Case of Santo Domingo Massacre v. Colombia. San José, 30 novembre 2012.

Case of Cabrera García and Montiel Flores v. Mexico, Concurring Opinion of Ad Hoc Judge Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. San José, 26 novembre 2010.

Leggi

ARGENTINA. Costituzione della Nazione Argentina del 1853.

Decreto n° 1.669, del 9 agosto 1993. Riforma dello Stato.

Legge n° 15.549/1972. Ley de Procedimiento Administrativo [Legge del Procedimento Amministrativo].

Legge n° 19.549, del 3 aprile 1972. Ley de Procedimiento Administrativo [Legge del Procedimento Amministrativo].

Legge n° 22.140, del 25 gennaio 1980. Funzione Pubblica.

BOLIVIA. Legge n° 2.341, del 23 aprile 2002. Ley de Procedimiento Administrativo [Legge del Procedimento Amministrativo].

BRASILE. Costituzione della Repubblica Federativa del Brasile del 1988.

Legge n° 8.112, del 11 dicembre 1990. Legge sul regime giuridico dei funzionari pubblici civili dell'Unione, delle autocrazie e delle fondazioni pubbliche federali.

Legge n° 8.429, del 2 giugno 1992. Legge che prevede sanzioni applicabili agli agenti pubblici in caso di arricchimento illecito nell'esercizio di un mandato, di una posizione, di un'occupazione o di una funzione nella pubblica amministrazione diretta, indiretta o funzionale e contiene altre disposizioni.

Legge n° 9.784, del 29 gennaio 1999. Legge che disciplina il processo amministrativo all'interno dell'Amministrazione Pubblica Federale.

CILE. Decreto n° 1/19.653, del 13 dicembre 2000. Stabilisce un testo riscritto,

PA PERSONA E AMMINISTRAZIONE

Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia

coordinato e sistematizzato della legge n° 18.575, l'organizzazione costituzionale delle basi generali dell'amministrazione dello Stato.

Legge n° 18.834, del 15 settembre 1989 (aggiornato con Decreto in vigore con la Legge 29/2004). Approva lo Statuto amministrativo.

COLOMBIA. Costituzione politica della Colombia.

Legge n° 1.437, del 18 gennaio 2011. Codice di procedura amministrativa e contenzioso amministrativo.

Legge n° 27, del 23 dicembre 1992.

Legge n° 909, del 23 settembre 2004. Ley de empleo público, carrera administrativa y gerencia pública. [Legge sul lavoro pubblico, carriera amministrativa e gestione pubblica].

COSTA RICA. Legge n° 6.227, del 2 maggio 1978. Ley general de la administración pública. [Legge generale della pubblica amministrazione].

Legge n° 8.508, del 28 aprile 2006. Codice procedurale contenzioso-amministrativo.

ECUADOR. Decreto esecutivo n° 2.428, del 18 marzo 2002. Statuto del regime giuridico della funzione esecutiva.

Legge n° 35, del 18 marzo 1968. Ley de la jurisdicción contencioso administrativa. [Legge sulla giurisdizione contenzioso-amministrativa].

GUATEMALA. Costituzione del Guatemala.

Decreto n° 119/96, del 21 novembre 1996. Ley de lo contencioso administrativo. [Legge sul contenzioso amministrativo].

HONDURAS. Decreto n° 152-87, del 1 dicembre 1987. Ley de procedimiento administrativo. [Legge sul procedimento amministrativo].

Decreto n° 189-87, del 1 luglio 1988. Ley de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. [Legge sulla giurisdizione del contenzioso amministrativo].

MESSICO. Costituzione Politica degli Stati Uniti Messicani del 1917.

Legge del 4 agosto 1994. Ley federal de procedimiento administrativo [Legge federale del procedimento amministrativo].

Legge Federale del 1° dicembre 2005. Ley federal de procedimiento contencioso administrativo. [Legge federale del procedimento contenzioso amministrativo].

NICARAGUA. Legge n° 350, del 18 maggio 2000. Ley de regulación de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo. [Legge di regolazione della giurisdizione contenzioso-amministrativa].

PANAMA. Legge n° 135, del 30 aprile 1943. Sulla giurisdizione contenziosa-amministrativa.

Legge n° 38, del 31 luglio 2000. Approva lo statuto organico del procuratore amministrativo, regola il procedimento amministrativo generale e detta disposizioni speciali.

PERU'. Legge n° 27.444, del 11 aprile 2001. Ley del procedimiento administrativo general. [Legge sul procedimento amministrativo generale].

REPUBLICA DOMINICANA. Legge n° 1.494, del 9 agosto 1947. Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa. [Legge sulla giurisdizione amministra-

tivo-contenziosa].

Legge n° 107-13, del 6 agosto 2013. Ley de procedimiento administrativo [Legge sulla procedura amministrativa].

Legge n° 13, del 5 febbraio 2007.

FABRIZIO TIGANO

Ordinario di Diritto Amministrativo presso il Dipartimento di Scienze Politiche e Sociali
dell'Università degli Studi di Catania
tiganofabrizio@virgilio.it

**LIBERE RIFLESSIONI SULLE DIVERSE
LATITUDINI E SU ALCUNI TRATTI PROBLEMATICI
RELATIVAMENTE ALLA FUNZIONE DI
ORDINE PUBBLICO
(PRIMA PARTE)**

**FREE REFLECTIONS ON DIFFERENT LATITUDES AND
SOME PROBLEMS CONCERNING THE FUNCTION OF
PUBLIC ORDER
(FIRST PART)**

SINTESI

Il saggio esamina alcuni tratti problematici insiti nell'esercizio della funzione di ordine pubblico, al fine di evidenziarne la complessità e talora la contraddittorietà, anche con principi acclarati e potenzialmente ineludibili come quello di trasparenza, al punto da mettere in discussione la permanenza stessa del principio di legalità. Si tratta di riflessioni che spaziano liberamente su numerosi versanti, la cui finalità non può che essere esemplificativa e cionondimeno – almeno si stima – altrettanto significativa. Nel contempo, viene evidenziata l'esistenza di un livello *macro* e di un livello *micro* nella esplicazione della funzione e pur essendo assai rilevante e notoriamente preponderante il primo rispetto al secondo nell'ambito delle attività di contrasto ai fenomeni di illegalità in genere – in grado di incidere sull'ordine pubblico in misura determinante – il secondo non va del tutto abbandonato in quanto suscettibile di determinare la percezione o meno di una illegalità diffusa, infine ricadente sulle libertà dei singoli, la cui rilevanza non può essere misconosciuta. In definitiva, da un lato si stima di aprire una riflessione sulle "latitudini" della funzione in sé, dall'altro, si prende posizione relativamente a recenti interventi in materia di ordine e sicurezza pubblico, talora additati sul piano della loro compatibilità costituzionale, che, a ben guardare, sono anche frutto di esigenze presenti nelle collettività sociali e nella vita dei singoli cittadini.

ABSTRACT

The essay examines some problematic features inherent the exercise of the function of public order, to highlight the complexity and sometimes the contradiction, even with established and potentially unavoidable principles, such as transparency, to the point of questioning the very permanence of the legality principle. Those reflections range freely on numerous sides, whose purpose can only be an example and nevertheless - at least it is estimated - equally significant. At the same time, the existence of a macro level and a micro level in

the explanation of the function is highlighted and while the former is very relevant and notoriously predominant compared to the latter in the context of activities to combat illegal phenomena in general - capable of affect public order to a decisive extent - the latter must not be completely abandoned as it can determine the perception or not of a widespread illegality, capable of affecting the freedoms of individuals, whose relevance cannot be misunderstood. Ultimately, on the one hand, it is estimated to open a reflection on the "latitudes" of the function itself, on the other, it takes a position on recent interventions in the field of public order and security, sometimes pointed out in terms of their constitutional compatibility, which, on closer inspection, are also the result of needs present in social collectives and in the lives of citizens.

PAROLE CHIAVE: ordine pubblico, decreto sicurezza, scioglimento consigli, interdittiva antimafia, informativa prefettizia.

KEYWORDS: public order, security decree, dissolution of councils, anti-mafia ban, prefectorial information.

INDICE: 1. Premessa – 2. Funzione di ordine pubblico e trasparenza – 3. Due casi esemplificativi: lo scioglimento dei Consigli comunali e provinciali e le informative antimafia – 4. I “decreti sicurezza”: il legislatore tra dubbi di costituzionalità e l'esigenza di dare risposta ad esigenze reali – 5. – Alcune considerazioni finali su un dibattito ancora aperto.

1. Premessa.

Costituisce un dato comunemente noto e persino scontato quello secondo il quale nell'esercizio della funzione di ordine pubblico trovino compendio e convergenza rilevanti assiologie teoreticamente afferenti al fondamentale concetto di democraticità, le cui declinazioni – anche questo è ampiamente noto – non trovano sempre piena corrispondenza nella reale portata delle relazioni umane, così come “conformate” dall'esercizio dei poteri pubblici¹.

¹ Data la sua origine quale relazione a convegno, si stima utile riunire in una nota iniziale i riferimenti bibliografici dai quali le riflessioni hanno tratto spunto, limitandosi, nel corso della trattazione, a richiami di carattere normativo e soprattutto giurisprudenziale: H. ARENDT, *La banalità del male. Eichmann a Gerusalemme*, Milano 1963; Z. BAUMAN, *La solitudine del cittadino globale*, Milano, 2008; F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1952, 1, 118 e ss.; ID., *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Rivista trimestrale di scienza della amministrazione*, 1978, 1, 6 e ss.; G. BERTI, *Diritto e Stato: riflessioni sul cambiamento*, Padova, 1986; ID., *Principii fondamentali (art. 5)*, a cura di G. Branca, *Commentario della Costituzione (artt. 1-12)*, Bologna, 1975, 277 ss.; N. BOBBIO, *La teoria politica di Hobbes*, in AA.VV., *Storia delle idee politiche economiche e sociali*, IV, *L'età moderna*, I, Torino, 1980, 279 ss., (poi in N. Bobbio, *Thomas Hobbes*, Torino, 2004); G. CAIA, *L'ordine e la sicurezza pubblica*, in AA.VV., *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, a cura di S. Cassese, I, Milano, 2000, 157 ss.; S. CASSESE, *Il mondo nuovo del diritto*, Bologna, 2008; G. CORSO, *L'ordine pubblico*, Bologna 1979; ID., *Ordine pubblico (diritto pubblico)*, in *E.d.D.*, XXX, Milano, 1980, 1057 ss.; ID., *Ordine pubblico nel diritto amministrativo*, in *D. disc. pubbl.*, IV ed., X, Torino 1997, 437 ss.; M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, Bologna, 1986; G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Bari, 1991; H. KELSEN, *La democrazia*, Bologna, 1995; L. TORCHIA, *L'ordine pubblico*, in *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, Bologna, 2012, 393 ss.; F. MACIOCE, *Ordine pubblico e autodeterminazione*, Torino, 2010; I.M. MARINO, *Profili giuridici della democrazia nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in AA.VV., *I diritti dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di F. Manganaro, A. Romano Tas-

Ed infatti, la democraticità di un ordinamento si misura su diversi versanti, il cui comune denominatore è riportabile alla latitudine riconosciuta alle libertà della persona e, se si vuole, dell'uomo inteso come espressione di una soggettività insopprimibile e dunque anche non “comprimibile” nella sua più intima essenza, dal sapore in qualche misura, se si vuole, umanistico.

La storia, del resto, ha insegnato come la “clausola” che più di ogni altra ha contribuito a rendere dispari il rapporto Autorità/Libertà – sul quale si misura e si dipana l'essenza del potere esercitato, in particolare, dalle amministrazioni – è quella dell'interesse pubblico, in grado di determinare sbilanciamenti, anche sensibili, a favore del primo termine a discapito del secondo in ragione della preponderanza generalmente riconosciuta alle ragioni di pubblico interesse.

Nell'ambito dell'ordinamento interno, tra l'altro, ciò ha prodotto la distinzione tra ramo pubblicistico e ramo privatistico, i cui confini, notoriamente “mobili”, sono rappresentati proprio dal *dover essere* di una decisione in nome del bene comune rispetto all'*essere* di una libera manifestazione di volontà².

Ciò è tanto vero che soltanto rispetto alla prima è stato coniato il concetto di *funzione*, intesa non solo come dinamica del potere in atto, ma come inderogabile percorso del potere in armonia con la legalità e gli obiettivi – appunto, di interesse pubblico – posti dalle norme giuridiche all'operato delle amministrazioni pubbliche.

Mentre, cioè, il privato, in tesi, trova i limiti alla sua libertà nei vincoli posti *ab externo*, ovvero nella liceità (ad es., della causa del contratto), l'Amministrazione rinviene un vincolo interno nelle disposizioni che ne regolano i poteri nelle forme, nelle modalità e nei contenuti.

Questi sono tutti proiettati verso il fine comune rappresentato, in ultima analisi, dall'interesse pubblico, vera e propria *substantia* che sostiene, giustifica e

sone, F. Saitta, Soveria Mannelli (Cz), 2012, 55 ss.; G. MELIS, *Società senza stato? Per uno studio delle amministrazioni periferiche tra età liberale e periodo fascista*, in *Meridiana*, n. 4/1998, 91 ss.; C. MORTATI, *Principii fondamentali (art. 1)*, a cura di G. Branca, *Commentario della Costituzione (artt. 1-12)*, Bologna, 1975, 1 ss.; O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012; V.E. ORLANDO, *Prefazione al Primo Trattato completo di diritto amministrativo*, Milano, 1897, XII; L.R. PERFETTI, *La legalità del migrante. Status della persona e compiti dell'amministrazione pubblica nella relazione paradigmatica tra migranti respinti, irregolari, minori*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2016, 393 ss.; G. SILVESTRI, *Covid 19 e Costituzione*, in *Unicost.eu*, 2020; ID., *L'individuazione dei diritti della persona*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2018; A. SEN, *Razionalità e libertà*, Bologna, 2005; A. SOLZENICYN, *Archipelago gulag*, Milano 2013; F. TIGANO, *Organizzazione dell'ordine pubblico*, in AA.VV., *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, a cura di R. Cavallo Perin, A. Police e F. Saitta, Firenze 2016, 265 ss.; ID., *Profili giuridici in tema di attività amministrativa nella materia del randagismo: la proporzionalità applicata alle specie animali*, in AA.VV., *Diritto e processo amministrativo. Giornate di studio in onore di Enrico Follieri*, a cura di V. Fanti, I, Napoli 2019, 437; G. TROPEA, *Sicurezza e sussidiarietà. Premesse per uno studio sui rapporti tra sicurezza pubblica e democrazia amministrativa*, Napoli, 2010; D. VESE, *Appunti sul metodo di Feliciano Benvenuti*, in *PA Persona e Amministrazione*, 1, 2018, 239 ss.; G. ZANOBINI., *Corso di diritto amministrativo*, V, *Le principali manifestazioni dell'azione amministrativa*, II ed., Milano, 1957.

² Si veda anche, nello specifico campo della funzione di ordine pubblico, Corte cost. 25 luglio 2001 n. 290.

persino legittima l'operato del complesso ed articolato universo degli enti pubblici cui è riconosciuto il potere di emanare provvedimenti amministrativi (ma anche esercitare, pur entro i limiti dell'art. 97 della Costituzione, il proprio potere regolamentare).

Il fondamento di tale potere è stato, da dottrina risalente quanto autorevole, impostato anche in termini di trascendenza, con ciò intendendo non che il potere proviene "dall'alto", ma che esso sia sublimazione dell'essere comune, delle ragioni che portano alla formazione dello Stato ed alla giustificazione della sua sovranità.

Ciò apre una ambiguità di fondo non del tutto risolta dall'avvento della Carta costituzionale del 1948, la quale si è occupata del potere pubblico in modo sfuggente e non chiarissimo (si pensi alla rilevanza del principio di buon andamento, progressivamente manifestatasi ed emancipatasi dall'ombra della imparzialità solo in tempi assai recenti non senza incertezze o reticenze di vario genere).

Di certo vi è che il valore della democraticità è stato ritenuto in grado di assorbire siffatte ambiguità, non essendo (più) conforme a Costituzione un'attività espressione di potere "bruto", come tale contrastante con i diritti fondamentali dell'uomo.

In passato, del resto, si è spesso ceduto a versioni politicamente assai orientate dell'interesse pubblico, fino ad ammettere le leggi razziali del 1938 e persino epurazioni politiche in nome dell'interesse pubblico, inteso come superiore ed indiscusso interesse dello Stato alla sua permanenza su valori tradizionali e fondanti.

Ciò ha giustificato e legittimato attività di repressione delle libertà all'interno degli Stati tristemente note, dai Gulag, alla eliminazione degli avversari politici attraverso l'uso della stessa forza pubblica in certe epoche storiche in moltissimi Paesi, dall'Argentina al Cile, fino al caso eclatante della *banalità del male* di cui è "attore protagonista" Adolf Eichmann.

Proprio quest'ultimo è un caso particolarmente significativo delle perversioni e degenerazioni che accompagnano l'uso del potere declinato in seno ad una versione estremizzata dell'interesse pubblico: se, cioè, interesse pubblico è far partire i treni in orario e ordinare la deportazione di una certa etnia, il "funzionario" Eichmann è un solerte amministratore meritevole di essere additato per la sua dedizione alla causa.

Anche l'Italia, ovviamente, ha conosciuto simili estremismi, ma, contrariamente a quel che spesso si crede, non solo in epoca fascista: la storia insegna che il rapporto Autorità e Libertà nell'ottica della funzione di ordine e sicurezza pubblica può conoscere declinazioni estreme, rispetto alle quali non sempre l'ordinamento conosce antidoti o è in grado di creare anticorpi. Da questo punto di vista, basti considerare l'epoca (repubblicana) delle stragi tra gli anni '70 e '80, su cui grava il segreto di Stato ed una verità processuale, talora timida e comunque non risolutiva quanto meno per i tempi con i quali si è provato – e questo va detto ad onore della funzione giurisdizionale – a "fare giustizia".

2. Funzione di ordine pubblico e trasparenza.

Il quadro, pur sommariamente tratteggiato – né potrebbe essere diversamente, considerati i fini del presente saggio – si propone di rendere tangibile e diremmo quasi “palpabile” la problematica che vive dentro la funzione intesa al mantenimento dell’ordine e della sicurezza pubblica: da un lato, infatti, è assolutamente necessario che la vita sociale, economica, politica, si svolga in modo ordinato, dall’altro lato, senza libertà non vi è sviluppo sociale ed economico, né dibattito politico, in una parola non vi è democrazia, perché il sovrastare del potere pubblico sulle singole libertà – almeno su quelle fondamentali – è suscettibile di incrinare il baricentro dell’ordinamento ed orientarlo verso un rigore che garantisce il rispetto degli orari dei treni, ma non che su quei treni vi siano liberi viaggiatori.

Una riflessione sulla materia dell’ordine pubblico, perciò, non può che muovere dalle superiori osservazioni, ovvero dalla consapevolezza che essa involge, sul piano amministrativo, l’esercizio di funzioni in grado di “armare” (anche fisicamente) il potere pubblico a scapito dei destinatari delle relative attività.

Cionondimeno, a ben guardare, è quella tra le funzioni amministrative che meno si presta alle regole della trasparenza e persino, seppure in ipotesi che si immaginano liminari, della legalità. Le attività svolte dai servizi di sicurezza e di *intelligence*, infatti, sono per legge (o per forza di cose) sottratte alla conoscibilità pubblica sotto l’egida del segreto di Stato o della sicurezza nazionale³.

Ciò per tacere della normativa in materia di infiltrazioni mafiose, delle intercettazioni, delle interdittive, delle informative e così via, laddove si riscontra un *deficit* strutturale sul piano della trasparenza che sta in singolare quanto patente contrasto con gli indirizzi più recenti della legislazione amministrativa, laddove campeggia l’accesso civico generalizzato – c.d. “FOIA” – che, peraltro, la giurisprudenza più recente del Consiglio di Stato ha ormai sostanzialmente avvicinato – se non “parificato” – nella materia degli appalti a quello tradizionale posto dalla legge n. 241 del 1990⁴.

Siffatto processo di avvicinamento, inaugurato da note linee guida Anac emanate a seguito dell’avvento del d. lgs. n. 97 del 2016, ponendo il minimo comune denominatore della trasparenza nell’esame delle diverse fattispecie di accesso quale regola dell’agire pubblico, tende a colmare le relative distanze – che invece esistono – tra esse⁵.

Non vi è dubbio, infatti, che gli artt. 10 e 22 della legge sul procedimento amministrativo – pur tenendo conto del differente momento temporale di “approccio” – si muovano su versanti fondamentalmente difensivi, mentre l’accesso civico, come quello generalizzato, costituiscono un espresso antidoto

³ Cfr., ad es., l’art. 24 lett. a) l.n. 241/1990.

⁴ Ci si riferisce alla recente Adunanza Plenaria n. 10 del 2 aprile 2020.

⁵ Si tratta delle *Linee guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all’accesso civico di cui all’art. 5 co. 2 del d. lgs. 33/2013*, delibera n. 1309 del 28 dicembre 2016.

a fenomeni corruttivi. Ciò è tanto vero che presentano fisiologie profondamente divergenti, come nel caso della legittimazione, assai ristretta nel primo caso, molto ampia nel secondo, come anche nel riconoscimento dell'interesse, nel primo caso, legato alla presenza di specifiche situazioni, nel secondo, discendenti dalla sola qualità di cittadino o comunque di appartenente al gruppo sociale.

3. Due casi esemplificativi: lo scioglimento dei Consigli comunali e provinciali e le informative antimafia.

Tema assai dibattuto, tra gli altri, è quello dello scioglimento dei Consigli comunali per infiltrazioni ex art. 143 del Tuel, essendosi progressivamente, nel contempo, moltiplicati i casi di ricorso al giudice amministrativo avverso i relativi decreti prefettizi.

Si tratta di un tema in un certo qual modo esemplificativo di alcune fra le considerazioni che sono state svolte: infatti, lo scioglimento dei Consigli comunali costituisce una misura draconiana ed in tesi una *extrema ratio* posta a tutela delle istituzioni e degli stessi cittadini.

D'altro canto, se abusata, costituisce una misura in grado di incidere su equilibri politici notoriamente delicati, con effetti assai temibili.

Rispetto alle questioni poste, il giudice amministrativo, in diverse occasioni, ha mostrato un certo equilibrio, ponendo alcune regole in grado di evitare forme più o meno larvate di abusi.

Così, si è richiesto, per giustificare l'adozione della misura in esame, un *quid pluris* rispetto alla semplice commissione di atti illegittimi, consistente in un condizionamento effettivo da parte della criminalità, accompagnato da dati obiettivi ed attendibili, tali da giustificare un intervento così traumatico nella vita della comunità locale.

In tal senso, perciò, viene letto l'art. 143 Tuel, il quale, per l'appunto, richiede indicazioni *“concrete, e perciò fattuali, univoche, ovvero non di ambivalente interpretazione, rilevanti, in quanto significative di forme di condizionamento”*⁶.

Gli elementi di condizionamento, poi, vanno letti nel loro insieme ed in modo ragionevole a pena di illegittimità del decreto di scioglimento⁷. Non sono ammesse mere deduzioni astratte, in ragione della finalità preventiva e non sanzionatoria della misura⁸.

Altro esempio ben noto, al quale si ritiene di operare riferimento, è quello delle informative antimafia, laddove parimenti la giurisprudenza amministrativa ha dovuto “ritagliare” perimetri in grado di compendiare la latitudine assai ampia dei poteri discrezionali di apprezzamento riconosciuti alle Autorità prefettizie – ci si riferisce all'art. 84 d. lgs. n. 159 del 2011 – con il pericolo che tale latitudine venga interpretata come una norma in bianco. E' stato, quindi, affermato che *“l'informativa antimafia implica una valutazione discrezionale da parte*

⁶ Tar Lazio, I, 8 marzo 2019 n. 3101.

⁷ Tar Lazio, I, 22 marzo 2018 n. 3187.

⁸ Cons. Stato, III, 18 ottobre 2018 n. 5970.

dell'autorità prefettizia in ordine al pericolo di infiltrazione mafiosa capace di condizionare le scelte e li indirizzi dell'impresa".

Ciò implica che la valutazione condotta dall'Autorità competente segua regole precise: in primo luogo deve trattarsi di un ragionamento induttivo, di tipo probabilistico – non essendo necessario il livello della certezza assoluta al di là di ogni ragionevole dubbio – bensì di un giudizio prognostico assistito da attendibile verosimiglianza laddove ci si trovi in presenza di indizi gravi, precisi e concordanti secondo la regola del “*più probabile che non*” riguardo al pericolo di infiltrazione mafiosa⁹.

Anche in questo caso la “taratura” del potere, a fronte di una legislazione che è sicuramente speciale quanto all'ampiezza dei poteri riconosciuti all'Autorità preposta alla tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica, investe diverse libertà, tra cui quella di iniziativa economica privata sancita dall'art. 41 della Carta costituzionale.

Non vi può essere dubbio, dunque, che ci si trovi in un terreno scosceso dove le regole sono piegate, in tesi più che altrove, alle esigenze sottese alla funzione.

4. I “decreti sicurezza”: il legislatore tra dubbi di costituzionalità e l'esigenza di dare risposta ad esigenze reali.

I tempi attuali, del resto, sono contrassegnati in modo assai sensibile da una massiccia – talora anche isterica – richiesta di ordine e sicurezza che ha inciso sulle fragili tarature della funzione in esame.

Ciò è alquanto singolare se si considera che tutte le statistiche – per quanto di fonte ministeriale – sono di segno opposto e non autorizzano estremismi come quelli che caratterizzano l'approccio alla vicenda dei fenomeni migratori e ancor più dei contagi da Coronavirus, nella *vulgata* ricorrente causati da untori variamente provenienti da contrade straniere e perciò portatori di malattie incurabili.

Non è questa la sede per compiere una approfondita analisi delle ragioni di tale isterismo, certamente cavalcato da più di una fazione politica: ci si limita, invece, ad alcune osservazioni che possono aiutare a comprendere il fenomeno.

Come è noto, del resto, la legislazione più recente ha “riscoperto” le “maniere forti”, ritenendo che nella materia dell'ordine e della sicurezza non possa indulgersi alla tolleranza.

I due decreti sicurezza, 4 ottobre 2018 n. 113 (convertito in legge n. 132 dell'1 dicembre 2018) e 14 giugno 2019 n. 53 (convertito in legge 8 agosto 2019 n. 77) sono espressione di questo nuovo modo di legiferare, indubbiamente assai al limite con i vincoli costituzionali, come lo stesso Presidente della Repubblica ha segnalato all'atto della promulgazione.

Ciò soprattutto nella parte concernente la disciplina dei fenomeni migratori, che, per la verità tanto allarme hanno destato nella cittadinanza, spesso

⁹ Cons. Stato, III, 30 gennaio 2019 n. 758.

molto al di là dei reali fattori di pericolosità, tanto che è di questi giorni la notizia che la Corte costituzionale avrebbe bocciato il “primo” decreto sicurezza nella parte in cui vietava l’iscrizione all’anagrafe per i richiedenti asilo in quanto ciò si porrebbe in contrasto con l’art. 3 della Costituzione sotto un duplice profilo: per irrazionalità intrinseca, poiché la norma censurata non agevola il perseguimento delle finalità di controllo del territorio dichiarate dal decreto sicurezza; per irragionevole disparità di trattamento, perché rende ingiustificatamente più difficile ai richiedenti asilo l’accesso ai servizi che siano anche ad essi garantiti.

I fenomeni migratori, in realtà, sono sempre stati fucina di reazioni scomposte e divergenti secondo le contingenze storiche, economiche, politiche e sociali. Peraltro, di fronte ad un fenomeno di portata che non si fatica a definire “epocale”, una simile reazione può anche comprendersi.

Il decreto sicurezza, poi, contiene una serie di norme assai particolari in materia di sicurezza pubblica, prevenzione e contrasto al terrorismo e alla criminalità mafiosa.

Ha suscitato scalpore, ad esempio, il caso del c.d. “Daspo urbano”, che ha esteso i luoghi pubblici inaccessibili fino ai presidi sanitari e alle aree destinate allo svolgimento di fiere, mercati pubblici spettacoli, così come previsto dagli artt. 21 e 21-bis del decreto legge n. 113 del 2018.

Conseguentemente tale norma è giunta agli altari della Corte costituzionale su ricorso delle regioni Umbria, Emilia-Romagna, Toscana e Calabria. Quest’ultima, però, con sentenza 24 luglio 2019 n. 195 ha dichiarato costituzionale l’art. 21, fondando la propria decisione sugli artt. 3 e 32, in quanto il destinatario del Daspo non può frequentare i presidi sanitari solo per ragioni diverse da quelle di cura. Quindi, il diritto alla salute non sarebbe leso, prevalendo, in ogni ipotesi diversa la tutela dell’ordine pubblico.

E’ stato invece dichiarato incostituzionale l’art. 28, il quale nell’ambito dell’art. 143 TUEL inseriva un comma 7 bis che conferiva al Prefetto un potere sostitutivo assai invasivo dell’autonomia locale, in grado di incidere su situazioni nelle quali, pur non inverandosi i presupposti per lo scioglimento del Consiglio comunale ai sensi dell’art. 143, fossero emerse “*riguardo ad uno o più settori amministrativi, situazioni sintomatiche di condotte illecite gravi e reiterate, tali ad determinare un’alterazione delle procedure e da compromettere il buon andamento e l’imparzialità delle amministrazioni comunali o provinciali, nonché il regolare funzionamento dei servizi ad esse affidati*”.

In tali casi, il Prefetto “*sulla base delle risultanze dell’accesso, al fine di far cessare le situazioni riscontrate e di ricondurre alla normalità l’attività amministrativa dell’ente, individuata, fatti salvi i profili di rilevanza penale, i prioritari interventi di risanamento indicando gli atti da assumere, con la fissazione di un termine per l’adozione degli stessi, e fornisce ogni utile supporto tecnico-amministrativo a mezzo dei propri uffici*”. Scaduto il termine assegnato e quello ulteriore non superiore a 20 giorni, la norma prevedeva un potere di sostituzione, mediante commissario ad acta, all’amministrazione inadempiente.

La Corte osserva, peraltro, come esistesse già un rimedio ai casi di infiltrazioni di tipo mafioso, ovvero quello disegnato dall’art. 135 TUEL, che al

Prefetto assegna un potere di impulso al fine di attivare, da parte dei competenti organi regionali e statali, interventi di controllo e sostitutivi, in grado, eventualmente, di portare allo scioglimento del Consiglio comunale e provinciale.

Restava, tuttavia, un vuoto concernente situazioni meno gravi rispetto a quelle contemplate dal comma 7, ragion per cui il legislatore aveva ritenuto di introdurre uno strumento meno invasivo con finalità correttiva.

Senonchè, il potere *extra ordinem* disegnato dal comma 7 *bis* non solo non è risultato sufficientemente determinato, ma ha trovato un punto d'arresto nell'art. 120 della Costituzione, norma di chiusura del sistema degli enti locali, riguardo agli interventi sostitutivi di livello governativo.

Il "primo" decreto sicurezza si occupa anche di altro.

In particolare, l'art. 21 *quater* inserisce l'art. 669 *bis* c.p., sotto la rubrica "Esercizio molesto dell'acattonaggio", l'art. 21 *quinquies* modifica la disciplina sull'acattonaggio (art. 600 *octies* c.p.), il 21 *sexies* introduce "Disposizioni in materia di parcheggiatori abusivi" e l'art. 23 "Disposizioni in materia di blocco stradale".

Potrebbe sembrare una svista (o un eccesso di zelo) ed invece non è esattamente così: in tema di ordinanze d'urgenza contro lavavetri, acattoni e parcheggiatori abusivi, come noto, vi è un "florilegio" che ha molto impegnato la giurisprudenza amministrativa,

Un caso particolare è quello concernente una ordinanza emessa dal Commissario prefettizio del Comune di Pompei che vietava di effettuare pubblicità mediante volantinaggio (ed altro¹⁰), annullata per difetto dei presupposti¹¹. Infatti, come ampiamente noto, le ordinanze ex artt. 50 e 54 TUEL richiedono una previa istruttoria o comunque una indagine in grado di dimostrare l'effettivo imminente pericolo alla incolumità pubblica o privata che non sia fronteggiabile con gli ordinari strumenti di amministrazione attiva (da qui un puntuale obbligo di motivazione)¹².

Si tratta di ipotesi che possono sembrare poco rilevanti, eppure esse celano un sommovimento di carattere popolare indubbiamente presente nei contesti territoriali locali che spesso costituisce l'impulso dal quale discende il ricorso ai poteri d'urgenza: il decoro delle vie, la tutela dell'arredo urbano, la garanzia di "vivibilità" all'interno di quartieri nei quali regna una certa diffusa illegalità, sono percepiti come un sintomo di poca sicurezza, quando non di vera e propria "assenza dello Stato".

¹⁰ Si tratta dell'ordinanza n. 66 del 5 aprile 2017, che ha ordinato a tutte le imprese di non effettuare sul territorio comunale pubblicità mediante volantinaggio, affissione di manifesti sui pali dell'illuminazione pubblica o della segnaletica stradale, sugli alberi o su qualsiasi altro supporto murale o strutturale, deposito a terra negli spazi pubblici o aperti al pubblico antistanti le abitazioni, condomini o attività, impugnata dinanzi al Tar Campania.

¹¹ Tar Campania, Na, III, 27 luglio 2017 n. 3981: "E illegittima, per difetto dei presupposti, nonché per difetto di istruttoria e di motivazione, una ordinanza contingibile ed urgente, ex artt. 50 e 54 d. lgs. n. 267 del 2000, con la quale il Sindaco, al fine di tutelare il decoro e l'igiene pubblica, senza effettuare preventive indagini istruttorie finalizzate ad accertare la effettiva sussistenza di un concreto ed imminente pericolo per la pubblica e privata incolumità, ha ordinato a tutte le imprese di non effettuare nel territorio comunale, pubblicità mediante volantinaggio".

¹² Cons. Stato, V, 16 febbraio 2010 n. 868 ss.

Si pensi, ad esempio, alle “ronde” di quartiere, che, pur consentite quale mero elemento dissuasivo a fronte di piccoli fenomeni criminali, hanno talora assunto la natura di “squadracce” punitive, espressione di una vera e propria giustizia sommaria popolare, dimostrando implicitamente e *a contrario* che il monopolio della forza pubblica è necessario proprio per mantenere l'ordine e la sicurezza pubblica. L'alternativa, cioè, è quella di affidare a mani inesperte e non attrezzate, la gestione di un bene – la pacifica convivenza – che, come va via via evidenziandosi dai dati fin qui esaminati, assai facilmente può essere messa in discussione.

Si può, anzi, affermare che, a ben guardare, nemmeno la delega costituita dal predetto “monopolio” costituisca una garanzia assoluta. Molte nefandezze ed abusi commessi da “Stati autoritari” sono operati non da “irregolari”, ma dalle stesse forze dell'ordine o dall'esercito (i cui compiti, però, sono assai differenti, il che ha costituito, anche di recente – si pensi al caso degli USA e delle manifestazioni per la morte di un cittadino di colore causata da un fermo di Polizia – motivo di polemica). Un esempio è quello del G7 di Genova, laddove, pur oggetto di provocazioni ripetute e violentissime, le forze dell'ordine italiane si sono macchiate – come è stato accertato in sede giudiziaria – di veri e propri crimini nei confronti di giovani inermi (ma lo stesso, si badi, varrebbe nei confronti dei c.d. “*black block*”).

5. Alcune considerazioni finali su un dibattito ancora aperto.

Le considerazioni che possono svolgersi sono diverse.

In primo luogo, il monopolio della forza è un “male necessario”, nel senso che, pur posto a presidio delle libertà e della pacifica convivenza, anch'esso può piegarsi a condizioni patologiche.

È altrettanto vero, però, che in un sistema democratico esistono anticorpi assai significativi contro gli abusi ed anzi assai raramente la Magistratura non perviene ad accertare le responsabilità. A volte le sanzioni sono più lievi, altre volte le condanne arrivano con forte ritardo, ma nella maggioranza dei casi giustizia viene fatta.

Però anche su questo occorre intendersi.

L'uso della forza costituisce comunque una *extrema ratio*, esattamente come il caso della legittima difesa, anche questa oggetto di numerosi e discussi casi di cronaca giudiziaria, laddove inflessibilmente l'Autorità giudiziaria ha punito l'uso delle armi in modo indiscriminato, pur in situazioni nelle quali il *quisque de populo* – analoga scriminante non può valere per chi appartiene alle forze dell'ordine – ha agito a difesa delle sue proprietà, dei suoi beni e persino dei suoi cari.

I protocolli d'ingaggio, inoltre, sono per lo più (anzi, primariamente) intesi al controllo delle situazioni di pericolo attraverso attività di prevenzione o di dissuasione; molto raramente il “contenimento” si trasforma in “aggressione”, o comunque in condotte attive, prevalendo indubbiamente la prevenzione rispetto alla repressione.

Ciò significa che il monopolio dell'uso della forza allo Stato, in tesi, è finalizzato a proteggere senza aggredire fin tanto che ciò non sia necessario (e solitamente non lo è).

Altra considerazione è che questo modo di agire – come si è visto, frutto di un modo di intendere la forza in un'ottica equilibrata e proporzionata – sovente non è “veicolato” in ambito sociale nel modo corretto, comunque non è sempre percepito. L'idea della reazione immediata e persino violenta rispetto a comportamenti indubbiamente odiosi è di tanto in tanto coltivata ad arte in sede politica, ma ben più spesso è frutto della necessità dei consociati di vedere rispettate le regole della pacifica convivenza.

Si tratta di un sentimento che, soprattutto nelle società complesse, alberga nei diversi settori, a volte per l'obiettivo condizione di vita in contesti degradati rispetto ai quali la risposta dello Stato è sovente tardiva ed inefficiente: il parcheggiatore abusivo, il lavavetri insistente, il gruppo di lavoratori licenziati che bloccano i convogli dei treni o le autostrade per protesta, l'accattone molesto, sono situazioni nelle quali chiunque può dire di essersi trovato incolpevolmente e di averne talora subito le conseguenze con irritazione, a volte anche con danni personali di vario genere.

Si tratta di una latitudine della sicurezza che è spesso sottovalutata perché non assurge a livelli di pericolosità paragonabili a quelli delle associazioni criminali di tipo mafioso o terroristico, che non si traduce (salvo eccezioni) in reati efferati, ma è il frutto di condizioni sociali di degrado i cui attori sono noti e rispetto ai quali non esistono vere e proprie sanzioni.

Lo stesso, *mutatis mutandis*, per i migranti, che riempiono le città di soggetti alla ricerca del nulla, protagonisti negativi di politiche che non salvaguardano – o non riescono a salvaguardare – alcuno.

Proprio in tema di migranti, altro caso significativo è quello, ancora una volta approdato nelle aule della giustizia amministrativa, in cui il Sindaco del Comune di Valguarnera ha adottato un'ordinanza d'urgenza preclusiva della locazione di immobili ad uso abitativo.

Questi, dopo avere rifiutato di aderire al c.d. “SPRAR”¹³ facendo rilevare la inidoneità del territorio comunale ad accogliere i migranti, assumendo altresì la finalità di prevenire criticità connesse al possibile turbamento dell'equilibrio sociale raggiunto dalla comunità locale, ha vietato di concedere loro in locazione e/o comodato ad uso abitativo e/o in vendita immobili privi dei requisiti di legge.

L'ordinanza – diremmo: ovviamente – è stata dichiarata nulla per difetto assoluto di attribuzione, pur emanata sulla base di asserite ragioni igienico-sanitarie ex art. 50 TUEL, trattandosi di materia riservata allo Stato: infatti, piuttosto che di ragioni igienico-sanitarie, essa era stata emanata in ordine alla gestione dei migranti¹⁴.

Il quadro che emerge si stima significativo quanto complesso: vi è una ri-

¹³ Acronimo di “*Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati*”, istituito con la legge 30 luglio 2002 n. 189.

¹⁴ Tar Sicilia. Ct, IV, 6 agosto 2018 n. 1671.

chiesta di sicurezza “spicciola” e concreta alla quale la funzione amministrativa in esame non riesce a dare riscontro, ingenerando una sensazione di insicurezza che finisce per oscurare l'eccellente lavoro che, su piani di ben altra portata, svolgono le Forze dell'ordine e la stessa Magistratura.

Anche qui si registra un paradosso: tutti i fenomeni di microcriminalità sono ben noti e, molto spesso, anche i soggetti che ne sono protagonisti. Le indagini, però, sono intese non ad arrestare il parcheggiatore abusivo, il lavavetri insistente o l'accattone molesto, bensì a sgominare l'azione criminale che nella stragrande maggioranza dei casi, sta dietro questi piccoli attori, ai quali – come anche, seppure in misura diversa, agli spacciatori di sostanze stupefacenti – vanno i rivoli di un'attività lucrativa ben più rilevante e pericolosa sul piano della sicurezza pubblica.

Colpire questi, dunque, non serve alle indagini ed anzi rischia di lasciare intatta (ed impunita) l'organizzazione che vi sta dietro, eliminando, cioè, soggetti che, pur percepiti come molesti e fastidiosi, presentano una carica “eversiva” per lo più assai limitata.

Stando così le cose, le “banali” (forse superflue, comunque di difficilissima applicazione) fattispecie di reato inserite dal legislatore nel decreto sicurezza risultano, invece, espressione di una – pur grossolana, occorre ammetterlo – risposta ad una percepibile esigenza diffusa di ordine e sicurezza.

Si sbaglierebbe, dunque, a pensare che si tratta solo di una questione “di pancia”: l'illegalità diffusa, per quanto non sempre efficacemente perseguibile, costituisce un *vulnus* alle piccole libertà individuali che ciascuno considera fondamentali nel proprio quotidiano ed il cui inquinamento crea insoddisfazione ed insicurezza.

Ciò conduce a porsi un quesito di carattere più generale, ossia se la protezione dell'interesse pubblico sotteso alla funzione di ordine e sicurezza pubblica sia adeguatamente operata intervenendo su larga scala e su fatti eclatanti, oppure se essa conosca diverse “altezze”, ciascuna delle quali meriti pari attenzione e, se si vuole, dignità.

Si badi che i fatti – reali o percepiti – rientranti in fenomeni contrastanti con la pacifica convivenza e la pace sociale sono tutti lesivi della persona: se, dunque, è vero, che il livello “macro” – quello, cioè, inteso a colpire i sistemi criminali e/o terroristici, o i fatti che più segnano i destini e l'*idem sentire* delle collettività – aderisce ad una funzione governativa indeclinabile e fondamentale, l'*homo homini lupus* si manifesta anche a livello “micro” e talora ha una carica eversiva notevole, come, ad esempio, nei ripetuti casi di molestie ed aggressioni di bande di giovani ai danni di soggetti minorati e comunque indifesi, ai quali non viene data risposta fin tanto che l'esito non sia grave e, talora, anche definitivo.

Il decreto sicurezza, pertanto, non va demonizzato a priori perché intercetta non solo la “pancia” di una società insicura ed anche culturalmente precaria, ma evidenzia un *gap* nella protezione “minuta” che è altrettanto inaccettabile ed è, probabilmente, figlio della difficoltà di tarare l'uso della forza in circostanze degradate e discutibili, in contesti nei quali non è chiaro chi sia il perse-

cutore e il perseguitato, oppure nei quali il degrado è tale da costituire la regola e dunque il *modus vivendi* di un certo gruppo sociale emarginato.

In ogni caso, ben difficilmente si può stare tranquilli sol perché esistono norme di massima sicurezza come il c.d. “41 *bis*”, ossia il carcere duro per i boss delle organizzazioni malavitose, peraltro anch’essi meritevoli di protezione costituzionale dei loro diritti fondamentali. Lo Stato di diritto, infatti, non può rifiutarsi di scarcerare un boss quando questi ne abbia il diritto (es. decorrenza dei termini di custodia cautelare), perché verrebbe meno alle proprie regole, ponendosi alla stregua degli ordinamenti illegali.

È questo, dunque, il molteplice e frammentato volto della funzione in esame: da un lato presuppone la forza, dall’altro lato non la legittima apertamente, ma la confina nel sottobosco, irto di responsabilità e di ingiustizie, in cui operano le forze dell’ordine, nel contempo lasciando alla quotidiana “lotta per la sopravvivenza” il contrasto a livello “micro”. Ne emerge una difficile quadratura in grado di far perdere il senso dell’orientamento agli stessi cittadini, la cui ricucitura sul piano della legalità non può che riportarsi alla Carta costituzionale ed ai diritti che essa riconosce. Come è stato, infatti, molto acutamente osservato da un ex Presidente della Corte delle leggi, la Costituzione non è fatta per i tempi di pace e per i momenti nei quali non si impongono scelte tra interessi in conflitto, bensì per coprire le fasi, le congiunture e persino i singoli episodi nei quali sono in gioco le libertà, che a maggior ragione vanno garantite nei momenti di crisi.

Si tratta di una soluzione in grado di compendiare i diversi e contrastanti aspetti di una funzione per molti versi misteriosa, le cui contraddizioni sono ben note quanto difficilmente superabili, quasi si tratti di un universo parallelo dove le regole dipendono dalla compresenza di forze gravitazionali variabili ed indipendenti, in qualche caso anche di buchi neri intrisi di cinico pragmatismo.