

BARBARA MAMELI

Ricercatrice di Diritto Amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza e Scienze Politiche, Economiche e Sociali dell'Università degli Studi del Piemonte Orientale "A. Avogadro"

EFFICIENZA AMMINISTRATIVA E DISCREZIONALITÀ AI TEMPI DELLA PANDEMIA.

ADMINISTRATIVE EFFICIENCY AND DISCRETION DURING THE PANDEMIC.

SINTESI

La pandemia ha lasciato un chiaro messaggio che sottolinea l'inefficiente gestione politica ed amministrativa dei diritti fondamentali e delle risorse pubbliche, ma anche il grave problema che il primato dell'economia ha comportato per la salute, non solo umana ma dell'intero Pianeta.

Soltanto un corretto ed efficiente esercizio del potere consentirà l'ottimale impiego delle risorse e l'attuazione del progetto di una nuova società più rispettosa del testo costituzionale. Il potere politico dovrebbe tornare a compiere accurate scelte nelle competenti sedi istituzionali, l'agire del soggetto pubblico essere sottoposto a sindacato giurisdizionale e a responsabilità per garantire che l'esercizio del potere non si discosti dal dettato costituzionale.

Senza l'intervento della magistratura (Corte Costituzionale e giudice amministrativo) il rischio che la Costituzione non venga attuata, o sia attuata male, è elevato: la pandemia lo ha reso evidente.

La legittimazione del potere pubblico si giustifica solo se ed in quanto l'esercizio dell'autorità sia funzionalizzato ad assicurare il godimento dei diritti, e deve essere valutata sotto tale aspetto.

La responsabilità precontrattuale, intesa quale fiducia che il privato ripone nella professionalità e capacità della PA, potrebbe consentire di ampliare il sindacato nei confronti del corretto adempimento dei doveri, anche qualora l'amministrazione si determini a non esercitare il potere o ad esercitarlo in modo non efficace.

ABSTRACT

The pandemic has left a clear message that underlines the inefficient political and administrative management of fundamental rights and public resources, as well as the serious problem that the primacy of the economy has entailed, not only for the human health, but also for the entire planet.

Only correct and efficient exercise of power will allow the optimal use of resources and the implementation of a new community project, more compliant with the constitutional text. Political power should once more making careful choices in the competent institutional *fora*; the actions of the public authorities

must be subject to judicial review and be responsible for ensuring that the exercise of power does not deviate from constitutional provisions.

Without the intervention of the judiciary (the Constitutional and Administrative Courts), the risk that the Constitution is not implemented, or is implemented poorly, is high: the pandemic has made this abundantly clear.

The legitimacy of public power is justified only if – and insofar as – the exercise of a public authority is functional to the enjoyment of rights and must therefore be evaluated from this perspective.

Pre-contractual liability, as the trust that the private individual seeks in the professionalism and capacity of the public administration, could allow the expansion of judicial review with regard to the correct fulfilment of public duties, even if the administration decides not to exercise its power or to exercise it inefficiently

PAROLE CHIAVE: emergenza – diritti fondamentali – discrezionalità politica e amministrativa – efficienza – responsabilità.

KEYWORDS: emergency – fundamental rights – political and administrative discretion – efficiency – responsibility.

INDICE: 1. Introduzione. - 2. Il testo costituzionale. Politica e amministrazione. 3. La discrezionalità politica e quella amministrativa. - 4. L'efficienza amministrativa. Le difficoltà nel raggiungerla e la necessità di valutarla. - 4.1. Segue: le scelte per garantire l'efficienza. Le problematiche legate al diritto alla salute. - 4.2. Segue: Una nuova interpretazione del diritto alla salute. Il controllo del soggetto pubblico. - 5. Deresponsabilizzazione e semplificazioni non sono strumenti per “costruire” una nuova amministrazione. L'esigenza di rilanciare l'economia e i diritti fondamentali.

1. Introduzione.

"(...) se lo Stato di diritto non viene rispettato, l'emergenza sanitaria rischia di diventare una catastrofe per i diritti umani, i cui effetti nefasti supereranno di gran lunga la pandemia stessa" (Alto commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani, Michelle Bachelet).

La relazione annuale del Presidente della Corte Costituzionale si conclude con una riflessione sull'anno 2020, evidenziando che: “Il nuovo anno è stato aperto da una contingenza davvero inedita e imprevedibile, contrassegnata dall'emergenza, dall'urgenza di assicurare una tutela prioritaria alla vita, alla integrità fisica e alla salute delle persone anche con il necessario temporaneo sacrificio di altri diritti”¹.

Si prosegue osservando che la nostra Costituzione non contempla un diritto speciale per lo stato di emergenza²: “non si rinvenivano clausole di so-

¹ M. CARTABIA, *L'attività della Corte Costituzionale nel 2019*, 28 aprile 2020, in www.cortecostituzionale.it.

² Cfr., invece, per una espressa previsione in tal senso: art. 48 Costituzione di Weimar; art. 16 Costituzione francese, art. 116 Costituzione spagnola, art. 48 Costituzione ungherese.

sospensione dei diritti fondamentali da attivarsi nei tempi eccezionali, né previsioni che in tempi di crisi consentano alterazioni nell'assetto dei poteri"³.

Il richiamo, nel confermare l'estraneità della situazione emergenziale come disciplina del nostro ordinamento giuridico, pare esplicito appello all'esercizio più accorto dell'attività politica, quale continua ponderazione tra diritti fondamentali al fine di garantire l'efficace rispetto di quanto consacrato nel testo costituzionale. Dinnanzi a situazioni che rendono fragile la società, il richiamo è all'autorità, ad una gestione efficiente da parte della politica e dell'amministrazione.

Ciò nonostante, abbiamo assistito ad un abbandono della discrezionalità politica ed amministrativa, ad una gestione della pandemia mediante l'esplicazione di un modello autoritario, lontano dal principio costituzionale della «leale collaborazione» tra i poteri dello Stato e dal necessario continuo bilanciamento tra il principio costituzionale dell'autonomia dell'ambito politico e quello del rigoroso rispetto dei principi sia procedurali che sostanziali che la Costituzione impone⁴.

Di fatto, la sovranità popolare è stata frequentemente sostituita da *task force* e comitati tecnico/scientifici⁵.

Proprio quando si è resa più evidente la necessità di una accorta e tempestiva attività dei poteri costituzionali, abbiamo assistito all'inerzia, in violazione di quel dovere di esercizio dell'attività amministrativa per garantire e tutelare i diritti inviolabili⁶.

La soluzione adottata emerge in tutta la sua problematicità se si osserva che sulla pandemia in atto non esiste alcuna certezza scientifica e che, comunque, qualsiasi risultanza scientifica deve sempre confluire in una accorta valutazione politica rispettosa dell'intero testo costituzionale⁷.

³ M. CARTABIA, *L'attività della Corte Costituzionale nel 2019*, cit.

⁴ L. CARLASSARE, *Sovranità popolare e stato di diritto*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Valori e Principi del regime repubblicano*, Roma – Bari, 2006.

⁵ La stessa Corte costituzionale, a partire dalla sentenza 20 maggio 1998, n. 185, distingue ruolo e funzioni degli organismi tecnico-scientifici in campo sanitario (cfr. art. 1, co. 1, Statuto dell'Istituto superiore di sanità), da ciò che va invece demandato alle decisioni politico-amministrative.

⁶ M. MONTEDURO, relazione al webinar *Emergenza, pandemia, sovranità popolare e diritti della persona*, organizzato da questa Rivista e tenutosi in data 3 luglio 2020, il quale, condivisibilmente, ravvisa la fonte del dovere di intervento agli artt. 2 e 114 della Costituzione, laddove si afferma che la Repubblica "garantisce" i diritti inviolabili e ne richiede l'adempimento da parte degli enti pubblici territoriali.

⁷ Secondo M. CLARICH, *Populismo, sovranismo e Stato regolatore: verso il tramonto di un modello?*, in *Riv. della regolazione dei mercati*, 2018, n. 1, 4, ss. "Una trama così fitta di rapporti da regolare non può essere affidata direttamente al Parlamento, che non sarebbe in grado di seguire l'evoluzione tecnologica e degli assetti di mercato e di porre una disciplina di dettaglio adeguata. Da qui la necessità per il Parlamento di limitarsi alle "macroregole" che lasciano ampi spazi alla normazione secondaria. Quest'ultima, però, non viene affidata al Governo, bensì ad apparati di nuova generazione come le autorità amministrative indipendenti, dotate di competenze tecniche e di professionalità elevate e che, in linea con la natura condizionale della regolazione, sono sottratte in larga misura agli indirizzi governativi e scollegate dal circuito politico-

Anche per affrontare la difficile ripresa economica del nostro Paese, aggravata ma certamente non creata dalla pandemia, si prosegue con una commistione di poteri, attribuendo un ruolo predominante alle *task force* e ai comitati tecnico-scientifici, le cui risorse di discrezionalità tecnica sono talmente ridotte da eliminare qualsiasi certezza e, spesso, le soluzioni offerte comportano l'invasione della sfera riservata alla discrezionalità politica ed amministrativa, nella convinzione che la grave crisi debba essere gestita interamente da una politica estranea all'ordinamento costituzionale e condizionata dalla volontà di alcuni "esperti" non legittimati dal popolo sovrano⁸.

L'attuale situazione pare il frutto di una ormai cristallizzata idea di un potere pubblico corrotto e, comunque, inefficiente⁹, aggravata dalla convinzione per cui l'efficiente attuazione del testo costituzionale si misura con la efficiente gestione delle risorse pubbliche.

Per diversi anni abbiamo assistito alla tendenza di ridurre l'intervento pubblico a favore dell'iniziativa privata, nell'applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale costituzionalizzato all'art. 118, 4 co., convinti che fosse la soluzione migliore a garantire efficienza.

Si è, però, trascurato che il soggetto privato non è la persona istituzionalmente incaricata di perseguire l'interesse pubblico e che potrebbe, anzi, ostacolarlo per realizzare fini personali¹⁰. Non è un caso se proprio l'attuale stato di emergenza abbia avuto, come immediata conseguenza, una maggiore richiesta di intervento del soggetto pubblico.

È evidente pertanto che, se la sostituzione dell'amministrazione con il privato rappresenta un rischio, occorre investire sul soggetto pubblico, dotandolo di tutte quelle caratteristiche (capacità economica, tecnica, etc.) che caratterizzano il privato, mediante l'elaborazione di soluzioni che impongano l'efficienza, quali la riorganizzazione della PA, strumenti per stimolare comportamenti virtuosi ma, anche, il perseguimento di una migliore capacità conoscitiva del soggetto pubblico, indispensabile presupposto per la ponderazione¹¹.

Pare rilevante una attenta riflessione sulla discrezionalità amministrativa, quale potere che si esplica nel rapporto tra norme e atti amministrativi, ma che

rappresentativo. In questo modo, esse sono in grado di garantire stabilità di assetti normativi e promuovere investimenti di lungo periodo da parte degli operatori".

⁸ Gli economisti, per esempio, propongono agli organi politici soluzioni per aumentare il profitto senza ponderare tale fine con il benessere sociale, ma anzi finendo con il far coincidere quest'ultimo con la quantità di beni e servizi a disposizione del consumatore.

⁹ Lo stesso decreto legge "Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale" approvato lo scorso 7 luglio (d.l. 16 luglio 2020, n. 76), nel dettare la disciplina per fronteggiare la situazione di pandemia, sembra limitare l'esercizio del potere imponendo (i) termini abbreviati per la ponderazione (anche in ipotesi di conferenza di servizi), (ii) l'ampiamiento delle ipotesi di silenzio-assenso sul presupposto si possa prescindere da una valutazione amministrativa, (iii) la nomina di commissari straordinari quando la fattispecie è ritenuta troppo impegnativa per un inadeguato soggetto pubblico.

¹⁰ La gestione della sanità rappresenta un valido spunto di riflessione.

¹¹ Sul tema cfr. S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1989, 20; A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005.

costituisce anche lo specchio del sistema delle fonti in termini di organizzazione costituzionale, ossia dei rapporti tra gli organi costituzionali e, in definitiva, degli equilibri della forma di governo¹².

Non si ritiene che il principio di precauzione possa coincidere con una generalizzazione del principio della paura e divenire strumento per sacrificare diritti fondamentali¹³. D'altra parte, proprio la corretta applicazione del principio di precauzione presupporrebbe di considerare non soltanto i vantaggi, ma anche gli svantaggi dell'adozione di determinate misure di cautela, nonché una diffusa e tempestiva trasparenza dei risultati dalla valutazione scientifica e/o della valutazione del rischio, e non pare che alcuna di tali condizioni sia stata rispettata¹⁴.

A ciò deve aggiungersi che, anche ravvisato il rischio attraverso il principio di precauzione, non può prescindersi dall'esercizio dell'attività politica ed amministrativa quale ponderazione e bilanciamento dei diritti e delle libertà fondamentali¹⁵.

Il presupposto insindacabile dell'attuale situazione è rappresentato dall'inefficienza amministrativa; il problema, però, resta quello di comprendere se il potere di assumere decisioni politiche resti affidato agli organi che manifestano la volontà sovrana e a quale organo sarà demandato il compito di concretizzarle¹⁶.

L'amministrazione, infatti, compie scelte con il limite dell'interesse pubblico fissato dal legislatore¹⁷, negli ambiti lasciati liberi dalla norma mediante "ponderazione di interessi"¹⁸.

¹² E. GROSSO, *Tra discrezionalità e arbitrio. Alla ricerca del custode dell'interesse generale nelle società complesse*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2018, 1191 e 1192.

¹³ Il diffuso allarmismo (far percepire la paura), grazie anche all'utilizzo incontrollato delle diverse forme di comunicazione (non istituzionali) oggi esistenti, costituisce la premessa per l'ampliarsi della richiesta di sicurezza e ha costituito la giustificazione del sacrificio di tutti i diritti fondamentali (come si vedrà, salute compreso), nonché l'abdicazione del popolo sovrano a favore di soggetti tecnici variamente nominati.

¹⁴ Cfr. TAR Piemonte, Sez. I, 22 gennaio 2018, n. 99 e, per un esempio dell'applicazione del principio durante lo stato di emergenza determinato dalla pandemia, Tar Campania, Sez. V, ordinanza 22 aprile 2020, n. 826.

¹⁵ D. SORACE, *Libertà delle persone con disabilità e discrezionalità delle amministrazioni pubbliche*, in R. Belli (a cura di) *Libertà inviolabili e persone con disabilità*, Milano, 2000, 41-43; M. MONTEDURO, *Il provvedimento amministrativo: natura e caratteri*, in G. Carloti, A. Clini (a cura di), *Diritto amministrativo. I. Parte sostanziale*, Santarcangelo di Romagna, 2014, 107-112.

¹⁶ Si rinvia a quanto affermato da M. MONTEDURO, *Il provvedimento amministrativo. Natura e caratteri*, cit., dove si sottolinea il dovere (art. 2 co. 1, L. n. 241/1990, artt. 51, co. 3 e 54, co. 2 Cost.) dell'amministrazione di esercitare il potere: "essa esercita teleologicamente il suo ufficio a servizio degli interessi pubblici, ha lo scopo di servire i cittadini titolari della sovranità attribuita al popolo".

¹⁷ Principio di legalità. Utile potrebbe essere l'attenta riflessione sul significato che il principio assume nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo dove, interpretando il disposto di cui all'articolo 7 CEDU, si afferma che la legge, oltre ad attribuire il potere e ad indicare le modalità di esercizio, deve essere anche accessibile e prevedibile, giungendo, quindi, ad imporre non solo l'esercizio del potere legislativo ma altresì l'apprezzabilità qualitativa della legge stessa. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 14 aprile 2015, *Affaire Contrada c. Italie*, in

Il primo passo, pertanto, è rappresentato dalla necessità che il legislatore persegua la volontà del popolo sovrano, attuando il disegno costituzionale e guidando l'amministrazione nella concretizzazione dello stesso¹⁹.

Negli ultimi decenni, sul presupposto dell'incapacità dell'amministrazione, si è tentato di perseguire l'efficienza attraverso una normazione sempre più di dettaglio, tale da ridurre al minimo la funzione amministrativa²⁰. Il risultato ha portato ad una incessante produzione di norme di difficile interpretazione e applicazione concreta, che richiederebbero sistematizzazione e razionalizzazione e che, di fatto, hanno aggravato l'inefficienza amministrativa²¹.

Così, per esempio, gli appalti pubblici che, come prevedibile, divengono lo strumento prescelto per la ripresa economica, rischiano di ingessare la stazione appaltante alla rigidità della struttura della gara, agevolando risultati non soddisfacenti, ritardi e contenzioso.

Anche la riforma della sanità prende le mosse dalle incapacità del pubblico e dal necessario ricorso al settore privato.

2. Il testo costituzionale. Politica e amministrazione.

Due paiono essere i punti fermi evidenziati dalla pandemia: il potere pubblico abdica al suo ruolo costituzionale abbracciando l'inerzia e, demandando l'espletamento dei propri compiti a commissari straordinari, *task force*, comitati tecnico/scientifici etc., cristallizza la completa assenza della politica.

Se il nostro ordinamento si caratterizza per un rapporto tra politica e amministrazione complesso e contraddittorio, non può dimenticarsi che il testo costituzionale, agli artt. 97 e 98, configura l'amministrazione come autonoma, «gestita da impiegati al servizio esclusivo della Nazione» e l'art. 1 della L. n. 241 del 1990 richiama espressamente i principi europei di efficienza, efficacia nonché, più in generale, il diritto ad una buona amministrazione²².

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-153771>; Id., 23 febbraio 2017, *Case of De Tommaso v. Italia*, in <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-171804>.

¹⁸ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi*, Milano, 1939.

¹⁹ Cfr. F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1996, 97 ss., dove l'amministrazione è posta tra le istituzioni e la società. G. PASTORI, *Feliciano Benvenuti e il diritto amministrativo del nuovo secolo*, in *Jus*, 2008, 323.

²⁰ Esemplificativo è il codice appalti, d. lgs. n. 50/2016, oggi oggetto di proposte di abrogazione, disapplicazione o modifica. Cfr. *infra*, ultimo paragrafo.

²¹ Ciò, come è stato osservato, rischia di accreditare l'idea del declino, fino all'irrelevanza, della stessa legittimazione legale-razionale del potere pubblico, M. DOGLIANI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Il libro delle leggi strapazzato e la sua manutenzione*, Torino, 2012, 4.

²² Il diritto ad una buona amministrazione è stato sancito espressamente come tale, per la prima volta, con l'adozione della Carta dei diritti dell'Unione europea (CDUE), proclamata a Nizza nel dicembre 2000, e divenuta giuridicamente vincolante a partire dal 1 dicembre 2009, data di entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Tra i molti studi dedicati al tema, P. CALLANDRA, *Il buon andamento dell'amministrazione pubblica*, in Studi in memoria di V. Bachelet, Mi-

È compito dell'esercizio discrezionale del potere legislativo (politica) operare continui "bilanciamenti" tra i diritti costituzionali²³, ma qualsiasi ponderazione non può giungere ad intaccare lo stesso sistema costituzionale ed il rapporto tra organi costituzionali²⁴.

Se si intende rispettare il testo costituzionale non si vede strada differente rispetto alla necessaria valorizzazione dell'amministrazione, introducendo, nello stesso tempo, opportuni strumenti per garantire l'efficacia e l'efficienza dell'operato, ma anche l'abbandono di una visione aziendalistica dell'amministrazione²⁵.

Sicuramente l'esercizio del potere pubblico ha un costo: l'attuazione dei diritti fondamentali rappresenta un costo. Si ritiene, però, che l'attenta lettura della Costituzione imponga di affermare che sono i diritti fondamentali a dover indirizzare l'economia, e non viceversa²⁶. Questo implica, altresì, la necessità di sostituire i limiti di bilancio con i limiti del rispetto dei diritti fondamentali. Come precisato dalla Corte Costituzionale, spetta al legislatore predisporre gli strumenti idonei alla realizzazione ed attuazione dei diritti fondamentali, affin-

lano 1987; W. MORGESE, *Buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione: considerazioni in ordine al controllo dell'azione amministrativa*, in *La pubblica amministrazione nella Costituzione. Riflessioni e indicazioni di riforma*, Milano, 1995; D. SORACE, *La buona amministrazione e la qualità della vita, nel 60° anniversario della Costituzione*, in www.costituzionalismo.it; R. FERRARA, *L'interesse pubblico al buon andamento della pubblica amministrazione tra forma e sostanza*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, I, Napoli 2011; C. PINELLI, *Il buon andamento dei pubblici uffici e la sua supposta tensione con l'imparzialità. Un'indagine sulla recente giurisprudenza costituzionale*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, I, Napoli, 2011; G. NAPOLITANO, *Liberalizzazioni e buona amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015. Si osservi che, anche al fine di perseguire la buona amministrazione, anziché affidarsi agli strumenti in mano al soggetto pubblico, il legislatore ha ritenuto, sul presupposto dell'inefficienza della PA, di introdurre l'istituto della partecipazione del privato per migliorare la scelta amministrativa.

²³ Trattasi di scelta politica in ordine alla realizzazione concreta del dettato costituzionale, che deve essere posta in essere dagli organi che hanno tale potere e che dovrebbe formare oggetto di controllo da parte della Corte Costituzionale in merito alla corretta implementazione della Costituzione (attuazione e tutela dei diritti fondamentali).

²⁴ Sull'ambito di discrezionalità che la Costituzione riserva al potere legislativo, inviolabile per la Corte Costituzionale, cfr., per es., Corte Cost., n. 100/81; Id., n. 293/00; Id., n. 218/94, riferita alla possibilità di sottoporre una lavoratrice a rischio per la trasmissione dell'AIDS ad accertamenti sanitari obbligatori non previsti dalla legge. La Corte bilancia l'interesse individuale alla non sottoposizione ad accertamenti sanitari (art. 32 Cost.) con l'interesse collettivo alla salute pubblica (sempre art. 32 Cost.), e giunge ad affermare che la salute non è solo posizione giuridica soggettiva attiva di pretesa ma anche bene collettivo (pur non sussistendo un "dovere alla salute"). La Corte ritiene prevalente l'interesse collettivo che, però, incontrando il limite della dignità umana, non può giungere a sacrificare integralmente l'interesse individuale (il diritto alla riservatezza e al lavoro sono salvaguardati in quanto compatibili con lo stato di salute).

²⁵ In particolare cfr. d. lgs n. 150/2009 e la successiva disciplina, nonché i numerosi soggetti deputati al controllo del suo operato (es. ANAC) e la disciplina sulla trasparenza.

²⁶ Questi anni, invece, si sono caratterizzati per il favore riconosciuto a politiche di liberalizzazione dei mercati, per il ridimensionamento del ruolo degli organi politici e per il prevalere di logiche di mera efficienza economica, con i risultati che la pandemia ha mostrato.

ché la loro affermazione non si traduca in una mera previsione programmatica, ma venga riempita di contenuto concreto e reale²⁷.

Sempre secondo il giudice della Costituzione “La natura fondamentale del diritto, (...) impone alla discrezionalità del legislatore un limite invalicabile nel «rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati». Tale effettività non può che derivare dalla certezza delle disponibilità finanziarie per il soddisfacimento del medesimo diritto, nel quadro dei compositi rapporti amministrativi e finanziari degli enti territoriali coinvolti”.

Occorre, quindi, che organi politici ed amministrativi giustificino le scelte effettuate con la più efficiente attuazione del testo costituzionale, garantendo che le risorse disponibili siano destinate a garantire l’attuazione di tali diritti²⁸.

La pandemia ha reso evidente come i tagli alla sanità ed alla ricerca scientifica, per privilegiare sviluppo ed economia, si siano dimostrati scelte tali da comportare lesione di molti diritti fondamentali. È altresì possibile che le scelte compiute a danno del nostro ecosistema abbiano gravemente intaccato il diritto alla salute, aprendo facili vie a future epidemie.

A sostegno di quanto affermato, si cita ancora una volta la Corte Costituzionale, la quale chiarisce, senza lasciare alcun margine di dubbio, che: “È la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l’equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione”, rendendo evidente come, nel rapporto tra diritti fondamentali ed economia, siano i primi a dover prevalere²⁹.

Diviene quindi di estrema importanza stabilire priorità e modalità con cui perseguire le finalità individuate in sede politica, anche per ampliare le responsabilità ed il controllo da parte del popolo sovrano, titolare dei diritti e delle libertà fondamentali³⁰.

La politica deve guidare il cambiamento, dove l’economia possa coniungersi con il benessere del popolo, sia capace di evitare il collasso ambientale,

²⁷ Corte Cost., 19 ottobre 2016, n. 275, riferita al diritto all’istruzione del disabile, come consacrato nell’art. 38 Cost.

²⁸ Con riferimento al diritto alla salute, osserva M. LUCIANI, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra stato e regioni*, in E. Catelani, G. Cerrina Feroni, M. C. Grisolia (a cura di), *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione. Modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, Torino, 2011, “il totale delle risorse economiche disponibili per un concreto sistema sociale è rappresentato, ovviamente, da una quantità definita e non illimitata, ma non è affatto un dato la distribuzione di quel totale. Sull’esercizio doveroso dell’agire amministrativo, si rimanda a F.G. SCOCA, *Il termine giudiziale nell’adempimento delle obbligazioni della pubblica amministrazione*, Milano, 1965.

²⁹ La relazione tra Pil ed occupazione, che aveva caratterizzato lo sviluppo economico moderno, è ormai in crisi e difficilmente è possibile riproporla.

³⁰ Si rinvia, in generale, a G. PASTORI, *La funzione amministrativa nell’odierno quadro costituzionale*, in *Dir. econ.*, 2002, 475 ss.; per interessanti approfondimenti, L.R. PERFETTI, *Forme della sovranità della persona. Emergenze e poteri*, in *questa Rivista*, 2020, 2 ss.; Id., *La pubblica amministrazione come dovere*, in *Scritti in onore di F.G. SCOCA, in corso di pubblicazione*.

gravi danni alla salute e raggiungere l'attuazione efficiente del testo costituzionale³¹.

Ad un momento in cui si chiede maggiore intervento pubblico e un cambiamento della società non può che conseguire un profondo ripensamento dell'amministrazione e, inevitabilmente, maggiore responsabilità, da perseguire anche attraverso le vie giurisdizionali.

Le misure di semplificazione adottate non si ritengono adeguate. La semplificazione è stata già utilizzata nel tentativo di rilanciare l'economia, liberandola da vincoli posti dalla pubblica amministrazione (dal necessario rapporto iniziativa economica-atto amministrativo) per evitare che l'amministrazione potesse intralciare il libero scambio e gli investimenti. I risultati sono sotto gli occhi di tutti: semplificazione non coincide con efficienza, sicché si rende necessario un ripensamento dell'esercizio del potere politico e amministrativo.

Nello stesso tempo occorre stabilire un nuovo rapporto tra politica ed amministrazione. Troppo spesso, dinnanzi ad una amministrazione inerte o inefficiente, il legislatore interviene mediante leggi provvedimento nel tentativo di vincolare la scelta amministrativa³², spesso con il risultato di rendere estremamente complessa la lettura e l'applicazione delle disposizioni. Sovente il giudice amministrativo diviene così il soggetto chiamato a dare impulso all'amministrazione, anche sostituendosi alla stessa³³. Il suo ruolo, però, non è quello di realizzare l'interesse pubblico, bensì quello di garantire piena tutela alla posizione sostanziale lesa fatta valere in giudizio.

3. La discrezionalità politica e quella amministrativa.

Diversi sono gli scenari e le possibilità: siamo sommersi da enormi quantità di dati, idee, promesse e minacce.

³¹ Esistono ormai da molti anni degli indicatori che cercano di andare oltre il Pil. In Italia, ad esempio, l'Istat e il Cnel hanno prodotto il BES (Benessere Equo e Sostenibile), e anche l'Ocse ha un indice chiamato *Better Life*. Tutti utilizzano un cruscotto di indicatori economici, sociali e ambientali. Questo tipo di informazioni è fondamentale per garantire una bussola non esclusivamente "mercataista" lungo traiettorie di crescita e sviluppo realmente sostenibili per l'economia e la società.

³² Il legislatore non può proceduralizzare ogni scelta dell'amministrazione. Quest'ultima deve essere responsabilizzata e migliorare le proprie capacità.

³³ È evidente che, di fronte ad una tale incertezza applicativa, il pubblico dipendente spesso sceglie di proteggere se stesso piuttosto che il pubblico interesse, finendo con il restare inerte per paura di sbagliare. Sotto questo profilo può vedersi favorevolmente la scelta del legislatore del decreto legge "semplificazione" approvato il 7 luglio 2020, laddove prevede, fino al 31 luglio 2020, la limitazione della responsabilità per danno erariale per le azioni al solo dolo, lasciando invariata la responsabilità anche per colpa grave per quanto riguarda le omissioni. I funzionari sono così esposti in misura maggiore per eventuali omissioni o inerzie, piuttosto che nel caso di condotte attive. Si evidenzia in tal modo che è preferibile l'adozione di un provvedimento illegittimo piuttosto che l'inerzia o l'esercizio arbitrario dell'autotutela. Come tuttavia già anticipato, ciò non è sufficiente. È necessario che l'attenzione si sposti dall'attività amministrativa all'organizzazione dell'amministrazione e agli strumenti di cui questa dispone per garantire una completa conoscenza delle situazioni di fatto.

Si potrebbe anche riflettere se non si sia di fatto introdotta una nuova forma di censura che, se può operare, come insegna il passato, bloccando il flusso di informazioni, ai nostri giorni si attua inondandoci di informazioni irrilevanti o comunque opinabili³⁴.

Nei tempi passati deteneva il potere chi aveva accesso alle informazioni; oggi, per conoscere e comprendere, occorre grande abilità nel sapere cosa ignorare.

Come già evidenziato in premessa, l'esercizio della discrezionalità è estremamente arduo. Le influenze esterne, congetture più o meno plausibili, si impongono, sostituendo accurate ponderazioni politiche ed amministrative.

Così, la stessa qualificazione dell'attuale situazione è controversa³⁵. Mentre l'evento catastrofico naturale (alluvione, terremoto, incendio, etc.) è un mero accertamento di un fatto oggettivo, l'evento della pandemia è discrezionale.

Ma la qualificazione della situazione epidemica attuale è dirimente, come la corretta ponderazione degli altri interessi coinvolti.

L'attenzione deve, quindi, incentrarsi sulla qualificazione dell'eccezionalità dell'evento (accertamento del fatto e sua qualificazione) e sul contenuto della volizione pubblica, considerando la necessità di deroghe alle garanzie costituzionali e l'eventuale misura della soppressione dei diritti fondamentali.

L'espletamento corretto di tale procedimento non può prescindere dall'applicazione dei principi fondamentali del diritto europeo (ragionevolezza, proporzionalità, precauzione), nonché dei criteri rinvenibili nel nostro ordinamento costituzionale, quali: necessità, proporzionalità, bilanciamento, giustiziabilità e temporaneità.

L'attività di prevenzione deve trovare spazio predominante: la ricerca scientifica e un sistema sanitario efficiente divengono priorità³⁶. Entrambi han-

³⁴ È curioso come anche le informazioni riguardanti la pandemia, la pericolosità del virus e i rischi connessi alla diffusione dello stesso cambino unicamente in ragione delle finalità perseguite dal Governo. Così, in questi giorni, dove è preminente far ripartire l'economia, si parla di cambiamento del virus e di una sua minore aggressività senza che sussista alcun fondamento scientifico in merito.

³⁵ Anche gli organi dell'Unione europea hanno evitato di esercitare quei poteri che il TFUE garantisce loro. Ai sensi dell'art. 168, co. 2, TFUE, l'Unione è tenuta (i) ad attivarsi per prevenire le malattie e affezioni e per eliminare le fonti di pericolo per la salute fisica e mentale e (ii) ad adottare misure di incentivazione "per lottare contro i grandi flagelli che si propagano oltre frontiera (...) e (...) contro gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero", mentre ai sensi dell'art. 196 TFUE, "L'Unione incoraggia la cooperazione tra gli Stati membri al fine di rafforzare l'efficacia dei sistemi di prevenzione e di protezione dalle calamità naturali o provocate dall'uomo".

³⁶ Osserva L. PERFETTI, relazione al webinar *Emergenza, pandemia, sovranità popolare e diritti della persona*, organizzato da questa Rivista e tenutosi in data 3 luglio 2020, che dell'emergenza è fatto un uso distorto. L'emergenza dovrebbe consistere in uno strumento per tutelare i diritti fondamentali, non per reprimerli. Di fatto continuiamo a vivere in uno stato di emergenza poiché tale situazione ha completamente sostituito la fase della prevenzione, la sola che può evitare la situazione di emergenza.

no mostrato le profonde lacune, determinate dalla pregressa gestione politica e amministrativa.

Il degrado ambientale esistente, frutto di scelte politiche in violazione dei diritti fondamentali costituzionalmente garantiti, ha probabilmente offerto le condizioni favorevoli all'azione patogena del coronavirus³⁷.

L'esercizio discrezionale efficiente, politico e poi amministrativo nella sua corretta attuazione concreta, se esercitato nel rispetto dei diritti fondamentali - la salute in primo luogo - non può prescindere da un profondo cambiamento rispetto al vicino passato.

Proprio la corretta ponderazione tra diritti e libertà fondamentali, che inizialmente ha costretto all'isolamento per limitare il contagio e tutelare un aspetto del diritto alla salute pubblica, adesso impone agli organi politici ed amministrativi di trovare soluzioni idonee a tutelare gli equilibri naturali, impostando su basi nuove il rapporto tra uomo e natura in un'ottica di equilibrio ecologico e di un nuovo approccio al mercato e all'economia.

Il primato del mercato, accompagnato da algoritmi e formalismo, ha da un lato ingessato le scelte dei soggetti pubblici e, dall'altro, alimentato la crisi economica.

Il coronavirus ha avuto l'effetto di privarci temporaneamente dei diritti fondamentali, ma anche di farci comprendere come questi non siano stati efficientemente attuati. È ormai evidente come un improvviso pericolo sia in grado di far crollare l'attuale precario e debole assetto dei diritti e delle libertà fondamentali.

L'informatizzazione che ci ha coinvolto negli ultimi periodi potrà essere implementata ed utilizzata per migliorare l'efficienza, mentre il denaro pubblico dovrà portare risultati concreti per trovare soluzioni in grado di modificare la nostra società e tutti quei comportamenti che hanno portato all'attuale degrado messo a nudo dalla pandemia.

In questi giorni è evidente come la società abbia espresso una maggiore domanda di autorità, fiduciosa nelle capacità del pubblico. Adesso che la tutela della salute deve essere temperata con la ripresa economica, occorre che le decisioni, necessariamente da incanalare nell'ambito politico-amministrativo, siano in grado di trovare soluzioni in grado di preservare il nostro futuro nel pieno rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali.

Il perseguimento e la cura degli interessi pubblici non possono prescindere dall'esercizio della discrezionalità amministrativa. L'efficienza, però, im-

³⁷ Cfr. rapporto 2020: *Pandemie, l'effetto boomerang della distruzione degli ecosistemi, Tutelare la salute umana conservando la biodiversità*, in www.wmf.it. Sul necessario dialogo tra diritto ed ecologia, si rimanda a M. MONTEDURO, *Per una "nuova alleanza" tra diritto ed ecologia: attraverso e oltre "le aree naturali protette"*, in *Giust.Amm.it.*, 2014, il quale, tra l'altro osserva la necessaria "precedenza/prevalenza/preminenza" della "difesa della vita nella dimensione ecologica, in quanto si tratta della precondizione indefettibile per la perpetuazione della vita nelle dimensioni sociale ed economica, dato che il collasso delle condizioni ecologiche che garantiscono la vita umana in senso bio-ecologico determinerebbe, inesorabilmente, il collasso di qualsiasi società ed economia, privando di esistenza e quindi di senso ogni discorso riferito ai relativi ordini di interessi. *Primum vivere*".

pone che il potere politico espliciti adeguatamente l'interesse generale al fine di consentire all'amministrazione di concretizzarlo.

La crisi politica ha contribuito a rendere patologica la crisi dell'amministrazione e ad aumentare le difficoltà nel perseguimento dell'efficienza amministrativa. Quest'ultima non può prescindere da una profonda trasformazione della politica, capace di identificare chiaramente i limiti entro i quali deve esercitarsi il potere della pubblica amministrazione.

Preoccupa come le priorità sembrino ancora una volta rivolte al mercato, mentre la ricerca di soluzioni alternative ed il ruolo pubblico nel condurre il cambiamento cedono ancora una volta il passo.

4. L'efficienza amministrativa. Le difficoltà nel raggiungerla e la necessità di valutarla.

Gli ultimi decenni hanno visto numerosi studi e riforme legislative, senza che però si raggiungesse il risultato auspicato, e soprattutto senza che fosse individuato il parametro alla luce del quale verificare se l'attività amministrativa fosse efficace ed efficiente (salvo l'ovvio, ma insufficiente, criterio del risparmio di risorse che, pur rispondendo ad economicità, spesso non integra l'efficienza).

Il buon andamento è stato esplicito quale criterio di efficienza che impone ai soggetti pubblici non soltanto l'applicazione delle norme, ma il raggiungimento del risultato concreto integrando elevati *standards* qualitativi ed economici³⁸.

Ci si è concentrati sulla necessità di riorganizzare l'amministrazione ispirandosi ai modelli manageriali, puntando su una maggiore separazione delle funzioni amministrativa e politica³⁹, per assicurare l'autonomia del dirigente ri-

³⁸ F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, VI aggiornamento, Milano, 2002, 76; Id., *Per un'Amministrazione responsabile*, in *Giur. cost.*, 1999, III, 4045 ss.

³⁹ La legge 7 agosto 2015, n. 124, di delega al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche, ha inteso limitare il rapporto fiduciario tra funzione amministrativa e politica. L'elemento di novità è rappresentato dalla previsione della durata temporanea dell'incarico dirigenziale. L'art. 11 prevede che l'incarico abbia una durata di quattro anni, con facoltà per gli organi di indirizzo di rinnovare il contratto per una sola volta, ma solo previa valutazione positiva e congrua motivazione. La temporaneità dell'incarico dovrebbe favorire la mobilità dei dirigenti, evitando che questi ricoprano sempre le stesse posizioni e consolidino rapporti fiduciari con l'amministrazione presso cui sono in servizio. Tuttavia, la durata temporanea del contratto, se favorisce la mobilità dei dirigenti, costituisce anche un limite al processo di professionalizzazione della dirigenza che, allo scadere del termine, cambia uffici e competenze. La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 251/2016, ha dichiarato incostituzionale l'art. 11 citato nella parte in cui, incidendo su materie di competenza concorrente, non ha previsto, per l'adozione dei decreti legislativi attuativi, l'accordo tra Stato e Regioni. Cfr., sulla organizzazione delle PA in generale, M.S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato*, in *Foro it.*, 1979, 297 ss.; G. D'AURIA, *Giannini e la riforma amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1270 ss.; M. R. SPASIANO, *L'organizzazione comunale. Paradigmi di efficienza pubblica e buona amministrazione*, Napoli, 1995, 234 ss.; S. CASSESE, *Le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1985, 378.

spetto ai condizionamenti del potere politico e garantire l'imparzialità delle scelte (autorganizzazione e autonomia decisionale nell'attuazione del disegno normativo)⁴⁰.

La valutazione dei dirigenti ha rappresentato il riferimento principale per tentare di migliorare la qualità dei servizi offerti e per accrescere le competenze professionali. Si è costruito un sempre più fitto sistema di controlli, interni ed esterni, e si è ampliato lo spettro delle responsabilità. La trasparenza amministrativa, mediante l'introduzione dell'accesso civico e del Foia, avrebbe dovuto coinvolgere i cittadini nell'attività di controllo e garantire il corretto funzionamento dell'apparato amministrativo.

Trattasi sempre, però, di tentativi per raggiungere efficienza attraverso strumenti di controllo. E proprio l'intensificarsi degli strumenti di controllo contribuisce ad aumentare l'inerzia. 'Amministrazione di risultato' significa concepire un'amministrazione che deve tendere alla effettiva realizzazione delle esigenze che la collettività esprime, le quali non si esauriscono nella 'sana gestione finanziaria', come la stessa Unione europea impone.

L'ottimale utilizzo delle risorse disponibili rispetto agli obiettivi politici programmati presuppone di incentrare l'attenzione anzitutto sugli obbiettivi politici programmati e sulle capacità dell'amministrazione di concretizzarli.

In questa fase in cui il pericolo sanitario apparentemente lascia il passo alla ricostruzione sociale ed economica, gli organi di governo, pur confrontandosi con esperti terzi, dovrebbero assumere decisioni politiche, senza limitarsi a rimettere l'individuazione degli obbiettivi a scienze non univoche e che non contemplano l'attuazione dei diritti e le libertà fondamentali sanciti nel testo costituzionale.

Decisione politica e scelta discrezionale amministrativa devono continuare ad essere intese come ponderazione tra più interessi pubblici, e non divenire strumenti di perseguimento di risultati individuati da scienze non esatte.

L'integrale remissione alle valutazioni di esperti della scienza inevitabilmente condurrebbe alla violazione del testo costituzionale, alla creazione di diritti "tiranni" e all'abbandono della discrezionalità politica-amministrativa che sola può garantire l'attuazione dei diritti e delle libertà fondamentali.

Nella fase dell'emergenza sanitaria, per esempio, abbiamo assistito all'ampio dispiegamento delle forze dell'ordine per controllare i cittadini, anche quando passeggiavano solitari nei boschi⁴¹; l'esercizio discrezionale della politica e dell'amministrazione avrebbero, invece, ponderato le contraddittorie risultanze scientifiche con l'utilizzo razionale delle risorse pubbliche⁴².

⁴⁰ M. INTERLANDI, *Il principio di separazione tra politica e amministrazione: una "storia difficile"*, in *Dirittifondamentali.it* – Fasc. 1/2018.

⁴¹ Lettera aperta dei magistrati del Tribunale di Aosta, trasmessa al Governo per ricevere una interpretazione definitiva del decreto della presidenza del Consiglio dei Ministri che ha introdotto restrizioni sugli spostamenti dalla propria abitazione per evitare la diffusione del contagio.

⁴² Nello specifico, si legge nella lettera, l'esercito avrebbe potuto più ragionevolmente essere impiegato per aiutare persone che abitano in zone difficili da raggiungere. L'esercizio della discrezionalità avrebbe, infatti, suggerito di limitare i controlli nei boschi per perseguire

La decisione politica e quella amministrativa non possono prescindere dall'attenta lettura della Costituzione, ponendo regole che, se possono incidere e sacrificare diritti costituzionalmente garantiti per tutelare altri diritti di pari rango (nel caso, il diritto alla salute), non possono prescindere dal rispetto dei principi europei di ragionevolezza, proporzionalità, buona amministrazione.

Innanzitutto la pandemia ha evidenziato gli elementi di crisi della nostra democrazia, anche se si è cercato di nascondersi dietro la paura. Ci troviamo ora a fare i conti con il ritirarsi del contenuto dei diritti e delle libertà fondamentali, nonché con l'incapacità di governare i processi economici, assicurare i diritti sociali e garantire effettive condizioni di uguaglianza. Probabilmente ci troviamo davanti anche ad una violazione dello stesso diritto alla salute, spesso non considerato nelle scelte politiche degli anni passati e, in questi giorni, considerato solo se strettamente connesso alla pandemia.

Le scelte politiche e, di conseguenza, quelle economiche sono vincolate al rispetto di principi fondamentali ritenuti "indisponibili". In questa doverosa cornice, soltanto un corretto ed efficiente esercizio del potere consentirà l'ottimale impiego delle risorse e l'attuazione del progetto di una nuova società.

Il primo passo dovrebbe consentire l'eliminazione della fragilità dei poteri pubblici rispetto a mutamenti che provengono dal mercato, dalla tecnologia, da processi economici e finanziari.

La scelta di reagire alla perdita di autorevolezza dell'autorità e all'inefficienza della macchina pubblica, introducendo strumenti e modelli consensuali di diritto privato, o attraverso l'ampia applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale, sostituendo il privato al soggetto pubblico, non ha funzionato.

Il legislatore ha enfatizzato la partecipazione, la presenza del privato, la semplificazione e la trasparenza, nella convinzione di poter sostituire gli apparati pubblici con le risorse economiche, tecniche, scientifiche del privato. Spesso, però, come più sopra affermato, trasparenza e partecipazione sono state strumentalizzate dal privato per perseguire interessi personali ostacolando il perseguimento dell'interesse pubblico, anche attraverso l'aggravamento dell'attività della PA. Si tratta di principi fondamentali che hanno consentito una profonda trasformazione dell'amministrazione pubblica dal modello kafkiano alla dimensione attuale ma, nello stesso tempo, necessitano di essere applicati con equilibrio nel rispetto dell'efficienza e non a scapito della stessa. Si rende necessario investire sul soggetto pubblico, sulla sua capacità di acquisizione delle conoscenze per poter scegliere, rendendolo consapevole della necessità di garantire la più efficiente attuazione del testo costituzionale.

Inoltre, proprio la trasparenza dell'agire dell'amministrazione dovrebbe essere concepita in modo differente. Se la consacrazione del principio nella Costituzione e la successiva finalità di prevenzione della corruzione hanno por-

l'interesse primario di agevolare gli anziani. Le risultanze scientifiche avrebbero dovuto essere elaborate ed adattate alle esigenze di un territorio che presenta caratteristiche differenti rispetto ad altre regioni d'Italia.

tato il legislatore ad introdurre, oltre all'accesso ai documenti *ex art.* 22 ss. L. n. 241/1990 e s.m., anche l'accesso civico ed il Foia, possiamo osservare che, mentre in passato la censura operava bloccando le informazioni, oggi la stessa opera inondandoci di informazioni irrilevanti e false.

La difficoltà da superare risiede nell'acquisire la consapevolezza di quali informazioni ignorare. I processi tecnologici e le forme di comunicazione determinano concentrazioni di potere all'esterno delle istituzioni pubbliche, capacità di conformare i comportamenti individuali e collettivi, di strutturare il pensiero, la sua creazione e condivisione in modo così intenso da rendere quasi irrilevanti le attività delle istituzioni pubbliche. Il potere reale sembra non risiedere più negli uffici delle istituzioni.

4.1. Segue: le scelte per garantire l'efficienza. Le problematiche legate al diritto alla salute.

Il diritto alla salute è sicuramente il diritto che più facilmente subisce limitazioni, a volte tali da renderne precaria la sopravvivenza⁴³.

La ragione principale della sua debolezza deriva dal fatto di non esistere come diritto isolato. Inevitabilmente è in conflitto con gli altri diritti sociali e deve fare i conti con finanze pubbliche e leggi di mercato.

La recente vicenda riguardante l'obbligo di alcune vaccinazioni⁴⁴ ha mostrato l'estrema delicatezza del temperamento tra dimensione individuale e collettiva della tutela della salute⁴⁵, tra principio di precauzione e "sperimentazione di massa", ma anche le difficoltà nell'evitare che la tutela della salute collettiva si trasformi in un "valore tirannico"⁴⁶ e di contemperare competenze regionali e statali⁴⁷.

È evidente come le stesse problematiche si presentino oggi notevolmente amplificate dinnanzi ad una emergenza di dimensioni più rilevanti.

Ecco allora che, riparlando di immunità di gregge e di pericolo pandemia, i singoli paesi europei hanno agito diversamente e, anche in ambito nazionale, abbiamo assistito ad un precario, mutevole e originale assetto delle fonti, all'abdicazione della politica dinnanzi alle opinioni della scienza, agli inevitabili limiti della scienza, al malcontento regionale.

Il sistema sanitario, messo a nudo, ha mostrato tutti i danni della cattiva gestione politica, incidendo ancora più gravemente sul diritto alla salute, per finire con il negare l'esercizio dello stesso a tutti coloro che, non affetti da Covid, si sono visti degradare al rango di malati di serie B e messi in lista di attesa nella presunta non urgenza di un problema cardiaco o di un controllo per tumore.

⁴³ L'inquinamento e la distruzione dell'ecosistema potrebbero eliminarlo.

⁴⁴ Peraltro di estrema attualità se si pone l'attenzione alle vicende sulla sperimentazione e diffusione del vaccino per debellare il coronavirus, nonché agli ingenti investimenti che sono stati effettuati per tale soluzione.

⁴⁵ Corte Cost., sentenza 15 aprile 1996, n. 118.

⁴⁶ Corte Cost., sentenza 9 aprile 2013, n. 85.

⁴⁷ Corte Cost., sentenza 18 gennaio 2018, n. 5.

Più in generale, è parso a tutti chiaro come in questi anni si sia prepotentemente raggiunto un indebolimento dell'idea di bene comune di fronte alla rincorsa al profitto.

L'andamento della pandemia, forse la sua stessa insorgenza, e più in generale la salute pubblica sono stati compromessi da scelte politiche superficiali e sicuramente non rispettose di un'attenta ponderazione dei diritti fondamentali, bensì tali da danneggiare gravemente il nostro pianeta.

Liberalizzazioni, privatizzazioni, scelte regionali differenti, inefficienza, corruzione hanno prodotto gli effetti che abbiamo constatato.

Come già più volte sottolineato, s'impone un decisivo cambiamento. Occorre incentrarsi sul ruolo del soggetto pubblico (politica e amministrazione), sulle sue capacità e sugli interessi pubblici da perseguire. Questi ultimi non possono più coincidere con la "moda" del momento o gli slogan del partito politico che prevale nella singola legislatura, ma devono scaturire dal pieno rispetto dei diritti fondamentali e dalla concretizzazione effettiva del diritto alla salute, che necessariamente incide sul rispetto dell'ambiente in cui viviamo (attività lavorativa, iniziativa economica ...)⁴⁸.

Occorrono investimenti su una puntuale formazione nella prevenzione delle malattie, interventi significativi per attenuare il cambiamento climatico e l'inquinamento, piani rivolti ad allevamenti e agricoltura intensiva, limitare la perdita di foreste e lo smog.

Occorre superare la costosa presunzione del farmaco come bene primario e vitale per il nostro sistema salute. Si deve superare l'attuale modello incentrato sul profitto che vede il farmaco inteso unicamente come risposta alla patologia, per affermare un modello nuovo, aperto e moderno che considera in primo luogo l'uomo che ha il dovere di mantenersi in salute ed il diritto di vivere in un ambiente sano⁴⁹.

⁴⁸ Corte Cost., 7 febbraio 2018, n. 58, dove se si precisa che "Non può infatti ritenersi astrattamente precluso al legislatore di intervenire per salvaguardare la continuità produttiva in settori strategici per l'economia nazionale e per garantire i correlati livelli di occupazione, prevedendo che sequestri preventivi disposti dall'autorità giudiziaria nel corso di processi penali non impediscano la prosecuzione dell'attività d'impresa; ma ciò può farsi solo attraverso un ragionevole ed equilibrato bilanciamento dei valori costituzionali in gioco", si precisa altresì che "il bilanciamento deve essere condotto senza consentire l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona (sent. n. 85 del 2013). Il bilanciamento deve, perciò, rispondere a criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, in modo tale da non consentire né la prevalenza assoluta di uno dei valori coinvolti, né il sacrificio totale di alcuno di loro, in modo che sia sempre garantita una tutela unitaria, sistemica e non frammentata di tutti gli interessi costituzionali implicati (sentenze n. 63 del 2016 e n. 264 del 2012)". La Corte giunge poi a concludere per l'illegittimità costituzionale della scelta legislativa: "Nel caso oggi portato all'esame di questa Corte, invece, il legislatore non ha rispettato l'esigenza di bilanciare in modo ragionevole e proporzionato tutti gli interessi costituzionali rilevanti, incorrendo in un vizio di illegittimità costituzionale per non aver tenuto in adeguata considerazione le esigenze di tutela della salute, sicurezza e incolumità dei lavoratori, a fronte di situazioni che espongono questi ultimi a rischio della stessa vita".

⁴⁹ Basta accendere un qualsiasi canale di informazione (televisione, radio, internet) per constatare che siamo letteralmente assaliti da informazioni che ci indicano quale farmaco acquista-

Finora il diritto alla salute ha ceduto il passo al diritto al profitto. Eppure è un diritto costituzionalmente garantito e richiede una nuova e più attenta contemperazione.

L'economia implica profitto e speculazione e può rivelarsi nemica della salute che, per essere garantita, spesso richiede interventi che comportano costi. Economia e salute necessitano di continue valutazioni discrezionali, politiche ed amministrative, che garantiscano la corretta ponderazione e realizzazione di entrambi i diritti. La soluzione di affidare ai soggetti privati il compito costituzionalmente attribuito all'apparato pubblico⁵⁰ di tutelare la salute (art. 32 Cost.) pare poco efficiente.

L'organizzazione del sistema sanitario ha oggettivamente dimostrato la propria inefficienza.

Sono altresì note le pressioni, spesso attraverso finanziamenti, delle grandi case farmaceutiche su medici, strutture sanitarie e politici, facoltà di medicina, società scientifiche incaricate di aggiornare le linee guida, indicando le migliori terapie per ogni patologia, le sperimentazioni *in itinere*⁵¹.

4.2. Segue: Una nuova interpretazione del diritto alla salute. Il controllo del soggetto pubblico.

E possibile esista una interazione tra ecosistema, clima e rischio pandemic. La tutela dei diritti fondamentali pare imporre di incentrarsi sulla prevenzione e, eventualmente, sulla necessità di non farsi trovare nuovamente impreparati.

Abbiamo dovuto combattere la “guerra” della pandemia senza armi. I poteri pubblici, esattamente come avveniva all'epoca delle pestilenze del XIV secolo, hanno imposto restare chiusi nelle abitazioni.

Come più volte affermato si rende necessaria una svolta decisiva e il potere politico deve tornare a compiere accurate scelte nelle competenti sedi istituzionali. I “livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale” (art. 117 Cost.) devono essere decisi a livello centrale e finanziati stabilmente. I livelli di governo più vicini ai cittadini saranno coinvolti nell'efficiente attuazione.

re per respirare, mangiare, dormire, muoverci, essere felici. Sui trattamenti sanitari, cfr. A. PIOGGIA, *Consenso informato ai trattamenti sanitari e amministrazione della salute*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, 137 ss.

⁵⁰ Si ritiene, come si preciserà meglio più avanti, che gli organi costituzionali agiscano per garantire al sovrano (il popolo) i diritti fondamentali.

⁵¹ La multinazionale farmaceutica francese Sanofi ha firmato il 23 aprile 2020 un accordo «per formare i medici del futuro» con la Società Italiana di Medicina Generale (Simg) e con la Federazione Italiana dei Medici di Medicina Generale (Fimmg), la principale associazione sindacale dei medici di famiglia. L'accordo prevede che le parti sviluppino progetti destinati alla formazione dei medici di medicina generale. Il 23 gennaio 2020, invece, quando è diventata evidente l'entità dell'epidemia del coronavirus in Cina, la società americana Rising Pharmaceuticals ha aumentato il prezzo della cloroquina (un antimalarico, che è stato testato contro COVID-19) tentando di sfruttare la salute pubblica per aumentare gli utili.

Come noto, l'art. 32 Cost. sancisce: “la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti”. La Repubblica Italiana, pertanto, deve garantire a tutti il diritto alla salute e alla vita.

La rincorsa del consenso politico, unita all'incapacità strategica, devono lasciare il posto all'efficiente coordinamento delle reti e dei servizi, alla modernizzazione del sistema sanitario, al rispetto per l'ambiente in cui viviamo, agli investimenti nella ricerca di nuove strategie da attuare per contenere i danni subiti finora dalla nostra salute e da quella dell'ecosistema.

Una osservazione. Il mercato europeo ha imposto di prendere atto di una verità fondamentale: i servizi pubblici in nulla si discostano dalle attività gestite dai soggetti privati. Le attività economiche divengono dai servizi pubblici per scelta politica, perché ritenute di interesse pubblico in conseguenza di una ponderazione dei diritti inviolabili. L'amministrazione, nel perseguire “i fini determinati dalla legge”⁵², in attuazione del principio di autorganizzazione, attua l'interesse pubblico concreto.

Qualsiasi scelta discrezionale politica, compresa quella di garantire un servizio pubblico per tutelare un diritto costituzionale oppure privatizzarlo ed affidarlo al mercato, deve essere rispettosa del testo costituzionale e, quindi, tale da attuare quei diritti e quelle libertà fondamentali che altrimenti resterebbero semplici illusioni.

L'agire del soggetto pubblico deve essere sottoposto a sindacato giurisdizionale e a responsabilità per garantire che l'esercizio del potere non si discosti dal dettato costituzionale⁵³. Senza l'intervento della magistratura (Corte Costituzionale e giudice amministrativo) il rischio che la Costituzione non venga attuata, o sia attuata male è elevato: la pandemia lo ha reso evidente⁵⁴.

Spesso disinformazione e paura hanno costituito validi mezzi per comprimere o eliminare diritti fondamentali. Anche oggi, di fronte all'emergenza dei cui presupposti si conosce molto poco (provenienza, effetti, cure ...) hanno continuato a circolare false verità.

Scelte politiche errate o omesse, motivate da ragioni di convenienza o propaganda elettorale devono ritenersi assunte in contrasto con la Costituzione e, quindi, a seconda dell'atto nel quale si sono concretizzate, andrebbero “eliminate” dalla Corte Costituzionale o dal giudice amministrativo⁵⁵.

⁵² L. n. 241/1990, art. 1, co.1.

⁵³ F.G. SCOCA, *Il termine giudiziale nell'adempimento delle obbligazioni della pubblica amministrazione*, cit.

⁵⁴ Come sottolineato dalla giurisprudenza della CEDU, i diritti fondamentali richiedono una tutela concreta ed effettiva, non teorica ed illusoria. Cfr., per esempio, CEDU, 13 maggio 1980, *Artico c. Italia*. Si rende necessaria l'individuazione di criteri obiettivi, imprescindibili per la tutela dei diritti e libertà fondamentali ai quali dovrà attenersi la magistratura nel sindacare l'operato del soggetto pubblico.

⁵⁵ Significativo il paragone con quanto riportato da E. GRANDE, *Usa, no discriminazioni a LGBTQ sul lavoro: la Corte Suprema torna neutrale?*, in *MicroMega*, n. 4/2020: “Che i giudici e in particolare la Corte suprema americana si siano conquistati da tempo un ruolo politico è indubbio, anche se il fenomeno è in qualche maniera maggiormente accettato quando la Corte

L'art. 2 Cost. "riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo" e "richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale"⁵⁶. L'apparato pubblico è, pertanto, tenuto ad attuare i diritti fondamentali e ad adempiere ai doveri di solidarietà⁵⁷.

Le forme e gli strumenti di salvaguardia dei diritti inalienabili dell'individuo attuati dall'ordinamento costituiscono l'ambito per sindacare l'attività discrezionale (nella forma del bilanciamento) posta in essere dai soggetti pubblici⁵⁸. Il grado di effettività che soggetti politici ed amministrativi hanno raggiunto rappresenta il parametro per valutare ed eventualmente far sorgere responsabilità. L'agire della pubblica amministrazione è funzionalizzato e il potere pubblico attribuisce normativamente la specifica funzione perimetrando i confini entro cui si esplica la scelta amministrativa. Questo è il principale compito dello Stato, ma anche il limite all'esercizio legittimo della sua attività⁵⁹.

La responsabilità amministrativa, se muove da quella civilistica, non può però anche discostarsene per arricchirsi mediante le peculiarità che caratterizzano l'agire dell'amministrazione, e sotto tale profilo divenire specifica ed originale⁶⁰.

esercita un controllo di costituzionalità sulle leggi". Cfr. anche M. BRIGAGLIA, *Costituzionalismo dei diritti e diritto di eccezione*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2011, 277.

⁵⁶ Si veda anche l'art. 119 Cost., ai sensi del quale i soggetti pubblici devono agire "per promuovere lo sviluppo economico, la coesione e la solidarietà sociale, per rimuovere gli squilibri economici e sociali, per favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona".

⁵⁷ L.R. PERFETTI, *Forme della sovranità della persona. Emergenze e poteri*, in *questa Rivista*, 2020, 2, il quale sottolinea che l'interesse pubblico è la massimizzazione del godimento dei diritti della persona.

⁵⁸ M. MONTEDURO, *Il provvedimento amministrativo. Natura e caratteri*, cit. "l'amministrazione è al servizio delle libertà individuali onde, quando le limita, può ed anzi deve farlo ma con l'unico scopo di renderle compatibili tra loro".

⁵⁹ Cfr. L.R. PERFETTI, *La pubblica amministrazione come dovere*, in *Scritti in onore di F.G. SCOCIA*, in corso di pubblicazione, il quale precisa altresì: "l'amministrazione pubblica è una delle «forme» (art. 1) attraverso le quali la sovranità si esprime, essendo funzionalizzata all'interesse pubblico perché quest'ultimo coincide con e si esaurisce nella garanzia della massimizzazione del godimento dei diritti dell'uomo attraverso il loro razionale e proporzionato bilanciamento".

⁶⁰ L'istituto della responsabilità diviene strumento per garantire la buona amministrazione. Sulle peculiarità dell'attività amministrativa e sulle differenze del regime della responsabilità amministrativa rispetto a quella civilistica, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 29 maggio 2014, n. 2792: "La Corte di cassazione, con sentenza 19 ottobre 2011, n. 21581, ha annullato, con rinvio, la sentenza 24 dicembre 2009, n. 8719 del Consiglio di Stato, Sezione sesta, la quale aveva rigettato il ricorso in ragione della riconducibilità dell'attività posta in essere dalle autorità italiane nell'ambito delle funzioni politiche. La risoluzione della controversia impone, in via preliminare, mediante una comparazione con il sistema civilistico di responsabilità, di individuare la natura della responsabilità della pubblica amministrazione, i suoi elementi costitutivi e, in particolare, il rapporto di causalità". Proprio l'ampliamento delle ipotesi di responsabilità ascrivibili all'amministrazione, come confermato dalla stessa Cassazione (Cass., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, quando afferma: "una fisionomia *sui generis*, non riconducibile al mero modello aquiliano ex art. 2043 c.c., essendo connotata dal rilievo di alcuni tratti della responsabilità precontrattuale e della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni, con conseguente applicabilità

La legittimazione del potere pubblico si giustifica, pertanto, solo se ed in quanto l'esercizio dell'autorità sia funzionalizzato ad assicurare il godimento dei diritti, e deve essere valutata sotto tale aspetto.

La responsabilità precontrattuale, intesa quale fiducia che il privato ripone nella professionalità e capacità della pubblica amministrazione⁶¹, potrebbe consentire di ampliare il sindacato nei confronti del corretto adempimento dei doveri, anche qualora l'amministrazione si determini a non esercitare il potere o ad esercitarlo in modo non efficiente⁶².

L'interesse pubblico, legislativamente stabilito, non può infatti che conformarsi all'art. 2 della Cost. e, di conseguenza, l'attività amministrativa non può che consistere nell'assolvimento dei doveri costituzionalmente imposti⁶³. Come previsto in ambito europeo, dove la violazione del dovere di corretto adeguamento genera responsabilità, così la violazione o cattiva attuazione dei precetti costituzionali richiede l'applicazione di responsabilità⁶⁴. Anche considerando l'applicazione della CEDU, la Corte europea ravvisa l'inadempimento dello Stato in tutte le ipotesi in cui il rispetto delle garanzie poste a salvaguardia dei diritti dell'uomo sia soltanto formale, addentrandosi in una valutazione sostanziale tale da considerare l'idoneità e validità della previsione legislativa.

delle norme in materia di responsabilità contrattuale, concernenti la prescrizione del diritto, l'onere della prova e l'area del danno risarcibile”), induce a ritenere che l'istituto della responsabilità deve costantemente adeguarsi ai rapporti intersoggettivi, valutando l'affidamento che ciascuna parte ripone nella buona fede e correttezza, consentendo di individuare ulteriori obblighi di protezione.

⁶¹ Per approfondimenti si rinvia a B. MAMELI, *Responsabilità precontrattuale e buona fede*, in Scritti in onore di F.G. SCOCA, in corso di pubblicazione

⁶² L.R. PERFETTI, *La pubblica amministrazione come dovere*, cit., sottolinea la necessità di ricostruire lo statuto costituzionale dell'amministrazione pubblica

⁶³ All'insieme di doveri non può che corrispondere responsabilità. Cfr. *amplius* L.R. PERFETTI, *La pubblica amministrazione come dovere*, cit; ID., *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, in Riv. trim. dir. pub., 2017, 99; ID., *Discrezionalità amministrativa e sovranità popolare*, in *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Torino, 2017, 119; ID., *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello Stato di diritto*, in *PA Persona e amministrazione*, 2017, I, 3; ID., *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir. pub.*, 2013, 61; ID., *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, 299; ID., *Funzione e compito nella teoria delle procedure amministrative. Metateoria su procedimento e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 53.

⁶⁴ Cfr. art. 4 del Trattato sull'Unione europea, secondo cui, “in virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati”, sicché “gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione”. Proprio l'istituto della responsabilità potrebbe garantire la effettività della tutela dei diritti e libertà fondamentali.

5. Deresponsabilizzazione e semplificazioni non sono strumenti per “costruire” una nuova amministrazione. L'esigenza di rilanciare l'economia e i diritti fondamentali.

La democrazia rappresentativa costituisce un bene primario, un servizio essenziale che non può essere dismesso, non meno del servizio sanitario nazionale. I parlamentari saranno i responsabili della nuova società capace di coniugare i diritti fondamentali con la ripresa economica⁶⁵.

Lavorando nella cornice europea per il comune obiettivo di servire al meglio le esigenze dei singoli cittadini e dell'intera comunità, la politica è impegnata ad elaborare misure urgenti per rilanciare l'economia e ripensare all'efficienza amministrativa.

L'unica possibilità per superare l'attuale situazione pare quella di puntare sull'efficienza politica ed amministrativa.

Continuare a proclamare la vittoria dei mercati sulla politica, e la conseguente rinuncia della politica ad esercitare sui mercati un potere di indirizzo e funzionalizzazione agli interessi costituzionalmente protetti, equivarrebbe a condannarci a non uscire più da una crisi economica e sociale che in tutti i modi si è tentato di mascherare.

Tutti concordano nel sottolineare come il nostro ordinamento sia appesantito dalla burocrazia, e la colpa dell'inefficienza è individuata nell'intervento del soggetto pubblico (autorizzazioni, approvazioni, gare ..).

Si può, però, osservare che chi agisce è sempre un essere umano: nel settore privato è un imprenditore sottoposto a responsabilità, nel settore pubblico è un individuo per presunzione incompetente e corrotto. Il problema si è pensato fosse negli strumenti giuridici, in realtà potrebbe trattarsi di un atteggiamento mentale. Occorre che il soggetto pubblico acquisisca l'abilità e responsabilità del privato.

Pare, invece, che le soluzioni accolte vadano verso una sempre più massiccia semplificazione e deresponsabilizzazione dell'amministrazione, mediante presunte ‘semplificazioni’ che spesso paralizzano ancor più l'operato dell'amministrazione. Non solo: in questo modo si blocca il processo di formazione e crescita del personale, ridotto a svolgere attività di “passacarte” e, come tale, proiettato solo a considerare aspetti formali e burocratici, senza alcun approfondimento del merito delle questioni.

Anche rivolgendo l'attenzione al settore appalti, il dito è stato puntato contro le previsioni del Codice dei contratti pubblici, invocando la necessità di snellirne le procedure o, addirittura, la sua abrogazione.

⁶⁵ R. FICO, *I parlamentari sono come i medici non possono fermarsi. Voto on line? Difficile*, in *la Repubblica*, 18 marzo 2020, 11: “Il Parlamento deve essere in prima linea, non può arretrare, come non arretrano i medici e altre categorie [...]. Nelle fasi emergenziali il Parlamento non solo resta un presidio a garanzia dei principi democratici, ma è chiamato a offrire sostegno a chi fronteggia in prima persona l'emergenza e a chi subisce il peso sociale ed economico di questa emergenza”.

In realtà, però, sembra che, anche in tale settore, il problema non sia tanto nella procedura di gara quanto nel risultato, ossia appalti non realizzati o realizzati male. In una parola, inefficienza.

Davanti all'inefficienza (e anche corruzione) dell'amministrazione si è già tentato di riscrivere la normativa in materia di appalti parecchie volte, senza mai conseguire il risultato sperato⁶⁶. L'unica cosa che non si è fatta è migliorare la capacità di conoscere della pubblica amministrazione, lasciandola impreparata e spaventata, sicuramente non pronta a dialogare con il mercato alla ricerca del "vestito fatto su misura"⁶⁷.

Pare che i punti fermi siano due: le direttive europee costituiscono la base normativa che deve essere rispettata e occorre lavorare sul soggetto pubblico, sulle sue capacità e professionalità.

Finora ci si è concentrati su regolazioni sempre più dettagliate delle gare, quasi a voler togliere ogni spazio di scelta alla stazione appaltante, aprioristicamente inidonea a valutare i propri bisogni. Non sono mai stati disciplinati controlli *ex post* sull'efficienza degli appalti realizzati o, comunque, conclusi.

Si afferma la necessità di velocizzare gli appalti per riuscire a gestire la fase dell'emergenza determinata dalla pandemia. In realtà, però, non pare che la rapida conclusione degli appalti soddisfi il dettato costituzionale, garantendo una attenta ponderazione dei diritti coinvolti.

Sembrerebbe più conforme alla piena e completa realizzazione dei diritti fondamentali una attenta valutazione degli appalti da concludere (anche al fine di non velocizzare il percorso verso una completa distruzione dell'ecosistema), giungendo a concludere unicamente quei contratti che integrino l'efficiente realizzazione della strategia predisposta a livello politico per garantire l'indispensabile svolta della nostra società.

Anziché valutare se riscrivere il Codice dei contratti pubblici, forse sarebbe sufficiente concentrarsi sulle indicazioni fornite dalla Commissione Eu-

⁶⁶ L. 109/1994 e s. m.; d. lgs., n. 163/2006 e s. m.; d. lgs. n. 50/2016 nonché la recente modifica ad opera del c.d. decreto "Sblocca cantieri" n. 32/2019 conv. con L. n. 55/2019. In Italia, per molto tempo, a partire dalla l. 11 febbraio 1994, n. 109, c.d. Merloni, si è creduto che la corruzione potesse essere ostacolata attraverso l'irrigidimento di procedure amministrative e modelli contrattuali e con la creazione di automatismi tali da impedire l'esercizio della discrezionalità amministrativa. Tale atteggiamento è stato giustificato con la preoccupazione che le procedure flessibili e le negoziazioni si possano prestare facilmente a fenomeni di corruzione e collusione. Su tale base si è assistito ad una sostituzione del legislatore all'amministrazione, che si è trovata solo ad applicare modelli rigidi predefiniti.

⁶⁷ La limitazione della discrezionalità amministrativa, soprattutto nel caso di contratti complessi come i PPP, è fonte di inefficienza, dal momento che impedisce la costruzione di procedure di affidamento e modelli contrattuali esattamente calibrati sul contratto da aggiudicare e da eseguire ("vestito fatto su misura"). L'assenza di negoziazioni poi (tanto in fase di scelta del contraente che in corso di esecuzione del contratto) impedisce all'amministrazione di migliorare la sua conoscenza dell'oggetto contrattuale complesso e di fare scelte più consapevoli. Inefficienza e corruzione sono due mali diversi. La corruzione deve essere combattuta senza rinunciare a priori all'efficienza dei contratti, attraverso misure *esterne* alle procedure di affidamento.

ropea, ricercando nelle previsioni normative lo strumento per una gestione efficiente della crisi⁶⁸.

Il decreto legge n. 18 del 17 marzo 2020 (c.d. Decreto “Cura Italia”) conv. con L. n. 27/2020, ha, invece, tipizzato ipotesi specifiche in cui è possibile ricorrere a procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando di gara, anche al di fuori di situazioni imprevedibili connotate dall'estrema urgenza e dall'immediatezza⁶⁹. Nello stesso senso dispone il recente decreto legge n. 76/2020.

⁶⁸ In data 1 aprile 2010, GUUE C108I del 1 aprile 2020 è stata pubblicata la Comunicazione della Commissione avente ad oggetto “*Orientamenti della Commissione europea sull'utilizzo del quadro in materia di appalti pubblici nella situazione di emergenza connessa alla crisi della Covid-19*”, dove si forniscono chiarimenti in merito all'approvvigionamento di beni e servizi pubblici con procedure accelerate conformemente alle direttive. La Commissione effettua una ricognizione degli strumenti che la vigente Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici attribuisce alle amministrazioni aggiudicatrici per accelerare e semplificare le procedure di acquisizione dei beni, servizi e lavori che si rendono necessari per far fronte alla grave emergenza in atto (es. acquisire sul mercato dispositivi di protezione individuale e medici, realizzare infrastrutture ospedaliere per ampliare le strutture dei reparti destinati ai pazienti affetti da Covid; acquisto di strumenti informatici per consentire l'attività lavorativa a distanza). In particolare, alle amministrazioni, ai sensi delle disposizioni della Direttiva 2014/24/UE, è consentito:

- fare ricorso alle ordinarie procedure aperte riducendo il termine minimo per la presentazione delle offerte da parte degli operatori economici fino a 15 giorni, in luogo del termine di 35 giorni previsto in via ordinaria;
- in caso di procedura ristretta, ridurre a 15 giorni il termine di presentazione della domanda di partecipazione e a 10 giorni il termine di presentazione delle offerte (in luogo del termine di 30 giorni previsto in via ordinaria);
- indire procedure negoziate senza previa pubblicazione. La Commissione precisa altresì che l'attuale situazione emergenziale, nella maggior parte dei casi, integra *ex se* i presupposti che legittimano il ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione con riferimento agli appalti di lavori, servizi e forniture destinati a far fronte all'esigenze degli ospedali e istituzioni sanitarie. Per quanto, invece, attiene agli appalti connotati da una situazione di urgenza ma che rispondono ad esigenze non immediate, la Commissione raccomanda l'utilizzo delle procedure “regolari” con la riduzione dei relativi termini procedurali, in quanto idonee ad assicurare il rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza, concorrenzialità e parità di trattamento che la normativa sugli appalti pubblici vuole garantire. Ciò peraltro è funzionale a realizzare una migliore economicità dell'appalto, posto che le procedure “regolari”, in linea di principio, favorendo la partecipazione di più imprese, consentono di ottenere prezzi più convenienti e/o soluzioni tecnico-qualitative migliori.

⁶⁹ In particolare, fino al 31 dicembre 2020 in relazione agli appalti aventi ad oggetto campagne di promozione e comunicazione per favorire le imprese italiane all'estero (art. 72), nonché per gli acquisti di beni e servizi informatici per favorire il c.d. “*smart working*” e servizi in rete per cittadini e imprese (art. 75) è prevista la possibilità di procedere all'aggiudicazione mediante procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando di gara. Per l'acquisto e l'implementazione di piattaforme della didattica a distanza e dei relativi dispositivi, è consentito alle istituzioni scolastiche, laddove non riescano a concludere convenzioni – quadro o reperire quanto necessario sul Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione, di procedere in totale deroga alle disposizioni del d.lgs 50/2016 e dunque anche mediante affidamento diretto ad un solo operatore economico. Si tratta certamente di appalti connotati da urgenza che tuttavia non sembrano presentare quei caratteri di imprevedibilità e immediatezza che legittimerebbero, ai sensi della Direttiva 2014/24/UE, il ricorso alle procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando, dovendo dare luogo, per converso, a procedure aperte o ristrette di

Si discute di generalizzare l'istituto del commissariamento, di adottare gare semplificate, di eliminare il ricorso alla tutela amministrativa ed in via generale si richiede fiducia nel soggetto pubblico.

Nessuno, però, valuta come rendere il soggetto pubblico meritevole di fiducia, investendo nelle sue capacità e nella sua formazione⁷⁰.

Anziché togliere ogni forma di controllo sull'operato della PA sul presupposto di un superficiale "dobbiamo fidarci dell'amministrazione", impiegando denaro pubblico il più velocemente possibile, forse sarebbe preferibile concentrarsi sulla preparazione dell'amministrazione e sull'attività politica che deve guidarla⁷¹.

Il dirigente pubblico non è soltanto paralizzato dalla complessità della normativa in quanto il legislatore non ha adempiuto correttamente al proprio dovere costituzionale, ma anche dalla scarsa attenzione che l'ordinamento dedica alla sua conoscenza ed alla conoscenza amministrativa in generale⁷².

Deve essere rivisto il rapporto politica-amministrazione. La cura concreta dell'interesse pubblico indicato dalla politica si realizza attraverso una efficiente ponderazione amministrativa⁷³.

Occorre che l'attenzione si sposti sull'interesse pubblico da perseguire e sulla valutazione degli strumenti più adeguati per tale funzione⁷⁴.

La politica è chiamata ad attuare il testo costituzionale e l'amministrazione a concretizzare il disegno. Il giudice amministrativo, mediante il sindacato sull'eccesso di potere, controlla la ragionevolezza delle scelte⁷⁵.

Le imprese acquisterebbero fiducia nell'amministrazione, alla quale resterebbe attribuita la discrezionalità in quanto responsabile e preparata per scegliere⁷⁶.

carattere accelerato in quanto funzionali a soddisfare esigenze a "medio termine" secondo le indicazioni date dalla Commissione europea.

⁷⁰ F. CINTIOLI, *Per qualche gara in più. Il labirinto degli appalti e la ripresa economica*, Rubbettino editore, 2020, osserva condivisibilmente che "L'Italia è un Paese che ha elaborato un sistema in cui il giuridico ha prevalso sul politico, in cui la discrezionalità dell'amministrazione è stata mortificata ed è annegata in un mare di regole, vincoli, procedure e controlli, paralizzando lo sviluppo. Troppe leggi, troppi codici e poca attenzione al modo di fare amministrazione", si ritiene però altrettanto sbagliato eliminare o ridurre drasticamente procedure che dovrebbero garantire scelte efficienti.

⁷¹ M. SICA, *Inosservanza del termine per la stipula del contratto di appalto e tutela contro il silenzio*, in *Giur. it.*, 2020, 746 ss.

⁷² B. MAMELI, *Responsabilità precontrattuale e buona fede*, cit.

⁷³ Cfr. M. CLARICH, "Nell'agenda del governo italiano entri subito la questione amministrativa" in *Milano Finanza*, 23 aprile 2020, dove si sottolineano le difficoltà per un impiego efficace delle risorse messe in campo e l'urgenza di investire su efficienza e semplificazione delle PA.

⁷⁴ G. BERTI, *La responsabilità pubblica: Costituzione e amministrazione*, Padova, 1994.

⁷⁵ Esprimono parere negativo con riferimento alla possibilità di limitare la tutela delle imprese al solo piano risarcitorio, oltre che dubbi di legittimità costituzionale, E. BRUTI LIBERATI, F. CASSELLA, *Semplificare la normativa sugli appalti si può, ma limitare la tutela giurisdizionale sarebbe un errore*, in *Il Sole-24 Ore*, 18 aprile 2020.

⁷⁶ F. CINTIOLI, "Separare gli appalti dall'anticorruzione e disboscare le norme che bloccano le opere" in *Il Dubbio*, 16 aprile 2020, auspica che all'Anac restino affidati i soli poteri in tema di corru-

L'eccessivo formalismo ed i continui controlli che hanno caratterizzato la normativa di questi ultimi anni, giustificati dalla presunzione di una amministrazione incapace e corrotta, hanno paralizzato l'agire amministrativo, rendendo oggettivamente impossibile l'efficienza.

Il sistema universitario e l'utilizzo delle risorse per la didattica e la ricerca non sono altro che uno dei tanti esempi in cui continui adempimenti formali producono il solo risultato di impedire o rallentare eventuali risultati positivi e nascondere o mascherare inefficienza.

Il diritto ad una buona amministrazione deve essere garantito con una nuova concezione del soggetto pubblico, quella dello Stato come creatore di "valore pubblico" capace di promuovere l'innovazione e, nello stesso tempo, responsabile per mancato raggiungimento dei risultati. D'altra parte, da tempo si sta valutando anche la riforma degli organi costituzionali e la riduzione del numero dei parlamentari. Indubbiamente occorre maggiore responsabilità nell'adempimento delle funzioni costituzionali.

Il nostro Stato si è dotato di poteri supplementari per affrontare la crisi attuale.

L'emergenza sanitaria ha lasciato un chiaro messaggio che sottolinea l'inefficiente gestione politica ed amministrativa dei diritti fondamentali e delle risorse pubbliche, nonché il grave problema che il primato dell'economia ha comportato per la salute, non solo umana ma dell'intero Pianeta.

zione; si eviteranno così commistioni tra due materie che dovrebbero restare distinte: appalti e corruzione.