BARBARA MAMELI

Professore associato di diritto amministrato presso l'Università degli studi del Piemonte Orientale

barbara.mameli@uniupo.it

**LA RESPONSABILITÀ PER MANCATA ATTUAZIONE DEL
FINE PUBBLICO, UNO STRUMENTO A TUTELA DELLE
LIBERTÀ E DIRITTI FONDAMENTALI**

**RESPONSIBILITY FOR FAILURE TO IMPLEMENT THE PUBLIC
PURPOSE, AN INSTRUMENT FOR THE PROTECTION OF
FUNDAMENTAL FREEDOMS AND RIGHTS**

SINTESI

Pandemia, crisi economica e delle istituzioni impongono di dare maggiore rilevanza alla fiducia che i cittadini ripongono nell'esercizio del potere e soprattutto di ricercare uno strumento tale da garantire che le limitazioni a diritti e libertà rispondano a un livello di accettabilità oggettiva¹.

ABSTRACT

Pandemic, economic and institutional crisis require greater importance to be given to the trust that citizens place in the exercise of power and above all to seek an instrument that guarantees that the holders of rights and freedoms respond to an objective level of acceptability.

PAROLE CHIAVE: discrezionalità politica e amministrativa - programmazione - controllo - responsabilità.

KEYWORDS: political and administrative discretion - planning - review - responsibility.

INDICE: 1. Premessa. – 2. “Principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale” e “diritti inalienabili della persona umana”. – 3. La forza ritrovata della Costituzione e dei principi che la caratterizzano. – 4. La separazione tra politica e amministrazione. Difficoltà attuali. – 5. Segue: L'attuazione politica e amministrativa. – 6. Segue: i mezzi garantiscono il risultato della programmazione e anch'essi sono sindacabili. – 7. Segue: discrezionalità organizzativa e legittimo affidamento. – 8. L'effettiva tutela dei diritti fondamentali sulla scia del solco creato dall'orientamento giurisprudenziale imposto per

¹ La ricerca oggetto del presente contributo è stata sostenuta con fondi dell'Università del Piemonte Orientale.

gli appalti pubblici. L'etica quale ausilio per estendere il controllo della discrezionalità. – 9. Programmazione politica, programmazione amministrativa. – 10. L'affidamento. – 11. Rimedi e controlli per inefficienza politica ed amministrativa. – 12. Segue: il controllo. L'unione europea lascia allo Stato membro un “margine di apprezzamento” ma la normativa nazionale deve restare conforme alla disposizione europea. – 13. Segue: il limite della politica. Dalla discrezionalità politica alla discrezionalità tecnica.

1. Premessa

Libertà dal bisogno, libertà dalla paura, libertà dall'ignoranza, espressioni lanciate al mondo dopo il secondo conflitto mondiale², che, seppure declinate nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e nella Costituzione (integrando, quindi, principi di etica sociale, principi giuridici nonché vere e proprie garanzie costituzionali), alla vigilia del possibile terzo conflitto mondiale si mostrano in tutta la loro necessità di tutela³.

L'emergenza (economica, epidemiologica, bellica, crisi delle istituzioni) che stiamo vivendo spinge a rivolgere nuova attenzione al Testo Costituzionale, bisognoso di attuazione concreta, necessariamente rispondente alle esigenze della persona e della collettività⁴.

Si impongono, con pari forza, la necessità di rileggere i principi costituzionali in funzione valorizzatrice della persona umana e della dignità della medesima, anche in base ai valori dell'ordinamento sovranazionale⁵ e il supera-

2 M.S. GIANNINI, *La libertà dall'ignoranza e dal bisogno. I diritti sociali. Diritti dell'uomo e Nazioni Unite*, in *Scritti*, 1963-1969, V, Milano, 2004, 57 ss.

3 Si vedano le riflessioni di G. DE GIORGI CEZZI, *Libertà dalla paura. Verso nuove forme di libertà per la collettività?*, in www.federalismi.it, 18 marzo 2020.

4 Si richiede l'attento apporto di tutte le scienze ed una equilibrata, trasparente e condivisa ponderazione politica. Già nel 2013 l'ANAC aveva osservato: “Attualmente l'immagine dell'Italia è quella di un Paese a elevato grado di corruzione percepita sia da parte dei cittadini che da parte di imprese e analisti”, in *Rapporto sul primo anno di attuazione della legge n. 190/2012*. Come osservato: “Secondo il rapporto Anac la prevenzione alla corruzione deve basarsi su quattro strumenti che devono coinvolgere più livelli di governo: trasparenza, formazione, codici di comportamento e analisi del rischio. Quando però a essere implicati sono proprio i soggetti che assumono ruoli chiave nell'amministrazione, quanto possono essere efficaci questi strumenti?”, D. CORBETTA, *Il caso Mose e il fallimento della normativa anticorruzione*, in *Paginauno*, 39, ottobre - novembre 2014.

5 L.R. PERFETTI, *L'eguaglianza come «compito della repubblica», la fondazione dell'eguaglianza nei diritti e le contrastanti evoluzioni dell'ordinamento repubblicano*, in *PA Persona e amministrazione*, 2021, II, 13 ss.

mento della convinzione per cui l'efficiente attuazione della Costituzione si misura con la efficiente gestione delle risorse pubbliche⁶.

La Costituzione deve riprendere il ruolo di Norma fondamentale capace di guidare il legislatore, ma anche di imporre l'attuazione di quei valori e principi che sovrastano e si impongono all'attività politica ed amministrativa⁷.

Il primo passo, pertanto, è rappresentato dalla necessità che il legislatore persegua il benessere del popolo sovrano, attuando il disegno costituzionale e guidando l'amministrazione nella concretizzazione dello stesso⁸.

Ciò significa che l'atto politico deve trovare un limite chiaro e ben delineato nella Costituzione⁹ e, a sua volta, imporre precisi limiti all'attività ammi-

6 La stessa Corte costituzionale pare avere elevato la finanza pubblica a rango di interesse primario ridimensionando, tra l'altro, con il vincolo del patto di stabilità, l'azione degli enti locali nel settore delle politiche sociali e dei servizi alla persona. Cfr., C. Cost., n. 196/2018. G. SCACCIA, *Il bilancio quale strumento di responsabilità democratica nella giurisprudenza costituzionale*, in *www.dirittoecon.it*, 2/2020. La legge 243 del 2012, infatti, ha esteso i principi della legge n. 1 del 2012 all'intero comparto delle pubbliche amministrazioni, inclusi gli enti territoriali, in modo da integrare quanto stabilito dal nuovo art. 97 Cost., nel tentativo di rispettare i vincoli imposti dall'Unione europea.

7 L'amministrazione non agisce liberamente ma è titolare di specifici doveri per la soddisfazione dei quali è attribuito il potere,

F. GOGGIAMANI, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino, 2005, 76; S. DETTORI, *Coordinamento e dovere d'ufficio nella logica dell'interdipendenza amministrativa*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2020, cit., 36; M. MONTEDURO, *Il provvedimento amministrativo: natura e caratteri*, in G. CARLOTTI, A. CLINI (a cura di), *Diritto amministrativo. Tomo primo – Parte sostanziale*, Santarcangelo di Romagna, 2014, 105 ss.; F.G. SCOCA, M.R. SPASIANO, *Nozioni introduttive*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2017, 3 ss. Significativamente A. ZITO *Il sistema della performance della pubblica amministrazione tra disegno organizzativo e svolgimento della funzione*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2020, II, 588, si può sinteticamente ricordare come la pubblica amministrazione “sia dalla Costituzione qualificata non tanto o non soltanto in termine di un potere, che pur godendo di autonomia, è comunque strumentale rispetto all'attuazione dell'indirizzo politico; non tanto o non soltanto come attore al servizio della collettività e dei cittadini; quanto prima ancora come soggetto che è subordinato necessariamente all'intero sistema dei principi e dei valori costituzionali della cui attuazione deve essere garante nel momento in cui si accinge a curare in concreto l'interesse pubblico affidato alle sue cure”.

8 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. Da più parti si auspica un necessario salto di qualità nella serietà e nell'etica dell'amministrazione.

9 Quel “nucleo irriducibile del diritto [...] protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto”» Corte cost., sentenze nn. 509/2000; 252/2001; 111/2005; 432/2005; 162/2007; 219/2008; 354/2008; 10/2010; 269/2010; 299/2010; 61/2011; 62/2013; 203/2016; 95/2016; 275/2016; 83/2019; 55/2019; 206/2019; 240/2019; 152/2020; 260/2020; 263/2020. Specifica G. SILVESTRI, *L'abuso del diritto nel diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, cit. 7 ss., per tutti i diritti fondamentali enunciati e tute-

nistrativa¹⁰. Solo così si consente una più rigida applicazione dello stato di diritto e si limita la possibilità che la discrezionalità, prima politica e poi amministrativa, si trasformi in arbitrio¹¹.

Un tale strumento potrebbe coincidere con una seria programmazione politica¹². Diviene imprescindibile la necessaria identificazione dell'interesse pubblico, necessariamente variabile ma non per questo indefinito, nonché la completa e puntuale programmazione per la sua concretizzazione, strumento indispensabile per delineare il parametro oggettivo capace di eliminare l'arbitrio del potere politico ed amministrativo, riducendo drasticamente l'alveo del merito a favore della discrezionalità¹³.

La programmazione, partendo dalla analisi dei bisogni della collettività, consente di impostare nel modo migliore possibile l'attività amministrativa al

lati nella Costituzione “nucleo essenziale è, di volta in volta, individuato dal giudice delle leggi in base a criteri non prefissati, ma comunque riferibili al dato costituzionale [...] questa ‘flessibilità’, legata a situazioni storiche di natura culturale, economica e sociale, non è in contrasto con la ‘certezza del diritto’, da molti invocata per ridurre al massimo l’incidenza dei principi costituzionali nell’ordinamento giuridico, ma al contrario, serve a garantire la certezza e l’effettività del diritto costituzionale, che possiede – non lo si dimentichi! – la peculiarità di dettare un dover essere normativo anche al potere legislativo. Negare ciò significherebbe negare le basi stesse dello Stato costituzionale”.

10 Osserva A. MAZZIOTTI, *La più importante delle riforme*, cit.: “Sarebbe sicuramente possibile smetterla di ‘amministrare per legge’, lasciando all’amministrazione il ruolo, per l’appunto, di amministrare, e quindi di gestire le risorse destinate alle misure di piccola dimensione nei settori di propria competenza”. Sul punto si veda già ampiamente F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità. La decostruzione del diritto amministrativo*, Bologna, 2007.

11 Corte Cost., ordinanza n. 17/2019: non è giustificabile “qualunque prassi si affermi nelle aule parlamentari, anche *contra Constitutionem*. Anzi, occorre arginare gli usi che conducono a un progressivo scostamento dai principi costituzionali, per prevenire una graduale ma inesorabile violazione delle forme dell’esercizio del potere legislativo, il cui rispetto appare essenziale affinché la legge parlamentare non smarrisca il ruolo di momento di conciliazione, in forma pubblica e democratica, dei diversi principi e interessi in gioco”.

12 Come spesso accade ciò che serve lo abbiamo già, solo dobbiamo valutarlo, utilizzarlo, renderci conto delle sue potenzialità. La storia passata e recente ci ha dimostrato che in un Paese capitalista solo buoni propositi possono rimanere, “e proprio in una società e in un momento storico in cui crisi economica e crisi di valori procedono di pari passo quali conseguenze aberranti dell’alienante civiltà dei consumi e in cui l’individuo ha necessariamente smarrito il senso della propria dignità di essere umano”, D. CORBETTA, *Il caso Mosè*, cit., menzionando K. MARX, *Il Capitale*.

13 La scelta di consentire a soggetti privati di partecipare alla definizione e implementazione delle politiche pubbliche può offrire spazio per fenomeni di collusione tra il governo e un gruppo di portatori di interesse. Inoltre il controllo e la realizzazione delle scelte di interesse pubblico lasciati al settore privato non necessariamente garantiscono la pluralità di tutti i portatori di interesse.

fine di soddisfare l'interesse pubblico, garantendo trasparenza, confronto e responsabilità¹⁴.

Per lungo tempo ci si è sforzati di adottare sempre più rigide forme di controllo (e trasparenza) nei confronti della pubblica amministrazione, ma tali misure si ritiene siano destinate a fallire se i vertici della PA e gli organi di governo sfuggono a qualsiasi censura grazie al merito amministrativo o all'insindacabilità politica.

Pertanto, anziché incentrarsi sulle regole che possono assicurare l'autonomia del dirigente rispetto ai condizionamenti del potere politico e garantire imparzialità delle scelte (autorganizzazione e autonomia decisionale nell'attuazione del disegno normativo)¹⁵, soluzione sempre più ardua da perseguire dinanzi all'ampia attuazione della sussidiarietà in senso verticale, si tenterà, in questo scritto, di individuare nella obiettivizzazione lo strumento per trasparenza, controllo e responsabilità¹⁶.

Si tralasceranno approfondimenti in merito alla posizione legittimante per concentrarsi sulla ricerca di fonti e strumenti giuridici che potrebbero garantire un controllo maggiormente pregnante nei confronti dell'attività politica e, di conseguenza, dell'attuazione amministrativa, garantendo realizzazione di fini pubblici e conseguimento del miglior livello di vita possibile.

2. “Principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale” e “diritti inalienabili della persona umana”

Espressioni quali “principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale” e “diritti inalienabili della persona umana”, hanno costituito il limite

14 M. D'ORSOGNA, Programmazione strategica e attività decisionale della Pubblica Amministrazione, Torino, 2001.

15 M. INTERLANDI, *Il principio di separazione tra politica e amministrazione: una "storia difficile"*, in *Dirittifondamentali.it* – Fasc. 1/2018. Recentemente, A. BLASINI, M. BRAY, L. CASINI, M. CONTICELLI, A. L. DE CESARIS, L. FIORENTINO, S. NERI, M. RIDOLFI, E. SCHNEIDER, S. SIMONE, *I responsabili dell'efficienza: politica vs burocrazia*, in *Riv. trim. dir. pubblico*, fasc.4, 1 dicembre 2021, 1215 ss.

16 F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, in *Scritti Giuridici*, Vol. 1, Monografie e Manuali, Milano, 2006, 905: “Il grande sforzo al quale è chiamato il futuro, è proprio quello di raggiungere il massimo possibile di conoscenze obiettive da porre alla base delle decisioni politiche”.

alla primazia del diritto europeo su quello nazionale¹⁷; non si è, però, mai chiarito quale fosse il nocciolo duro che deve essere sempre garantito, anche qualora si rendessero necessari, come accade in questo periodo storico, rigorosi bilanciamenti che mai dovrebbero portare all'annullamento di un diritto a favore dell'espansione illimitata di altro diritto¹⁸.

Eppure le sopra citate espressioni si riferiscono a limiti espressi, introdotti dalla Consulta per limitare il potere politico europeo e, ciò nonostante, sono rimasti senza alcuna definizione concreta.

L'Unione europea ha imposto la primazia del mercato e il nostro ordinamento ha, poco per volta, sacrificato in suo nome principi fondamentali e diritti inalienabili della persona umana, quasi a voler ritenere coincidente l'attuazione costituzionale con la buona amministrazione finanziaria di cui all'art. 317, co. 1 TFUE¹⁹.

17 In tal senso la giurisprudenza inaugurata da Corte Cost., 27 dicembre 1973, n. 183, sentenza Frontini; Id., 5 giugno 1984, n. 170, sentenza *Granital*. Più recentemente la Corte Costituzionale, sentenza n. 73/2001, ha specificato: “L’orientamento di apertura dell’ordinamento italiano nei confronti sia delle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute, sia delle norme internazionali convenzionali incontra i limiti necessari a garantire l’identità e quindi, innanzitutto, i limiti derivanti dalla Costituzione. Ciò vale perfino nei casi in cui la Costituzione stessa offre all’adattamento al diritto internazionale uno specifico fondamento, idoneo a conferire alle norme introdotte nell’ordinamento italiano un particolare valore giuridico. I ‘principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale’ e i ‘diritti inalienabili della persona’ costituiscono infatti limite all’ingresso tanto delle norme internazionali generalmente riconosciute alle quali l’ordinamento giuridico italiano ‘si conforma’ secondo l’art. 10, primo comma, della Costituzione (sentenza n. 48 del 1979); quanto delle norme contenute in trattati istitutivi di organizzazioni internazionali aventi gli scopi indicati dall’art. 11 della Costituzione o derivanti da tali organizzazioni (sentenze nn. 183 del 1973; 176 del 1981; 170 del 1984; 232 del 1989 e 168 del 1991)”.

18 A nulla vale obiettare che in situazioni emergenziali la ponderazione politica lascia il posto all’oggettività scientifica. Quando la ricerca scientifica procede al fine di raggiungere uno specifico obiettivo di rilevanza anche politica, essa si differenzia dalla ricerca pura (*research science*), sia per il diverso utilizzo che se ne fa nel discorso pubblico, sia per il maggior grado di integrazione che presenta con considerazioni di tipo politico, cfr. S. JASANOFF, *Procedural Choices in Regulatory Science*, in *RISK: Health, Safety and Environment*, 2/4, 1993, 143-160; M. TALLACCHINI, *Scienza e diritto. Prospettive di co-produzione*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2, 2012, 313-336. L’influenza della conoscenza scientifica sulla produzione legislativa non esime dal rispetto del Testo Costituzionale poiché l’incertezza che caratterizza le evidenze scientifiche è sempre e necessariamente colmata con valutazioni politiche che tengono in considerazione fattori sociali, politici ed economici.

19 Si veda, M. FLORIO, *La privatizzazione della conoscenza*, Bari, 2021, il quale spiega come ogni evento che caratterizza i nostri tempi (alluvioni, pandemie, cambiamento climatico) costituisca presupposto per il supporto pubblico a ricerca ed investimenti privati e, concretamente, spen-

Proprio la crisi economica “ormai progressiva ed endemica” ha, però, inasprito quel sentimento diffuso di insoddisfazione e sfiducia nei confronti dei governanti a vari livelli: internazionali, dell'Unione Europea e nazionali²⁰.

Ora, facendo tesoro degli strumenti elaborati dalla Corte di Giustizia per garantire l'efficace attuazione del diritto europeo²¹, la concretizzazione del Testo costituzionale dovrebbe imporre l'adozione di atti politici chiari e specifici nel fine, imprescindibile presupposto per un'efficace azione amministrativa, ca-

dita di ingenti somme di risorse pubbliche che si traducono in enormi profitti privati: l'impresa privata – nel settore biomedico, dell'energia e del digitale – si appropria delle conoscenze generate dalla ricerca pubblica per trasformarle in rendite finanziarie, protette da granitiche posizioni di oligopolio. Soltanto una nuova e diversa attenzione ai diritti fondamentali consentirà di utilizzare privatizzazioni e mercato a vantaggio della concretizzazione dei diritti fondamentali.

20 F. MERUSI, *Introduzione ai possibili antidoti alla cattiva amministrazione. A che cosa possono servire le riforme amministrative*, relazione tenuta al Convegno APIDA 2016, *Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme*, in www.aipda.it, dove si precisa altresì che i governati “non sembrano fare nulla per invertire il ciclo economico negativo e quel che fanno anzi ha l'effetto opposto, accentua la crisi e in non pochi casi ne estende gli effetti a nuovi soggetti, creando nuovi ed indesiderati effetti negativi che aumentano la sfiducia nei propri governanti. I politici sono ‘cattivi cristiani’ nell'inerzia e nell'azione”. E ancora: “Quel che invece rileva ai fini della nostra ricerca è lo strano modo con cui i politici, ai vari livelli di governo, hanno inteso ‘distrarre’ l'opinione pubblica dagli effetti dei mancati o addirittura negativi interventi macro economici per invertire il ciclo economico generatore degli effetti sfiducianti nei cittadini. La ‘distrazione’ è stata ed è realizzata attraverso le ‘riforme amministrative’. Riformando l'Amministrazione si interverrebbe sull'attività economica e, conseguentemente, se ne favorirebbe lo sviluppo ... riconquistando così la fiducia dei cittadini”.

21 Corte Giust., sez. V, 11 dicembre 2014, causa C-440/13, *Croce Amica One Italia S.r.l. c. Azienda Regionale Emergenza Urgenza (AREU) e Governo italiano*; Id., 18 giugno 2002, causa C-92/00, *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs v. Stadt Wien*, punti 55, 62 e 68; Id., 2 giugno 2005, causa C-15/04, *Koppensteiner*, punto 34. Afferma la Corte di Giustizia che spetta all'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro designare gli organi degli Stati membri responsabili delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione di appalti pubblici per risolvere le controversie che mettono in discussione diritti individuali risultanti dall'ordinamento giuridico europeo. Come si sottolineerà nel prosieguo del presente lavoro si ritiene che a maggior ragione occorre che l'ordinamento nazionale predisponga strumenti volti ad evitare che restino inattuati diritti costituzionalmente riconosciuti. Sempre secondo il giudice europeo, in mancanza di una normativa dell'Unione specifica in materia, le modalità del controllo giurisdizionale devono essere stabilite attraverso norme processuali nazionali, nel rispetto dei principi di equivalenza e di effettività e al legislatore nazionale è consentito accordare ai giudici poteri più estesi, funzionali all'esercizio di un controllo in materia di opportunità. La stessa Corte ha altresì precisato che, anche nel caso in cui le autorità aggiudicatrici godano, in forza della normativa nazionale applicabile, di un'ampia discrezionalità per quanto concerne la revoca del bando di gara, le giurisdizioni nazionali devono poter verificare, ai sensi della Dir. 89/665/CE, la compatibilità di una decisione di revoca con le norme del diritto dell'Unione pertinenti. Come osserverò più avanti, se al giudice è consentito il controllo dell'opportunità per garantire l'effettività del diritto europeo, pare evidente che un analogo potere debba essere riconosciuto per garantire l'effettività del Testo costituzionale.

pace di garantire l'attuazione di quel "nucleo duro", costituzionalmente non modificabile (e, per questa parte, non rimesso a scelte contingenti di atti sub-costituzionali), che coincide in definitiva con lo stesso "nucleo irriducibile" dei diritti inviolabili dei quali l'interesse pubblico è formula di sintesi giuridica²².

Si aprirebbe così anche un controllo della buona amministrazione, principio che si riferisce alla determinazione dell'interesse pubblico nonché all'organizzazione delle risorse per realizzarlo.

Una preventiva programmazione delle scelte politiche e amministrative, doverosa esplicitazione della Costituzione²³, potrebbe consentire una prefigurazione delle finalità e obiettivi che si intendono perseguire, il controllo della conformità degli stessi al dettato costituzionale, un coerente disegno complessivo ed una accurata e responsabile ponderazione; limiterebbe il compromesso politico e la pratica degli emendamenti giustificati da interessi individuali²⁴, consentirebbe di abbandonare l'arbitrio dell'atto politico, costituirebbe le fondamenta per una amministrazione efficace²⁵.

22 Così, M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una prospettiva ricostruttiva*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 2/2020, 572.

23 Il principio di pianificazione, come osservato da R. DIPACE, *L'attività di programmazione come presupposto di decisioni amministrative*, in *aipta.it*, relazione convegno 2017 "Decisioni amministrative e processi deliberativi", permea la Costituzione e trova ancoraggio, quanto alla politica economica e finanziaria dello Stato sia nel primo comma dell'art. 97 Cost. sia nell'art. 81 Cost. che, nel prevedere il principio di legalità delle spese pubbliche, esige una disciplina orientata alla programmazione e al conseguente controllo delle stesse; all'art. 41, co. 3 (la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali); all'art. 44 (proprietà fondiaria, anche attraverso la previsione dell'utilizzo razionale del suolo); all'art. 47 (credito). Anche nell'art. 117 molte delle materie attribuite alla potestà legislativa concorrente sono soggette a vario titolo ad attività di pianificazione e programmazione (tutela dell'ambiente, governo del territorio, tutela della salute, istruzione, grandi reti di trasporto). Si veda già G. AMATO, *La programmazione come metodo dell'azione regionale*, in *Riv. it. dir. pubbl.* 1971, 413.

24 Osserva M.A. SANDULLI, *Semplificazione amministrativa e amministrazione di risultati*, in M. IMMORDINO – A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit. 230: "non si può parlare di risultati (garanzia di risultati, responsabilità dei risultati) se non si hanno e non si danno degli obiettivi chiari e definiti, di cui sia possibile non solo agli operatori e agli interlocutori, ma anche alla collettività, verificare l'effettivo perseguimento in un quadro di certezza delle "regole del gioco" e di trasparenza della loro applicazione e attuazione".

25 M. S. GIANNINI, *La programmazione dal punto di vista giuridico*, in *Scritti*, vol. VI, Milano, 2005, 1091.

L'insindacabilità dell'atto politico si ritiene possa così seguire lo stesso percorso già intrapreso per l'atto amministrativo, laddove l'elaborazione dei principi e l'ampliamento del vizio dell'eccesso di potere hanno consentito il necessario ridimensionamento del merito amministrativo a vantaggio dell'effettività della tutela²⁶.

Il risultato, come è stato evidenziato, dovrebbe consentire alle parti di ottenere, e al giudice amministrativo di assicurare, quella pienezza della tutela dell'interesse legittimo, espressamente proclamata dall'art. 1 del c.p.a. e, prima ancora, desumibile dall'art. 24 Cost²⁷.

Più in particolare, il diritto dell'Unione europea è certamente riuscito ad imporsi con effettività rispetto al Testo costituzionale, concretizzando i principi del diritto dell'economia mediante l'imposizione dell'interpretazione funzionale, capace di guidare l'interprete e garantire il conseguimento del risultato imposto dalla disposizione europea, anche se non direttamente applicabile²⁸. Potrebbe essere, quindi, questa la via da seguire anche nel diritto interno, dove il legislatore è chiamato ad implementare il Testo costituzionale e il giudice amministrativo a verificare il conseguimento dei fini/obiettivi prestabiliti.

In caso di inadempimento il solco tracciato con la sentenza *Francovich*²⁹ potrebbe costituire la via per affermare la responsabilità per omesso o cattivo

26 Cfr. M. SICA, *Argomenti di diritto amministrativo*, (a cura di) G. GRECO, M. CAFAGNO, D.-U. GALETTA, M. RAMAJOLI, M. SICA, volume I, parte generale, Lezioni, Milano, 2021, secondo il quale: “Il baricentro del giudizio risulta sempre più spostato dall'atto al rapporto (nel senso che non si discute più solamente della legittimità o illegittimità dell'atto impugnato, ma anche della spettanza o meno del bene della vita, “condizionato” dall'esercizio — o dal mancato esercizio — del potere amministrativo.)”. In giurisprudenza, Cons. Stato, ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3; Cass., sez. un., 23 dicembre 2008, n. 30254, che, come ritenuto dallo stesso A., “si è basata per tale valutazione su ‘più indici normativi?’ (quali l'impugnazione con motivi aggiunti, il potere del Giudice di non annullare l'atto solo inficiato da vizi formali, nei casi di cui all'art. 21-*octies*, c. 2, l. 241/1990, il potere del Giudice di pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa nei casi di silenzio, ecc.)”.

27 M. SICA, *Argomenti di diritto amministrativo*, cit.

28 Tra le tante, Corte Giust., 25 febbraio 1999, causa C-131/97, *Carbonari*.

29 Corte Giust., 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich*.

esercizio dell'attività politica: sarà esclusa l'applicazione diretta del Testo costituzionale ma non la responsabilità degli organi politici e amministrativi.

D'altra parte è possibile per il giudice nazionale, in presenza di un principio generale del diritto europeo, non applicare la norma nazionale mediante il sindacato diffuso di legittimità europea³⁰ e il dettato dell'art. 6, par. 3 del Trattato di Lisbona stabilisce che "I diritti fondamentali, garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, (...) fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali".

Se anche si ritenesse di attribuire al Testo costituzionale una efficacia inferiore rispetto ai principi dell'Unione europea, saranno i diritti fondamentali europei a dover essere invocati, anziché quelli desumibili dalla Costituzione ma, ritenuta la sostanziale coincidenza tra diritti fondamentali nazionali ed europei, pare il risultato non cambi, si perderebbe soltanto l'occasione di ragionare in termini di sovranità nazionale.

Il solco da tempo tracciato potrebbe essere ormai pronto per consentire di affermare che i diritti garantiti dalla Cedu sono suscettibili di ricevere immediata applicazione nel nostro ordinamento, con disapplicazione della normativa interna con essi in conflitto, aprendo la via per il sindacato dell'atto politico³¹.

30 Corte Giust., 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold*.

31 L'art. 2 Cost. garantisce i diritti inviolabili dell'uomo e, di conseguenza, le norme della Convenzione europea. Come osservato dalla Corte di Cassazione, Cass. pen., sez. I, 32678/06, *Somogyi*, "è corretto parlare di particolare forza di resistenza della normativa di origine convenzionale rispetto alla normativa ordinaria successiva. Tale particolare forza di resistenza - che la dottrina generalmente rapporta ora al criterio *lex generalis non derogat priori specialis* ora alla garanzia costituzionale connessa al principio *pacta recepta sunt servanda* - è dovuta alla natura di principi generali dell'ordinamento che alle disposizioni della Convenzione deve essere riconosciuta, in conseguenza del loro inserimento nell'ordinamento italiano. Tale conclusione, che si imponeva da tempo ai sensi dell'art. 2 Cost., ha trovato un esplicito riconoscimento nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità (sent. Nold del 14 maggio 1974; sent. Hauer del 13 dicembre 1979; ecc.). Affermando, invero, di dover tener conto nella sua attività giurisdizionale anche dei principi generali del diritto, sanciti dalla Convenzione europea, la Corte ha in effetti chiarito che di tali principi avrebbero già dovuto tener conto i giudici nazionali (e ciò pur nell'ipotesi in cui non fossero state esaurite le vie di gravame interno e la decisione del giudice nazionale non potesse considerarsi definitiva). E tale conclusione ha ora trovato la sua consacrazione nell'art. F del Trattato di Maastricht, secondo cui l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali".

Significativo potrebbe essere il parallelo con il giudizio di infrazione o di constatazione di inadempienza (artt. 258-260 TFUE), proposto dalla Commissione dell'Unione europea innanzi alla Corte di giustizia in tutti i casi di violazione del diritto europeo compiuta dagli Stati membri con atti normativi o amministrativi³². Trattasi di una forma di giurisdizione oggettiva, in cui l'azione della Commissione è preordinata a garantire l'applicazione del diritto europeo e non a tutelare una sua posizione soggettiva, assunta come lesa³³.

L'introduzione di un tale sindacato nell'ordinamento nazionale garantirebbe il controllo delle scelte politiche riconducendole a decisioni volte a garantire la corretta attuazione dei diritti e libertà fondamentali a scapito degli interessi dei singoli partiti politici.

L'attuazione del Testo costituzionale non sarebbe più alla mercé del partito politico di maggioranza o dei privati coinvolti nelle scelte per la realizzazione dell'interesse pubblico.

3. La forza ritrovata della Costituzione e dei principi che la caratterizzano

Ha precisato la Corte Costituzionale, come si vedrà più diffusamente *infra*, che gli spazi della discrezionalità politica trovano i loro confini nei principi di natura giuridica posti dall'ordinamento, tanto a livello costituzionale quanto a livello legislativo³⁴.

Si tratta, quindi, di focalizzarsi su una più attenta lettura della Costituzione e dei principi in essa contenuti, evitando di considerarli vuoti contenitori da riempire arbitrariamente, ma quali obbiettivi inderogabili da esplicitare attraverso accurata programmazione politica che perde il privilegio di legiferare nell'em-

32 Osserva la Corte di Cassazione: "la legge 648/55, provvedendo a ratificare e rendere esecutiva la Convenzione, ha introdotto nell'ordinamento interno i diritti fondamentali, aventi natura di diritti soggettivi pubblici, previsti dal titolo primo della Convenzione e in gran parte coincidenti con quelli già indicati nell'articolo 2 della Costituzione, rispetto al quale il dettato della Convenzione assume una portata confermativa ed esemplificativa", Cass. civ., sez. un., 23 dicembre 2005, n. 28507; Id., sez. un., 26 gennaio 2004, nn. 1338, 1339, 1340, 1341.

33 M. SICA, *Argomenti di diritto amministrativo*, cit.

34 Corte Cost., n. 81/2012, punto 4.2.

genza e si impegna a prestabilire il livello di qualità di vita possibile, contemperando diritti e libertà fondamentali al fine di perseguire risultati prefissati³⁵.

Proprio tale programmazione, non meramente formale e generica, potrà costituire valido parametro per sindacare l'attività politico-amministrativa, garantire l'attuazione del Testo costituzionale e far emergere la responsabilità³⁶.

Adempiendo al proprio dovere d'ufficio, il funzionario pubblico provvederà alla concretizzazione della programmazione, ponendo in essere tutte le at-

35 Corte Cost. sentenza 15 dicembre 1988, n. 1146: "Questa Corte, del resto, ha già riconosciuto in numerose decisioni come i principi supremi dell'ordinamento costituzionale abbiano una valenza superiore rispetto alle altre norme o leggi di rango costituzionale, sia quando ha ritenuto che anche le disposizioni del Concordato, le quali godono della particolare "copertura costituzionale" fornita dall'art. 7, comma secondo, Cost., non si sottraggono all'accertamento della loro conformità ai "principi supremi dell'ordinamento costituzionale" (v. sent. nn. 30 del 1971, 12 del 1972, 175 del 1973, 1 del 1977, 18 del 1982), sia quando ha affermato che la legge di esecuzione del Trattato della CEE può essere assoggettata al sindacato di questa Corte "in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana" (v. sentt. nn. 183 del 1973, 170 del 1984). Non si può, pertanto, negare che questa Corte sia competente a giudicare sulla conformità delle leggi di revisione costituzionale e delle altre leggi costituzionali anche nei confronti dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale. Se così non fosse, del resto, si porrebbe all'assurdo di considerare il sistema di garanzie giurisdizionali della Costituzione come difettoso o non effettivo proprio in relazione alle sue norme di più elevato valore".

36 Oltre al giudice amministrativo, che nell'elaborazione giurisprudenziale dei principi che regolano l'attività amministrativa ha ampliato le ipotesi riconducibili al vizio di eccesso di potere, la Corte di Giustizia UE ha, fin dai primi arresti, sottolineato il ruolo dei principi generali e, grazie ad essi, assicurato l'applicazione effettiva del diritto europeo negli stati membri (in particolare, principio dell'effetto utile che impone l'esercizio di attività ermeneutica nei confronti dell'intero ordinamento nazionale, senza alcuna limitazione alla norma di recepimento ma estesa a disposizioni sia anteriori che posteriori alla direttiva da attuare, Corte Giust., 5 ottobre 2005, cause C-397/01 e C-403/01, *Pfeiffer*). L'obbligo di interpretazione conforme ha imposto poi agli organi nazionali di conseguire il risultato voluto dall'ordinamento europeo. Ora, se - come osservato - il concetto di interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea acquista un significato diverso da quello concernente il rapporto fra norma e Costituzione nell'ordinamento interno: in quest'ultimo caso mira a salvaguardare l'unità e coerenza dell'ordinamento, mentre nel caso del diritto europeo l'interpretazione adeguatrice è la chiave che consente l'effettività del diritto europeo (cfr. E. SCODITTI, *Giudici europei: dialogo ascendente e discendente. La prospettiva del giudice comune nazionale*, relazione all'incontro di studio sul tema "I giudici e la globalizzazione: il dialogo tra le corti nazionali e soprannazionali", Roma 22-24 giugno 2009, Consiglio Superiore della Magistratura, in *www.csm.it*; L. DANIELE, *Forme e conseguenze dell'impatto del diritto comunitario sul diritto processuale interno*, in *Dir. un. eur.*, 2001, 71 ss.), si può qui osservare che la semplice coerenza del sistema non è sufficiente a garantire l'attuazione e l'effettività delle norme costituzionali. Una disposizione normativa può non essere in contrasto con la Costituzione, ma nello stesso tempo inidonea a garantire diritti e libertà. Per il diritto europeo l'ermeneutica conforme rappresenta un rimedio nazionale per garantire tutela dei diritti attribuiti ai singoli dalle direttive, che consente ai giudici nazionali di realizzare, mediante il ricorso a norme interne, le finalità perseguite dalle direttive stesse, pur in presenza di loro violazioni da parte dello Stato. Se al Testo costituzionale riconosciamo un valore precettivo (seppure non direttamente

tività propedeutiche al procedimento che portino all'efficace attuazione (comportamento amministrativo a cui il funzionario pubblico è tenuto in adempimento del proprio dovere d'ufficio) di attività organizzativa, conoscitiva, di coordinamento, etc.³⁷.

L'affermazione della responsabilità extracontrattuale e precontrattuale, consentirà di identificare nel funzionario colui che esercita il potere nell'ambito della competenza attribuita e ne risponde nei confronti dei cittadini³⁸.

Il primo interprete chiamato a confrontarsi con la Carta costituzionale è il legislatore, coadiuvato dagli organi costituzionali, in adempimento a quel dovere di attuazione che deve soddisfare l'affidamento del popolo sovrano.

E' innegabile che l'attuazione della Costituzione richieda l'intervento del legislatore, non prestandosi ad una immediata applicazione e necessitando di specifiche azioni affinché i diritti e le libertà in essa contenute trovino completa realizzazione³⁹.

applicabile), può essere possibile consegnare al giudice il controllo dell'atto politico e della responsabilità per violazione dei diritti fondamentali. Cfr. Corte Giust., 10 aprile 1984, causa C-14/83, *Von Colson*; Id., 13 novembre 1990, causa C-106/89, *Marleasing*.

37 S. DETTORI, *Coordinamento e dovere d'ufficio nella logica dell'interdipendenza amministrativa*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 1/2020, 37 ss.

38 La corruzione può minacciare drasticamente la fiducia dei cittadini nelle pubbliche amministrazioni quando è determinata dal fallimento di individui che devono rispondere dei loro comportamenti e, soprattutto, quando il sistema fallisce nel chiedere di rendergliene conto. Poiché la corruzione generalmente dipende dalla segretezza (a meno che, nel peggiore dei casi, non sia contemporaneamente endemica ed esplicita), l'antidoto è *l'open government*, che permette ai cittadini di esercitare i loro diritti democratici e di vigilare sul sistema esecutivo e sulla magistratura, e assicura l'accesso alle informazioni permettendo di verificare le performance attraverso gli organi parlamentari, la società civile e il giornalismo investigativo. La trasparenza scoraggia e localizza le azioni corruttive – fornendo una protezione contro i possibili abusi di potere ed intercettando le violazioni quando si manifestano. Cfr. *Guida pratica per una pubblica amministrazione di qualità*, in <http://ec.europa.eu/esf/toolbox>.

39 Sulla riferibilità di adempimento dei doveri inderogabili di cui all'art. 2 Cost. anche alle pubbliche amministrazioni, cfr. M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una prospettiva ricostruttiva*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 2/2020, 526 ss., il quale conclude affermando che sul piano soggettivo la titolarità dei «doveri inderogabili di solidarietà» di cui all'art. 2 Cost., può essere imputata anche alle pubbliche amministrazioni (pag. 532), si esprime in termini di *funzione pubblica di rilievo costituzionale*, evidenziando come, accanto ai doveri inderogabili «individuali» o «personali», imputati ai soggetti privati o in quanto singoli o in quanto associati in formazioni sociali (ad esempio, i doveri di cui agli artt. 4 c. 2, 17 c. 3, 18 c. 2, 30 c. 1, 48 c. 2, 52, 53, 54 c. 1, XII disp. trans. c. 1, Cost.), sono evincibili dal testo costituzionale anche doveri inderogabili «funzionali» o «istituzionali», imputati a organi e soggetti pubblici di rilievo costituzionale in seno alla Repubblica. Si vedano anche F. GOGGIA-

Pare, però, altresì evidente che le previsioni costituzionali pongano precisi limiti all'attività politica e specifici doveri di attuazione, comprimono le sfere di autonomia e di discrezionalità dei soggetti pubblici, i quali sono chiamati a esplicare il diritto a stare bene e il livello di qualità di vita possibile, programmando le azioni necessarie per conseguire i risultati in modo che il popolo sovrano possa valutare se le aspettative sono state soddisfatte.

Il controllo giurisdizionale sugli atti amministrativi si è fatto, per mano del giudice amministrativo, sempre più pregnante, fino a ridurre significativamente il c.d. "merito", tanto che recentemente si è ritenuto di ricondurre le regole che interagiscono sulla valutazione discrezionale alla categoria della buona amministrazione o nell'alveo delle regole giuridiche censurabili attraverso i criteri di correttezza e diligenza⁴⁰, fino a giungere al riconoscimento della responsabilità precontrattuale per lesione dell'affidamento.

Si può tentare, anche nei confronti delle scelte politiche, di intraprendere un percorso analogo a quello che ha caratterizzato l'attività amministrativa⁴¹, al fine di evitare che scelte insindacabili continuino a perpetrarsi consentendo il conseguimento di interessi di parte a danno dell'interesse pubblico o, peggio, si continui a legiferare rincorrendo l'emergenza.

Come l'attività amministrativa non può compiersi in violazione del principio di legalità (raggiungimento dei fini indicati dalla legge, come disposto dall'art. 1, co. 1, L. n. 241/1990) e degli altri principi richiamati dalla legge sul

MANI, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino, 2005; G. ROSSI, *Introduzione al diritto amministrativo*, Torino, 2000, 81; Id., *Interessi e amministrazioni pubbliche. Gli interessi a soddisfazione necessaria*, in *Il diritto amministrativo nell'evoluzione della scienza giuridica. Saggi e scritti scelti di Giampaolo Rossi*, Vol. I. *Il metodo e la teoria generale. Nozioni elementari e gradazioni* (a cura di D. D'Alessandro e D. Pappano), Torino, 2019, 105 ss.; L.R. PERFETTI, *La pubblica amministrazione come dovere*, in *Scritti per F.G. Scoca*, Napoli, 2020, vol. IV; S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, 2016; L. CARLASSARE, *Solidarietà: un progetto politico*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2016. In giurisprudenza, Corte Cost. 16 dicembre 1971, n. 208; Id., 3 novembre 2010, n. 331; Cons. Giust. Amm. Reg. Sic. 25 luglio 2017, n. 343.

40 G. MORBIDELLI, *Separazione tra politica e amministrazione e discrezionalità amministrativa*, in *Scritti per F.G. Scoca*, Napoli, 2020, vol. IV, 3700 ss., ed *ivi* l'accurata ricostruzione dottrinale.

41 Tali principi, come è stato ricordato, sono utilizzati anche al fine di assorbire le differenti regole di esperienza, deontologiche, sociali, di correttezza, di equità, ecc. che inevitabilmente condizionano ogni decisione amministrativa. A. POLICE, *Principi e azione amministrativa*, in *Diritto amministrativo*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2014, 192 ss.

procedimento, così il mancato raggiungimento dei fini imposti dalla Costituzione come specificati dalla politica (e dei principi Costituzionali preordinati all'attuazione e concretizzazione della stessa) si tradurrebbe in responsabilità per inadempimento o cattivo adempimento.

Elaborare criteri oggettivi consentirebbe di conciliare un potere “libero” e dotato di *vis* creativa con il necessario rispetto della Costituzione, strumento imprescindibile che deve conformare le scelte politiche secondo proporzionalità, adeguatezza, coerenza e ragionevolezza, rendendole idonee a coniugare fattori di carattere culturale, di prassi, di clima, storici con i parametri normativi.

Se il modo in cui il potere è esercitato nella gestione delle risorse economiche e sociali per lo sviluppo di un Paese costituisce la *governance*, quest'ultima può definirsi come la capacità di raggiungere gli obiettivi politici dichiarati, in linea con i principi ed i valori dell'integrità, il rispetto della legge, la trasparenza, la responsabilità amministrativa, l'efficienza e l'efficacia⁴².

Capacità amministrativa ed istituzionale, miglioramento della qualità della legislazione, certezza del diritto e strategie politiche chiare, oltre a un sistema giudiziario efficiente, sono stati i requisiti utilizzati dall'ordinamento europeo per garantire l'effettività degli obiettivi; si ritiene fondamentale diventare i requisiti dell'ordinamento nazionale per assicurare l'implementazione della Costituzione.

D'altra parte, se discrezionalità e merito, intesi come spazio di azione per garantire scelte ottimali, sono fondamentali per lo sviluppo del Paese, occorre che i cittadini possano controllarne il corretto esercizio attraverso parametri oggettivi.

L'attuale tendenza che vuole il ridimensionamento della discrezionalità amministrativa a vantaggio di quella politica attualmente incensurabile, comporta, da un lato, la sottrazione del potere di concretizzare diritti e libertà fon-

⁴² Si prescinde qui da valutazioni sull'opportunità che lo sviluppo socio-economico possa essere guidato dal solo soggetto pubblico o si renda necessario l'intervento privato. Si vuole evidenziare la necessità di perseguire gli obiettivi politicamente indicati indipendentemente dalle risorse pubbliche o private impiegate.

damentali al sindacato del giudice amministrativo e, dall'altro, un automatismo nelle scelte amministrative che potrebbe contrastare con l'efficienza⁴³.

La programmazione dei fini e obiettivi da perseguire non deve incidere sulla capacità discrezionale all'amministrazione che, con riferimento alle singole situazioni, dovrà poter disporre dei mezzi più adeguati.

La tanto rappresentata differenza tra discrezionalità politica e discrezionalità amministrativa, dove la prima è insindacabile e di parte mentre la seconda è sindacabile e imparziale, non ha mai trovato un confine preciso e spesso erode lo spazio del controllo giurisdizionale, vanificando gli sforzi compiuti per rendere effettiva la tutela.

D'altra parte è innegabile si tratti di istituti che, da un punto di vista sostanziale, non presentano differenze se non per la natura dell'organo che si attiva⁴⁴.

E proprio l'evoluzione dell'eccesso di potere che, dalla concezione tradizionale (figure sintomatiche), si è ampliato grazie ai principi generali ed alle prescrizioni europee (ragionevolezza, proporzionalità, efficacia, economicità, precauzione)⁴⁵, ha consentito un controllo dell'azione amministrativa tale da

43 G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna 2014, 139, osserva altresì come tale orientamento si traduca anche in aumento di costi e perdita di efficienza. L'Autore indica la discrezionalità come scelta che delinea un'opzione strategica dell'amministrazione e riflette la visione complessiva degli obiettivi e dei mezzi dell'azione pubblica elaborata in sede di indirizzo politico, ispirata ad obiettivi di massimizzazione dell'interesse pubblico. Considera poi come la limitazione progressiva della sfera discrezionale, che consente di assicurare un bilanciamento tra esigenze di conformazione e istanze di flessibilità, si presti ad essere analizzata in termini di costi benefici: limitare la discrezionalità presenta costi che crescono con l'aumentare dei vincoli. Circostringere la discrezionalità, secondo Napolitano, incontra *ex ante* elevati costi di decisione e, inevitabilmente, incide sull'esercizio della funzione, riducendo la capacità delle amministrazioni di adattarsi alle circostanze e al loro mutare. L'affermazione è condivisibile laddove la programmazione si traduca in eccesso di regole che vincolano l'Amministrazione, non se, secondo l'insegnamento europeo, si adotta un approccio finalistico, di risultato, lasciando libera l'Amministrazione di raggiungerlo come più opportuno.

44 L.R. PERFETTI, *Legge-provvedimento, emergenza e giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 1021 ss., dove si osserva che, la legge-provvedimento è espressione della volontà della maggioranza politica in cooperazione tra Parlamento e Governo e con la legge-provvedimento, il gruppo di potere che esprime la maggioranza parlamentare sottrae alle garanzie della giurisdizione una decisione per sua natura amministrativa.

45 F. MERUSI, *I principi del diritto e la discrezionalità amministrativa. Un nuovo eccesso di potere amministrativo*, in G. PIZZANELLI (a cura di), *Passato e presente del diritto amministrativo. Liber amicorum in onore di Alberto Massera*, Napoli, 2017, 12; ID., *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napo-

rendere “flebile e vacillante” la insicura distinzione tra merito e legittimità e, nello stesso tempo, di superare l’incensurabilità di valutazioni di opportunità politica in contrasto con i “principi-valore”⁴⁶.

Inglobato il merito nella discrezionalità e sottoposto al vaglio dei “principi-valore” occorre chiedersi se vi sia ancora spazio per l’insindacabilità politica.

4. La separazione tra politica e amministrazione. Difficoltà attuali

Confermato il primato della politica, si ritiene che la nostra Costituzione, alla luce dell’evoluzione subita da nozioni quali potere, autorità e interesse pubblico, imponga di assicurare al popolo sovrano quegli strumenti indispensabili per garantire che l’alternanza dei partiti non si trasformi in alternanza di interessi di parte da perseguire a scapito dei diritti e libertà fondamentali.

Se, da un lato, deve essere evitata la trasformazione dell’amministrazione in strumento in mano alla politica, nello stesso tempo l’evoluzione del diritto amministrativo e l’elaborazione del principio di legalità hanno dimostrato come non vi sia più spazio per un potere libero perché ogni potere deve rigorosamente essere esercitato entro precisi parametri.

Indirizzo politico e amministrazione imparziale sono i mezzi che la Costituzione (artt. 95 e 97) richiama per garantire la sua corretta attuazione.

Ora, poiché l’amministrazione è inevitabilmente sottoposta alla direzione politica, se si vuole garantire al popolo sovrano un controllo sull’attività pubblica, oltre al sindacato dell’attività amministrativa, occorre un più pregnante sindacato sull’attività politica e, *in primis*, valorizzare i parametri Costituzionali e l’attività di programmazione, quale riferimento oggettivo di valutazione⁴⁷.

li, 2011.

46 G. MORBIDELLI, *Separazione tra politica e amministrazione e discrezionalità amministrativa*, cit., 3716; A. PIRAS, *Invalidità (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 611, che già metteva in risalto come l’ampliamento della giurisdizione di legittimità finisse con il comprendere l’ambito riservato al merito.

47 V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atto politico e atto di alta amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 1015 ss.

La scelta di coinvolgere il popolo sovrano, attraverso gli istituti della partecipazione procedimentale, trasparenza, accesso ai documenti (foia e accesso civico) e *class action*, non ha consentito di far emergere la cattiva amministrazione e garantire l'efficace attuazione della Costituzione; semmai si sono rivelati utili a garantire l'effettività della tutela delle posizioni di singoli lesi dall'agire amministrativo. Finora gli sforzi compiuti nel tentare di separare attività politica ed amministrativa⁴⁸ non hanno conseguito i risultati sperati in termini di incremento di maggiore efficacia dell'apparato pubblico, qualità della vita, benessere⁴⁹.

48 La legge 7 agosto 2015, n. 124, 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.

49 G. MARONGIU, *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, ora in ID., *La democrazia come problema*, I. *Diritto, amministrazione ed economia*, Bologna, 1994, 256 e 257: "la funzione d'indirizzo non nasce e muore nell'ambito del potere e delle decisioni politiche; essa si realizza come una forza dinamica che parte dalle sedi in cui il potere è politico – quindi responsabile socialmente – e si prolunga, via via, nelle diverse funzioni, legislativa ed amministrativa, assumendo forma ed efficacia diverse, ma non perdendo niente della sua forza iniziale". Sul problema del rapporto tra politica e amministrazione, tra i molti, A. M. SANDULLI, *Governo e amministrazione*, (1966), ora in *Scritti giuridici*, I, *Diritto costituzionale*, Napoli, 1990, 273 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Il potere amministrativo e l'assetto costituzionale delle funzioni di governo*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 59; G. AZZARITI, *Modelli di amministrazione e trasformazione dello Stato*, in *Pol. Dir.*, 1996, 529 ss.; U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 23 ss.; G. MORBIDELLI, *La pubblica amministrazione nella Costituzione*, in *Lezioni magistrali di diritto costituzionale*, a cura di A. VIGNUDELLI, Modena, 2012, 90 ss.; M. CLARICH, *Corte Costituzionale e Spoil System, ovvero il ripristino di un rapporto più corretto tra politica e amministrazione*, in *astrid-online.it*, marzo 2007; M. NIGRO, *La pubblica amministrazione tra costituzione formale e costituzione materiale*, ora in *Scritti*, cit., III, 1848. Come sottolineato da F. MERUSI, *Introduzione ai possibili antidoti alla cattiva amministrazione*, cit.: "nella disciplina nazionale volta a prevenire la corruzione e l'arbitrio del pubblico potere "Non c'è la distinzione fra amministratori elettivi e amministratori pubblici impiegati se non

L'accurata programmazione politica di attuazione del Testo fondamentale può evitare arbitrio nelle scelte e un'amministrazione parziale, scongiurando che l'interesse dei singoli partiti politici, spesso foriero dei limiti costituzionali, leda l'affidamento dei cittadini⁵⁰.

L'art. 14, d. lgs. n. 165/2001, denominato "indirizzo politico-amministrativo", prevede che il Ministro periodicamente, e comunque ogni anno entro 10 giorni dalla pubblicazione della legge di bilancio, debba provvedere a definire "obiettivi, priorità, piani e programmi da attuare" ed emanare "direttive generali per l'attività amministrativa e per la gestione".

Tale direttiva generale deve attuare le linee di indirizzo del programma di governo nel rispetto delle scelte di bilancio ed è proprio nelle prime che deve radicarsi il principio di buona amministrazione⁵¹.

L'atto di indirizzo risponde al principio costituzionale di buona amministrazione, assicurando una azione coerente ed adeguata da parte dell'ammini-

con riferimento al divieto di nomina e al divieto di eleggibilità di amministratori oggetto di procedimenti penali o di responsabilità per danno erariale in cui si accomunano dirigenti amministrativi e amministratori elettivi. Previsioni inibitorie che, accompagnate da modificazioni del codice penale per i reati di concussione e di corruzione estendendone la fattispecie ha inevitabilmente dato luogo ad un prevedibile aumento della giustizia 'politica' che di solito si risolve nella fase inquisitoria, ma che a nient'altro serve se non a introdurre ostacoli per gli avversari nella dialettica politica. Ai fini del nostro discorso poco importa se l'azione parta spontaneamente dalle procure, penali o della Corte dei Conti, oppure su sollecitazione di terzi. Ma, al di là di queste prevenzioni riferibili agli amministratori elettivi e a quelli dirigenziali (la cui nomina è anch'essa di matrice politica), non è prevista una normativa anticorruzione differenziata per amministratori elettivi e amministratori professionali le cui motivazioni 'corruttive' sono intuitivamente di matrice diversa, così come le occasioni per 'peccare'".

50 Cfr. U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, 23. Osserva G. MORBIDELLI, *Separazione tra politica e amministrazione e discrezionalità amministrativa*, cit., 3718: "nelle democrazie parlamentari l'azione del Governo è legata agli interessi delle forze di maggioranza, mentre l'azione amministrativa è vincolata a perseguire le finalità pubbliche legittimamente individuate dagli organi di indirizzo politico, fatto salvo il potere di controllo che questi possono esercitare secondo la formula 'i funzionari amministrano, i ministri controllano'. Su quest'ultimo aspetto, M. CLARICH, *Corte Costituzionale e Spoil System, ovvero il ripristino di un rapporto più corretto tra politica e amministrazione*, in *astrid-online.it*, marzo 2007.

51 Corte dei Conti, Sez. riun., 27 aprile 1998, n. 25, in *Lav. pubbl. amm.*, 1999, 907, dove si legge che esiste una stretta connessione tra riforma del bilancio dello Stato di cui alla legge n. 94/1997 e la valorizzazione del potere ministeriale di indirizzo di cui al d.lgs. n. 29/1993. In particolare, come la riforma del bilancio ha avuto lo scopo di valorizzare il ruolo del Parlamento nella definizione delle politiche pubbliche e delle missioni da affidare all'apparato esecutivo, così la valorizzazione del potere ministeriale di indirizzo costituisce essenziale strumento di raccordo tra momento politico e momento gestionale.

strazione e, nello stesso tempo, costituisce efficace strumento di controllo, divenendo strumento essenziale sia per la definizione delle rispettive competenze sia ai fini delle responsabilità⁵².

5. Segue: L'attuazione politica e amministrativa

La Costituzione all'art. 97 prevede che la legge debba assicurare il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione, specificando al successivo art. 98 che i pubblici impiegati "sono al servizio esclusivo della Nazione".

Tali principi si riferiscono a coloro cui è imputato l'esercizio di funzioni pubbliche, pubblici agenti che, in quanto titolari di organi e di uffici, esercitano attività amministrativa e politica.

Indipendentemente dal fatto che il titolare svolga pubblica funzione per incarico politico o per professione, è tenuto ad agire con disciplina e onore, con imparzialità, esclusivamente al servizio della Nazione, ovvero del popolo sovrano.

Pur trattandosi di doveri oggettivizzabili con l'ausilio dei principi, si è preferito inizialmente tenerli nell'alveo del merito incensurabile per poi cedere dinnanzi al primato del mercato e identificarli con efficienza e produttività, parametri tipici del differente settore privato⁵³.

Pare, infatti, innegabile -e qui risiede la profonda differenza tra diritto pubblico e diritto privato che dovrebbe spingere a riflettere quando si prendono a prestito parametri tipici di altro settore- che, se l'attività efficiente non può

52 G. MORBIDELLI, *Separazione tra politica e amministrazione e discrezionalità amministrativa*, cit., 3726; M. NIGRO *Silvio Spaventa e la giurisdizione amministrativa come problema politico* in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1996, 871; Corte Conti, Sez. contr., 16 febbraio 1996 n. 35 in *Cons. Stato*, 1996, II, 1061; ID., 28 luglio 1995 n. 104 in *Foro It.*, 1996, II, 608.

53 Per fare un esempio, il sistema universitario italiano è stato fortemente influenzato da considerazioni in parte imposte dall'Unione europea, legate alla globalizzazione, e in parte imposte a livello nazionale dove hanno imposto una risistemazione aderente all'ottica manageriale al fine di ridurre la spesa pubblica, a scapito dell'indipendenza del sapere. Come osservato lo stesso finanziamento della ricerca scientifica è volto a privilegiare la ricerca applicata a scapito di quella di base, cfr. B. RABAI, *C'era una volta il carattere libero e indipendente del sapere accademico*, in *Nuove autonomie*, 2020, 203 ss. Tali tendenze si rivelano difficilmente compatibili con il Testo costituzionale che garantisce autonomia e libertà di ricerca scientifica e di insegnamento il pluralismo e lo sviluppo di un pensiero critico libero da condizionamenti politici ed economici.

che rispecchiare l'amministrazione efficiente, deve però essere sottolineato che efficienza non è sinonimo di benessere sociale⁵⁴.

Proprio tale finalità impone di rivedere il primato del mercato a scapito degli altri diritti e libertà fondamentali, una differente lettura della Costituzione che, da insieme di norme formali ed astratte che escludono ogni finalità contenutistica, si presta ad una interpretazione che ne rilevi specifiche finalità che si impongono alla valutazione politica ed alla attuazione amministrativa⁵⁵.

Si limita così l'attività politica, creando parametri sindacabili, le finalità indicate devono trarre giustificazione all'interno della norma costituzionale e sono controllabili nelle successive scelte che si concretizzano nelle previsioni normative di riparto di competenza tra le singole amministrazioni.

Si vuole, in altre parole, trovare nel Testo costituzionale un limite oggettivo al valore della vita e alla qualità della stessa, al fine di escludere soluzioni eccessivamente a vantaggio di alcuni diritti politicamente valutati preminenti rispetto ad altri e soprattutto garantire l'affidamento del popolo sovrano.

54 Non si condivide F. MERUSI, *Introduzione ai possibili antidoti alla cattiva amministrazione*, cit., il quale, rifacendosi al parere del giudice amministrativo, ritiene indispensabile, al fine di valutare la buona amministrazione, l'applicazione di criteri di economia aziendale: "Qual è la misura della 'buona amministrazione' che permette di stabilire se una diversa amministrazione sia cattiva? La risposta non può essere lasciata a giudizi di valore o a valutazioni di tipo soggettivo, ma deve risultare da criteri scientifici in quanto verificabili. Una risposta che ritengo adeguata si trova nel parere reso dal Consiglio di Stato a proposito della legge n. 124, il c.d. parere Frattini, nel quale è dato leggere: 'In particolare, accanto alle tradizionali misure di eliminazione di oneri e controlli gravanti sull'attività economica, le politiche pubbliche devono prevedere specifiche misure tecniche – spesso multidisciplinari – quali il perfezionamento del test di proporzionalità, la compliance *analysis*, il confronto costi-benefici, l'analisi (più economica che giuridica) dell'effettività della concorrenza, l'empowerment del consumatore, tenendo conto anche delle indicazioni dell'economia comportamentale (la cd. *behavioural regulation*). Per non parlare della necessità di un 'monitoraggio' delle riforme amministrative, capace di registrarne ex post gli effetti concreti e di raccogliere le reazioni di cittadini e operatori economici. Tale ultimo strumento, anch'esso multidisciplinare, è forse quello attualmente più studiato nelle sedi internazionali ed è quello tradizionalmente più carente ..., pur essendo uno dei più efficaci per un successo 'effettivo' delle riforme". il Consiglio di Stato indica l'opportunità di giudicare le riforme amministrative sulla base di strumenti utilizzati nell'economia aziendale per misurare gli effetti dell'attività di una struttura aziendale e per misurare gli effetti di una data organizzazione rispetto agli scopi che si vogliono raggiungere con la sua attività.

55 L'art. 2 Cost. declina i doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale come precondizione per il godimento dei diritti inviolabili dell'uomo. Cfr. M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una prospettiva ricostruttiva*, cit., 537.

Non si ignora che il periodo in cui stiamo vivendo si caratterizzi per incertezza giuridica e scientifica. In ambito scientifico-tecnologico si è decisamente superato il dogma della infallibilità della scienza che, assunta all'interno delle dinamiche giuridiche, acquista natura ontologicamente “incerta” e “in divenire”⁵⁶. E sicuramente “se anche vi è una riserva di competenza del sapere scientifico, il problema del rapporto fra scienza e diritto, e delle riserve di competenza dell'una (la scienza) e dell'altro (il diritto), resta un problema più che mai aperto ed attuale”⁵⁷.

Ora, se tanto il potere scientifico quanto quello politico si trovano in un rapporto di funzionalità rispetto al principio di legalità costituzionale, trovando nel Testo fondamentale la propria fonte di legittimazione, di fronte ad una scienza sempre più incerta e di conseguenza meno neutra, è inevitabile un “elevato tasso di politicità e di opinabilità delle scelte tecniche”. I principi di prevenzione e precauzione non esautorano dall'obbligo di programmazione; l'esercizio di qualsiasi potere “ha la necessità di essere limitato e disciplinato rigorosamente ad opera dei pubblici poteri, nel rispetto dei principi fondamentali che reggono lo Stato di diritto”⁵⁸.

Dovrebbe conseguire che, se la scienza costituisce ausilio irrinunciabile del potere politico per innovazione normativa e attuazione della Costituzione, la stessa deve restare sindacabile sotto il profilo della ragionevolezza: “il diritto, trovandosi a regolare una scienza incerta (...), deve da un lato esprimere valutazioni sul sapere scientifico, dall'altro rendere ragione (anche) della scientificità

56 Già G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza: due premesse per l'indipendenza del giudice*, in *Diritto pubblico*, n. 2, 2004, 411, definiva quello tra scienza e diritto come un rapporto tra due incertezze: “la crisi delle certezze investe sia la scienza nel suo complesso che la scienza del diritto in particolare”, tanto che i concetti dominanti appaiono essere non già la verità e la certezza, ma, al contrario, l'errore e l'incertezza; si veda altresì, F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Milano, 2001, 111-112; C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012.

57 D. PULITANÒ, *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 3, 2008, 1021. Interessanti osservazioni in F.A. GORIA, *La politica del diritto nella gestione di un'epidemia, fra incertezze scientifiche e bilanciamento di interessi. Prime indagini sulla fillossera della vite in Francia, 1863-1879*, in corso di pubblicazione in *Riv. di storia del dir. it.*

58 F. SALMONI, *Le norme tecniche*, cit., 88.

delle proprie scelte”⁵⁹. L’ottimale realizzazione dei valori costituzionali deve comunque sempre rappresentare l’obbiettivo da perseguire⁶⁰.

Certamente l’esplicitazione e programmazione dell’attuazione del Testo costituzionale non escluderà del tutto l’ambito della discrezionalità politica incensurabile, ma sarà tale da evitare, attraverso la ragionevolezza, che la ricerca scientifica si trasformi in strumento malleabile per giustificare scelte politiche in contrasto con il Testo Costituzionale.

Vero che la legge n. 87/1953, all’art. 28 prevede che “il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull’uso del potere discrezionale del Parlamento”, ma è proprio sull’ambito del potere discrezionale che occorre incentrare l’attenzione.

Trattasi di ambito che la stessa Corte Costituzionale ha ritenuto variabile nei termini applicativi⁶¹ e il ricorso sempre più ampio al principio di precauzione dinnanzi ad incertezza scientifica richiede attente ponderazioni tra problematiche ambientalistiche, tutela della salute, rilevanti interessi economici coin-

59 M. TALLACCHINI, *Ambiente e diritto della scienza incerta*, in S. Grassi, M. Cecchetti, A. Andronio (a cura di), *Ambiente e diritto*, vol. I, Firenze, Olschki, 2010, 81.

60 G. D’AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina, 2008, 287, il quale a pag. 17 osserva: “non v’è nulla di straordinariamente nuovo nelle aperture delle Corti alle più recenti acquisizioni scientifiche, anzi, questa capacità dei parametri costituzionali di farsi modellare dai variegati fenomeni sociali è, in un certo senso, scritta già nel dna delle Costituzioni contemporanee”. Significativa di tale ragionamento è una recente ordinanza del CGA, 17 gennaio 2022, n. 38, dove al fine di valutare se sollevare l’incidente di costituzionalità di disciplina normativa, si richiede un supplemento di istruttoria, affidato ad apposito organo composto dal Segretario generale del Ministero della Salute, dal Presidente del Consiglio superiore della sanità operante presso il Ministero della salute e dal Direttore della Direzione generale di prevenzione sanitaria, con facoltà di delega o di farsi coadiuvare per la raccolta dei dati. Tale Organo dovrà inoltrare una dettagliata relazione su specifici quesiti predisposti dal Collegio, tali da chiarire il corretto esercizio dell’attività legislativa e, in particolare se la scelta politica rispetti “le condizioni dettate dalla Corte in tema di compressione della libertà di autodeterminazione sanitaria dei cittadini in ambito vaccinale”.

61 Cfr. Corte Cost., nn. 414/1995; 114/1998; 185/1998; 121/1999; 188/2000; 282/2002; 116/2006; 8/2011; 162/2014; 274/2014, dove, in tema di limiti all’esercizio della libertà di iniziativa economica, si afferma “l’imposizione di limiti all’esercizio della libertà di iniziativa economica, sulla base dei principi di prevenzione e precauzione nell’interesse dell’ambiente e della salute umana, può essere giustificata costituzionalmente solo sulla base di “indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi, di norma nazionali o sovranazionali, a ciò deputati, dato l’essenziale rilievo che, a questi fini, rivestono gli organi tecnico scientifici”.

volti, rischio per la vita nonché valutazione delle implicazioni sui diritti e libertà fondamentali (libertà fisica, diritto alla riservatezza, ...) ⁶².

Il percorso potrebbe seguire i solchi di quello già intrapreso dalla giurisprudenza amministrativa che, se inizialmente restia ad affrontare direttamente il merito della questione (inesattezza della soluzione/legittimità del provvedimento), dichiarando inammissibili le censure e le istanze dirette a introdurre un sindacato volto a conoscere ragionevolezza ed attendibilità dell'applicazione di valutazioni tecnico/scientifiche incerte ⁶³, sembra ora orientata a garantire un sindacato puntuale, volto a verificare se il sacrificio dell'interesse del privato ad opera dell'amministrazione sia motivato, plausibile, giustificato e condivisibile, superando così l'estraneità del giudice amministrativo nei confronti delle controversie tecnico-scientifiche ⁶⁴.

Proprio la circostanza che si tratti di un diritto fondamentale (esempio diritto alla salute) ha convinto il giudice amministrativo ad intraprendere un sindacato differente, che nulla ha a che vedere con la discrezionalità tecnica perché, nell'ambito delle scienze non esatte, il principio della ragionevolezza cambia veste, richiede nuovi parametri.

6. Segue: i mezzi garantiscono il risultato della programmazione e anch'essi sono sindacabili

62 A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Diritto pubblico*, 2004.

63 Cfr., per esempio, Cons. Stato, sez. VI, 1 ottobre 2002, n. 5156; Id., sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199, dove l'inesattezza della scienza economica e medica e, di conseguenza, l'impossibilità di fornire un quadro univoco di soluzioni, divengono presupposto per escludere il sindacato.

64 Cfr. già Cons. Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, riguardante questione medico-legale volta a stabilire se lo stress lavorativo potesse essere causa di un infarto per un magistrato con fattori di rischio. Il giudice amministrativo ha escluso che la questione medica rientrasse nel merito amministrativo, ritenendo che l'apprezzamento del giudice potesse sostituirsi a quello dell'amministrazione quando la soluzione dell'amministrazione in concreto risulti inattendibile "per l'insufficienza del criterio o per il vizio del procedimento applicativo". Si veda anche, Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926, dove, il Giudice amministrativo, nei confronti di "valutazioni complesse, rimesse in prima battuta all'Autorità garante", ha ritenuto di poter verificare l'analisi economica da questa compiuta, rivalutando sia le scelte tecniche che la corretta interpretazione dei concetti giuridici indeterminati alla fattispecie concreta dedotta in giudizio.

Ora, è evidente che una macchina da corsa, per vincere, non necessita soltanto di un eccellente pilota, assumendo pari rilevanza l'automobile, i materiali, la tecnologia impiegata.

Se l'organizzazione amministrativa è inefficiente, corrotta, senza risorse adeguate, l'attività procedimentale ed il provvedimento finale non saranno in grado di attuare e garantire diritti e libertà fondamentali⁶⁵.

Valutazioni esclusivamente basate sulla *performance* possono rivelarsi inutili, quando l'obiettivo non è concretamente predeterminato, e distorsive, quando la *performance* diviene il fine dell'attività posta in essere: l'attività di controllo non garantisce la realizzazione dei fini ma la premialità del dipendente⁶⁶.

Programmazione e conseguente investimento di mezzi (economici e umani) acquisisce particolare rilevanza proprio nella predisposizione delle unità organizzative e singoli uffici, nonché nella ripartizione dei compiti. E' in tale momento che le forme di corruzione trovano maggiore fertilità e la sola legittimità provvedimentale non è in grado di assicurare quel livello di qualità della vita che il legislatore si impegna a garantire nel rispetto del Testo costituzionale.

L'efficacia dell'azione amministrativa, l'attività di conoscenza e di preparazione dell'amministrazione, divengono elemento autonomo che non va più a fondersi e a perdersi nell'espletamento del procedimento e nei vizi di legittimità del provvedimento.

Come osservato, può parlarsi di discrezionalità organizzativa che consiste “in scelte di mezzi per raggiungere obiettivi dati. Nel caso, cioè, l'ambito della

65 Molte le forme di controllo introdotte per tentare di arginare inefficienza e corruzione: dalla procedimentalizzazione dell'agire al controllo della magistratura contabile, dal controllo di gestione a quello degli esiti dell'azione amministrativa senza, però, aver mai introdotto oggettivi parametri di confronto e lasciando le valutazioni alla stessa politica che influisce sull'organizzazione.

66 Si veda più ampiamente nei paragrafi successivi dove si cercherà di evidenziare come l'amministrazione di risultato abbia spesso significato l'adempimento di molteplici obblighi formali, quali l'adozione di appositi piani o programmi o direttive o altre forme di programmazione su molteplici aspetti, che hanno inciso sull'organizzazione ma non sull'attuazione di un ben determinato livello di qualità della vita. Gli atti di programmazione, infatti, rispondono a sole esigenze formali e spesso si identificano in obiettivi estremamente generici. D'altra parte non potrebbe essere altrimenti poiché le prime direttive generiche sono quelle impartite dai singoli Ministri e dal Governo.

discrezionalità sarà limitato alla scelta delle diverse possibili modalità organizzative con le quali si possono realizzare i diritti in questione, restando escluse scelte contrastanti con il perseguimento di tale obiettivo. L'attività amministrativa che eventualmente violi un obbligo del genere può essere considerata lesiva di un diritto⁶⁷.

Si offre così la possibilità al giudice di valutare le scelte di organizzazione utilizzando i principi di idoneità, necessità e proporzionalità rispetto al raggiungimento dell'obiettivo programmato prima in sede politica e poi dettagliato in sede amministrativa. Le scelte organizzative devono garantire la realizzazione dei diritti a prestazioni altrimenti sono illegittime ed annullabili perché tali da ledere i diritti costituzionali delle singole persone.

Lo spunto è offerto dalla disciplina sull'*in house*. La scelta dell'affidamento *in house* in nome del principio di autorganizzazione può ritenersi irragionevole e lesiva del principio della concorrenza di mercato perché l'eccesso di potere diviene idoneo a valutare la scelta amministrativa senza sconfinare nel merito⁶⁸.

7. Segue: discrezionalità organizzativa e legittimo affidamento

Altro principio che rileva e richiede tutela nei confronti della discrezionalità organizzativa è il principio del legittimo affidamento.

67 M. MONTEDURO, *L'organizzazione amministrativa: riflessioni sul pensiero di Domenico Sorace*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2020, 560 ss., dove, ripercorrendo il lavoro di D. Sorace, si afferma: "Illuminare lo spazio in penombra dei doveri organizzativi significa perciò, reciprocamente, porre il problema delle pretese all'organizzazione amministrativa da parte delle persone, titolari di interessi protetti dall'ordinamento in astratto, ma che dell'organizzazione abbisognano in concreto per essere garantiti. D. SORACE, *Diritto*, cit., 328, definisce la discrezionalità amministrativa come il potere di assumere un "insieme di scelte" tra le quali, "quale e quanto personale impiegare, insieme a quali e quanti mezzi materiali; come approvvigionarsene, se necessario; secondo quale disegno aggregarli in diversi apparati". Si veda già D. SORACE, *Promemoria per una nuova voce "Atto amministrativo"*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, 745, spec. 762.

68 G. CORSO, *Le norme costituzionali sull'organizzazione*, in AA.VV., *La pubblica amministrazione nella Costituzione: riflessioni e indicazioni di riforma*, Atti del XXXIX Convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna 1993), Milano, 1995, 44, secondo il quale l'adeguatezza delle scelte organizzative alla diversità e peculiarità delle situazioni, essenziale per la scelta di mezzi di volta in volta proporzionati ai fini, s'impone alla luce del principio costituzionale di buon andamento.

I cittadini sviluppano un affidamento nei confronti dell'organizzazione e delle prestazioni erogate dall'amministrazione e tale affidamento può ritenersi leso qualora intervengano improvvise e irragionevoli modifiche organizzative che incidono negativamente su prestazioni e servizi⁶⁹.

Se esigenze dettate da efficienza economica hanno visto negli algoritmi e nell'automazione del processo decisionale della PA la soluzione ottimale⁷⁰, nella convinzione che la soluzione più idonea fosse rimuovere o ridurre la discrezio-

69 Significativa è la pronuncia del TAR Molise, sez. I, 22 maggio 2018, n. 306 (recepisce Cons. Stato, sez. III, ordinanza 13 ottobre 2017, n. 4477) dove si afferma che se “la scelta di rimodulare la rete dei laboratori di analisi e le concrete modalità attuative prescelte a fini di ottimizzazione [...] sono caratterizzate da ampia discrezionalità organizzativa”, “la discrezionalità tuttavia deve necessariamente essere esercitata secondo ragionevolezza” e si evidenzia “la necessità di un periodo transitorio di adeguamento dell'assetto esistente al nuovo modello” in attuazione del principio di proporzionalità che impone di contemperare “le aspettative degli operatori maturate alla luce del previgente assetto organizzativo con le finalità di ottimizzazione ed economicità del servizio sottese nel nuovo modello organizzativo approvato”. Si veda anche TAR Lombardia-Milano, sez. III, 26 aprile 2016, n. 811, che ha annullato la deliberazione della giunta comunale che aveva disposto la soppressione dell'ufficio legale comunale, perché “viene in sostanza a negare la necessità e l'opportunità stessa dell'esistenza di un settore/servizio legale all'interno del Comune, ponendosi in evidente contrasto con la precedente organizzazione”.

70 L'inefficienza dei differenti controlli ha consigliato nuove forme di supervisione, cercando di porre in essere controlli sempre più penetranti per garantire la riduzione delle occasioni di corruzione. La soluzione è stata individuata nella riduzione dell'intervento del pubblico, attraverso liberalizzazioni e privatizzazioni nella convinzione che il mercato e le regole della libera concorrenza coincidano con gestione efficiente. Si è poi cercato di ridurre lo spazio di azione lasciato all'amministrazione mediante l'agire informatizzato. Informatizzazione come strumento di attuazione dei principi costituzionali del buon andamento e imparzialità. Gli artt. 41 e 50, d.lgs. n. 82/2005 (Codice dell'amministrazione digitale - CAD), così come l'art. 3-bis, l. n. 241/1990, incentivano l'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione nella gestione dei procedimenti amministrativi, consentendo la fruizione e la riutilizzazione dei relativi dati raccolti dall'amministrazione, al fine di assicurare, ex art. 12 CAD, “la realizzazione degli obiettivi di efficienza, efficacia, economicità, imparzialità, trasparenza, semplificazione e partecipazione, nel rispetto dei principi di uguaglianza e di non discriminazione, nonché per l'effettivo riconoscimento dei diritti dei cittadini e delle imprese di cui al presente Codice in conformità con gli obiettivi indicati nel Piano triennale per l'informatica nella Pubblica Amministrazione”. Lo stesso Consiglio di Stato, con le sentenze del 13 dicembre 2019, nn. 8472, 8473 e 8474, ha riconosciuto nell'algoritmo uno strumento procedimentale istruttorio, lecito purché pienamente conoscibile e utile anche per assumere scelte discrezionali, che vanno prese assicurando l'intervento umano. Cfr. già A. MASUCCI, *Atto amministrativo informatico*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1997 Agg., vol. I, 221: “Nella scienza informatica il programma è descritto come l'insieme ordinato in sequenza di tutte le regole precise, inequivoche, analitiche, generali ed astratte formulate ex ante (cioè prima che si presentino concrete questioni da risolvere e senza riferimento specifico ad esse) la cui applicazione porta al risultato conseguito. Esso ha a fondamento un algoritmo ovvero l'enunciazione rigorosa delle operazioni logiche e di calcolo da eseguirsi su determinati dati, la cui successione conduce al raggiungimento di un determinato risultato”. I. MARTÌN DELGATO, *La riforma dell'amministrazione digitale: Un'opportunità per ripensare la pubblica Amministrazione*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA

nalità con la meccanizzazione, pare che un controllo di conformità, non limitato alla sola legittimità ed efficienza economica⁷¹, bensì di raggiungimento degli obiettivi di programmazione, quale risultato per l'attuazione del buon livello di vita possibile per il popolo, possa rappresentare un parametro oggettivo idoneo a tutelare la corretta attuazione del Testo costituzionale⁷².

Tale considerazione impone, però, l'abbandono del formalismo e genericità che spesso caratterizzano gli obiettivi formulati per i dipendenti pubblici, riconducibili in un aggravio di burocratizzazione perché consistenti in meri adempimenti formali (obblighi di pubblicazione, relazioni, redazione di programmi generici, riunioni).

La responsabilità dirigenziale, come disciplinata all'art. 21, co. 1, d.lgs. n. 165/2001, è ricondotta al mancato conseguimento di obiettivi genericamente individuati, prescindendo dai risultati sostanziali conseguiti che magari, seppure rispettosi di ogni adempimento prescritto, sono negativi.

(a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. La tecnificazione*, vol. IV, Firenze, 2017, 146; G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione, analisi predittiva e nuove forme di intelligibilità*, Napoli, 2019; C. NAPOLI, *Algoritmi, intelligenza artificiale e formazione della volontà pubblica: la decisione amministrativa e quella giudiziaria*, in *Rivista Aic*, n. 3, 2020; N. MUCIACCIA, *Algoritmi e procedimento decisionale: alcuni recenti arresti della giustizia amministrativa*, in *www.federalismi.it*, 15 aprile 2020; I. FORGIONE, *Il caso dell'accesso al software MIUR per l'assegnazione dei docenti*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 5, 2018, 647 ss.; M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *www.rivistaaic.it*, 2018; F. PATRONI GRIFFI, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in *www.giustizia_amministrativa.it*, 2018.

71 Come ben evidenziato da E. D'ALTERIO, *Dall'amministrazione di risultato all'amministrazione «performante»: storia di paradossi in tema di pubblico impiego*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2018, 488: "La nozione di «performance» è tanto efficace quanto fuorviante: è efficace perché identifica esattamente l'oggetto delle attività di misurazione e valutazione; è fuorviante perché induce a ritenere che la «performance» stessa (o, meglio, la sua premiazione) sia anche il fine delle predette attività".

72 D. SORACE, *Diritto*, cit., osserva che "l'ambito delle possibili scelte discrezionali è delimitato non solo da divieti ma anche da doveri positivi" che consistono nella finalizzazione delle scelte organizzative alla piena realizzazione dei diritti a prestazioni, per precisare a p. 339: "nei casi in cui dall'ordinamento (anche eventualmente in conseguenza di precedenti decisioni operate nell'esercizio di poteri discrezionali amministrativi) risultino dei diritti sociali consistenti in veri e propri diritti a prestazioni da parte di amministrazioni, l'ambito delle scelte discrezionali di queste ultime è limitato a quelle funzionali alla loro realizzazione. In tali casi, cioè, non soltanto non sarebbero ammissibili decisioni dirette a contraddire tali diritti ma neppure scelte che si ponessero un obiettivo diverso, per quanto di per sé non censurabile, da quello della loro realizzazione».

Riferendoci alla Costituzione, l'art. 54, al co. 1, sancisce il dovere di tutti i cittadini di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi, per poi specificare al co. 2, che i “cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche”, devono altresì osservare il dovere “di adempierle con disciplina ed onore, prestando giuramento nei casi stabiliti dalla legge”.

Emerge qui la nozione di dovere d'ufficio, avente quindi rango costituzionale, e intesa quale comportamento a cui il funzionario pubblico è tenuto in ragione dell'ufficio pubblico che ricopre, distinto ed autonomo rispetto alla procedimentalizzazione dell'attività che estrinseca l'esercizio del potere⁷³.

Come autorevolmente affermato il contenuto del dovere d'ufficio non si identifica con l'esercizio del potere, ma ricomprende tutta l'attività precedente, “che assume giuridico rilievo anche quando il potere non venga realizzato” e che “ha però una funzione propulsiva, se così può dirsi, rispetto all'atto di esercizio”⁷⁴.

Se, quindi, il dovere d'ufficio si colloca nel momento dell'agire per l'esercizio del potere, si potrebbe affermare il rilievo autonomo dell'organizzazione amministrativa quale predisposizione di mezzi e risorse per adempiere all'esercizio del potere, ovvero capacità di predisposizione di apparato adeguato ed efficiente per realizzare il potere esplicitato dalla programmazione.

L'organizzazione deve essere ‘modellata’ sugli interessi che concretamente deve curare, “il sistema degli interessi (dai più generali – e politici – a quelli settoriali e di raggio ancora più ristretto) ... esprime la sua massima ed imme-

73 Cfr. S. DETTORI, *Esercizio legittimo del potere di revoca e doveri di comportamento della pubblica amministrazione*, in *Dir. Amm.*, 4/2017, 861 ss. L'A. ritiene che dalla disposizione costituzionale discenda normativa alternativa alla legge sul procedimento e riferita al comportamento (882) e, nel successivo lavoro, S. DETTORI, *Coordinamento e dovere d'ufficio nella logica dell'interdipendenza amministrativa*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 1/2020, 37, specifica ulteriormente che vi è una doverosità che anticipa l'agire amministrativo e ne costituisce il presupposto: essa è data dal dovere d'ufficio, espressione della forza dinamica che scaturisce dall'ufficio pubblico in quanto soggettività tributaria di competenze il cui esercizio è imposto al funzionario che agisce per l'amministrazione.

74 F. LEDDA, *Il rifiuto del provvedimento amministrativo*, Torino, 1964, 86.

diata validità (vigenza) nel pretendere una 'propria' organizzazione, un'organizzazione che sia idonea a concretarli e ad attuarli"⁷⁵.

L'attività di organizzazione deve, pertanto, essere appropriata all'azione, ai suoi metodi e fini, con la conseguenza che la stessa può considerarsi "un inizio della stessa azione sostanziale" o meglio "un'attività di guida e di indirizzo di questa azione"⁷⁶.

Il potere d'organizzazione, "funzionalmente dipendente ed accessorio rispetto al potere di indirizzo"⁷⁷ e connaturato al potere di indirizzo politico-amministrativo⁷⁸, si insinua tra l'attività politica di programmazione, che consegna alla PA il dovere "generico e fondamentale, avente a contenuto il perseguimento degli scopi assegnati" ed i "doveri giuridici specifici" finalizzati alla realizzazione del "concreto oggetto dell'ufficio"⁷⁹.

8. L'effettiva tutela dei diritti fondamentali sulla scia del solco creato dall'orientamento giurisprudenziale imposto per gli appalti pubblici. L'etica quale ausilio per estendere il controllo della discrezionalità

Sempre prendendo spunto dal diritto dell'Unione europea e dall'evoluzione giurisprudenziale che ha concretizzato l'effettiva applicazione dei suoi precetti, il punto cruciale e imprescindibile pare essere quello di dotare l'organo giurisdizionale di adeguati strumenti per garantire la tutela dei diritti individuali risultanti dall'ordinamento giuridico europeo⁸⁰.

75 M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., 117- 118.

76 M. NIGRO, *L'azione dei pubblici poteri*, in *Manuale di Diritto pubblico*, a cura di G. Amato e A. Barbera, Bologna, 1991, spec. 706.

77 M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., 152.

78 Così A. MALTONI, *Organizzazioni pubbliche, organizzazioni private ed esercizio di funzioni amministrative. modifiche etero-imposte all'assetto organizzativo di enti privati per la salvaguardia di interessi pubblici essenziali*, in *Scritti per F.G. SCOCA*, Napoli, 2020, vol. IV, 3265.

79 F. LEDDA, *Il rifiuto del provvedimento amministrativo*, cit., 87: "il dovere cui si riferisce tale insegnamento è quello, generico e fondamentale, avente a contenuto il perseguimento degli scopi assegnati alla amministrazione pubblica: mentre se si ha riguardo a una realtà determinata, cioè ad un concreto oggetto dell'ufficio, l'esercizio del potere (mero strumento di realizzazione degli scopi anzidetti) è a propria volta assicurato dalla legge mediante la imposizione di doveri giuridici specifici".

80 Per esempio, Corte Giust. Ue, Sez. V, 11 dicembre 2014, causa C-440/13, *Croce Amica One Italia S.r.l. c. Azienda Regionale Emergenza Urgenza (AREU) e Governo italiano*. F. MERUSI, *Introduzione ai possibili antidoti alla cattiva amministrazione*, cit.: "Il modello istituzionale suggerito per ovviare alla corruzione è, nella sostanza, quello previsto per il 'ritorno alla virtù' inaugurato da

Così, in tema di autotutela, si è espressamente riconosciuto che il diritto europeo non osta a che gli Stati membri prevedano, nella loro legislazione, la possibilità di adottare una decisione di revoca di un bando di gara fondata su ragioni correlate in particolare alla valutazione dell'opportunità, dal punto di vista dell'interesse pubblico, di condurre a termine una procedura di aggiudicazione, tenuto conto, fra l'altro, dell'eventuale modifica del contesto economico, dal livello insufficiente di concorrenza o delle circostanze di fatto o, ancora, delle esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice interessata.

Si è, però, precisato che l'organo giurisdizionale, anche nel caso in cui le autorità aggiudicatrici godano, in forza della normativa nazionale applicabile, di un'ampia discrezionalità per quanto concerne la revoca del bando di gara, deve poter verificare la compatibilità di una decisione di revoca con le norme del diritto dell'Unione pertinenti, eventualmente accordando ai giudici poteri più estesi, funzionali all'esercizio di un controllo in materia di opportunità⁸¹.

L'autotutela amministrativa, infatti, se fosse lasciata alla piena discrezionalità della stazione appaltante, potrebbe anche essere utilizzata per finalità contrastanti con la disciplina sui pubblici appalti, per motivazioni diverse da quelle economiche, e tali da consentire discriminazioni tra le imprese, come nell'ipotesi in cui la revoca dell'aggiudicazione fosse utilizzata per favorire altro concorrente non aggiudicatario.

Saint Just nei suoi 'Frammenti delle istituzioni repubblicane' e poi, come è noto, applicato e complicato da altri 'rivoluzionari' nel secolo XX: 'le istituzioni costituiscono per il governo di un popolo libero la garanzia contro la corruzione dei costumi e per il popolo e i cittadini la garanzia contro la corruzione del governo. Bisogna di conseguenza concepire l'idea di incatenare il delitto mediante le istituzioni e di far praticare a tutti la giustizia e la probità'. E se, non lo fanno, con sanzioni, fino alla sanzione ultima della ghigliottina. Qual è nel nostro caso l'istituzione che dovrebbe "incatenare il delitto"? Un piano triennale anticorruzione ... previsto in apertura della legge n. 190 per tutte le pubbliche amministrazioni. Ma si può pianificare la virtù? Ma, al di là del nome, la legge anticorruzione non pretende di pianificare la virtù amministrativa (...)'.

81 Cfr. Corte Giust. Ue, 18 giugno 2002, causa C-92/00, *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs c. Stadt Wien*, dove si afferma: "La realizzazione integrale dell'obiettivo perseguito dalla Direttiva 89/665 sarebbe compromesso se si consentisse alle autorità aggiudicatrici di procedere alla revoca di un bando di gara per un appalto pubblico di servizi senza assoggettarle a procedure di controllo giurisdizionale volte a garantire sotto ogni profilo l'effettivo rispetto sia delle direttive che stabiliscono le norme sostanziali relative agli appalti pubblici, sia dei principi su cui si basano". Si cfr. anche Id., 2 giugno 2005, causa C-15/04, *Koppensteiner*.

Proprio al fine di tutelare l'attuazione dei diritti e principi europei, l'autotutela deve essere soggetta a sindacato e, anche nell'ipotesi in cui sia stata legittimamente esercitata, potrebbe comunque comportare responsabilità precontrattuale per lesione dell'affidamento.

L'approccio funzionale/finalistico che guida la giurisprudenza della Corte di Giustizia e impone di interpretare il diritto europeo alla luce dei principi, anche giurisprudenziali, che lo ispirano, può guidare il sindacato dell'atto politico e la consacrazione della responsabilità dell'organo politico, oltrechè amministrativo, nei confronti del popolo sovrano.

Molti sono i principi che possono essere di aiuto.

I principi dell'etica possono rappresentare lo strumento per modificare la cultura della politica e dell'attività amministrativa.

Principi quali competenza, imparzialità, disinteresse, lealtà e, nei confronti della PA, neutralità politica e adempimento alle prescrizioni, possono divenire parametri seri e oggettivi di valutazione.

I principi dell'azione amministrativa, tutti di discendenza costituzionale o di derivazione europea, quali vere e proprie regole di corretta amministrazione intesa in senso lato (attuazione e concretizzazione dei diritti e libertà fondamentali garantendo il migliore livello di vita possibile), non si limitano ad ampliare il sindacato di legittimità ma, come osservato, possono coincidere o ampliare i principi dell'etica pubblica, che pongono attenzione anche alla qualità del rapporto amministrazione/cittadino e attengono altresì al concreto funzionamento dei servizi (per esempio garantire servizi di trasporto nelle città adeguati all'utenza, treni decorosi, sistema sanitario di qualità, etc.)⁸².

Proprio tali principi, correttamente elaborati, insieme alla programmazione, potranno aprire spazio a responsabilità e controllo, riducendo l'arbitrio che

82 V. CERULLI, IRELLI, *Per una politica dell'etica pubblica nella disciplina delle funzioni amministrative*, in *astrid-online.it*, 8. Sui servizi pubblici economici si cfr. E. BRUTI LIBERATI, F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010.

ancora caratterizza l'esercizio della politica e l'ampio ambito del merito che connota gli atti amministrativi generali⁸³.

Infine, il principio di responsabilità, che accomuna tutte le istituzioni, potrebbe essere la soluzione per garantire l'impegno ad operare per il perseguimento di obiettivi comuni, al fine di realizzare al meglio i diritti e le condizioni di vita personali e collettive previste dall'ordinamento.

Corruzione e inefficacia del Testo costituzionale non operano sullo stesso piano: il pubblico dipendente può non essere corrotto ma violare il principio dell'etica pubblica oppure essere inadeguato per il lavoro assegnato. L'efficace attuazione dei diritti fondamentali impone buon andamento dell'amministrazione nel suo complesso e correttezza dei rapporti tra amministrazione e cittadini.

Ovviamente perché l'etica pubblica assuma il ruolo di strumento di controllo occorre, in primo luogo, intervenga un insieme di precisi interventi legislativi, capaci di programmare chiaramente l'attività amministrativa e una conseguente valida capacità organizzativa interna alle singole amministrazioni⁸⁴.

Non è sufficiente il rispetto delle norme per assicurare la legittimità dell'azione amministrativa. Se la PA opera al servizio dei cittadini e, di conseguenza, la sua azione non può mai essere libera, occorre che i principi che presidono l'esercizio del potere consentano di andare oltre il vizio di illegittimità per valutare il comportamento e verificare la cura degli interessi specificamente

83 Cfr. Corte Cost. sentenza 15 dicembre 1988, n. 1146, punto 2.1 in diritto, dove, al fine di legittimare la propria competenza a sindacare anche le leggi costituzionali rispetto a tali principi fondamentali, è precisato: "La Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana". Per riferimenti bibliografici e giurisprudenziali si rimanda a M. DOGLIANI, *Potere costituente e revisione costituzionale nella lotta per la costituzione*, in *Il futuro della costituzione*, a cura di G. ZAGREBELSKY, P.P. PORTINARO, J. LUTHER, Torino, 1996, 253.

84 La Costituzione impone al legislatore di organizzare i pubblici uffici, in modo da assicurarne il buon andamento, oltre che l'imparzialità dell'azione.

ad essa attribuiti: interessi che in una realtà complessa come la nostra sono spesso plurimi, a volte tra loro confliggenti, di natura pubblica, collettiva, privata⁸⁵.

L'etica pubblica può ricomprendere quel complesso di situazioni che disattendono prescrizioni e principi che disciplinano l'attività dei funzionari pubblici, politici e amministrativi; si deve prescindere dall'identificare l'etica con la morale ma oggettivizzarla per rendere responsabile il comportamento posto in essere.

9. Programmazione politica, programmazione amministrativa

Il D.lgs. n. 29 del 1993, avente ad oggetto “Razionalizzazione delle organizzazioni delle amministrazioni pubbliche e revisione della disciplina in materia di pubblico impiego”, novellato nel 1998 e poi confluito nel D.lgs. n. 165 del 2001, come s.m., pare consentire differenti interpretazioni e applicazioni maggiormente conformi a Costituzione⁸⁶.

Preme subito richiamare la pronuncia della Corte Costituzionale n. 81 del 2012, dove si sottolinea che: “gli spazi della discrezionalità politica trovano i loro confini nei principi di natura giuridica posti dall'ordinamento, tanto a livello costituzionale quanto a livello legislativo; e quando il legislatore predetermina canoni di legalità, ad essi la politica deve attenersi, in ossequio ai fondamentali principi dello Stato di diritto. Nella misura in cui l'ambito di estensione del potere discrezionale, anche quello amplissimo che connota un'azione di governo, è circoscritto da vincoli posti da norme giuridiche che ne segnano i confini o ne indirizzano l'esercizio, il rispetto di tali vincoli costitui-

85 Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Per una politica dell'etica pubblica nella disciplina delle funzioni amministrative*, in *www.astrid.eu*, 2: “L'etica pubblica definisce il corretto agire dei pubblici agenti al servizio della collettività, in tutta la sua pienezza, del rispetto della legge sino alla soddisfazione ultima degli interessi protetti, delle giuste aspirazioni dei cittadini utenti, nel rispetto della loro dignità”.

86 R. SANTUCCI, *La valutazione dei dirigenti*, in *Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, fasc.1-2, 2016, 63, evidenzia come con il d.lgs. n. 165 del 2001, successivamente modificato, si sia finalmente decretata a livello normativo la separazione tra le funzioni e le competenze di organi politici e burocratici ma, questa distinzione, sebbene teoricamente proclamata, si scontra con ostacoli pratici che ne impediscono la realizzazione.

sce un requisito di legittimità e di validità dell'atto, sindacabile nelle sedi appropriate⁸⁷.

La Corte nega l'assunto, fondato sull'art. 7, co. 1, ultimo periodo, c.p.a., che vorrebbe aree sottratte al sindacato giurisdizionale in quanto espressive di "attività politica".

La tesi, che nasce con l'art. 31 R.D. n. 1054 del 1924⁸⁸, deve intendersi oggi più labile e sfumata dovendosi riconoscere funzione di discrezionalità essenzialmente politica ad ogni organo costituzionale e la primazia del diritto europeo. E, come sottolinea la Corte Costituzionale, proprio i vincoli posti da norme giuridiche segnano i confini o indirizzano l'esercizio dell'attività discrezionale politica.

Il potere politico da variante sociologica, non formale, del potere pubblico, diviene funzione sottoposta al principio di legalità, quale declinazione del principio dello stato di diritto in un ordinamento costituzionale e democratico⁸⁹.

La stessa Corte EDU ha evidenziato che in una società democratica non è conforme "allo stato di diritto o al principio fondamentale espresso nell'articolo 6 § 1 – cioè che si possono sottoporre le cause civili a un giudice perché le giudichi – che, per esempio, uno Stato possa sottrarre alla giurisdizione del giudice nazionale un'intera serie di cause di natura civile o conferire immunità dal-

87 Corte Cost., 5 aprile 2012, n. 81. Sull'atto politico, cfr. G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, in *Dir. amm.*, 2012, 329 ss. Cfr. altresì le rassegne di giurisprudenza di M. DELSIGNORE, *sub art. 31 r.d. n. 1054/1924*, in *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, a cura di A. ROMANO E R. VILLATA, Padova, 2009, 1484 ss.; F. CORVAJA, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti politici*, in AA.VV., *Giudice amministrativo e diritti costituzionali*, a cura di P. BONETTI, A. CASSATELLA, F. CORTESE, A. DEFFENU, A. GUAZZAROTTI, Torino, 2012, 74 ss.

88 "Il ricorso al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale non è ammesso se trattasi di atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico".

89 F. MODUGNO, *I principi costituzionali supremi come parametro nel giudizio di legittimità costituzionale*, in A.S. AGRÒ, F. MODUGNO, *Il principio di unità del controllo sulle leggi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, 1991, 247 ss.; M. DOGLIANI, *La sindacabilità delle leggi costituzionali, ovvero la «sdrammatizzazione» del diritto costituzionale*, in *Le Regioni*, 1990, 783 ss.; N. ZANON, *Premesse ad uno studio sui «principi supremi» di organizzazione come limiti alla revisione costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1998, 1891 ss.; F.P. CASAVOLA, *I principi supremi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1995, V, 155 ss.

la responsabilità civile a vasti gruppi o categorie di persone, senza riserva o controllo da parte degli organi preposti all'esecuzione della Convenzione”⁹⁰.

Con successiva pronuncia del 2006 si è, però, constatato che diritto interno e trattati internazionali non permettono di constatare l'esistenza di un “diritto” al risarcimento fondato sulla responsabilità dello Stato⁹¹.

Tuttavia, la stessa Corte osserva come sia agevole osservare che “l'insindacabilità delle modalità di svolgimento delle attività di suprema direzione della cosa pubblica non è di ostacolo all'accertamento degli eventuali reati commessi nel corso del loro esercizio e delle conseguenti responsabilità, sia sul piano penale che su quello civile (articoli 90 e 96 Costituzione; articolo 15, legge cost. 11 marzo 1953 n.1; articolo 30 legge 25 gennaio 1962, n. 20); dall'altro che, in forza del principio di adattamento sancito dall'articolo 10, primo comma, della nostra Carta costituzionale, le norme di diritto internazionale ‘generalmente riconosciute’ che tutelano la libertà e la dignità della persona umana come valori fondamentali e configurano come ‘crimini internazionali’ i comportamenti che più gravemente attentano all'integrità di tali valori, sono divenute ‘automaticamente’ parte integrante del nostro ordinamento e sono, pertanto, pienamente idonee ad assumere il ruolo di parametro dell'ingiustizia del danno causato da un ‘fatto’ doloso o colposo altrui”⁹².

L'impianto costituzionale devolve alla legge l'attuazione di diritti e libertà fondamentali nel rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento, professionalità, indipendenza e prevede, all'art. 28, la responsabilità dei funzionari nonché l'accesso alla tutela giurisdizionale agli artt. 23, 111, 113⁹³.

90 Corte EDU, sentenza 21 settembre 1994, *Fayed c. Regno Unito* pagg. 49-50, par. 65.

91 Corte EDU, sentenza, 14 dicembre 2006, n. 1398, *Markovic c. Italia*.

92 Corte EDU, sentenza, 14 dicembre 2006, n. 1398, cit.

93 S. DETTORI, *Esercizio legittimo del potere di revoca e doveri di comportamento della pubblica amministrazione*, in *Dir. Amm.*, 4/2017, 861 ss., osserva che il dovere d'ufficio diviene categoria dalla quale non si può prescindere per ricondurre a sistema alcune rilevanti novità che emergono a livello giurisprudenziale sul tema della responsabilità della p.a. nei confronti del cittadino. Cfr. anche S. DETTORI, *Coordinamento e dovere d'ufficio nella logica dell'interdipendenza amministrativa*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2020, I.

La normativa ha previsto nei confronti degli organi costituzionali, oltrechè delle pubbliche amministrazioni, un dovere d'ufficio, esplicitato con l'obbligazione di redigere un piano sufficientemente preciso e dettagliato, la cui mancata adozione è da qualificare come inadempimento⁹⁴; l'eventuale omissione di tale obbligo o, come ormai usuale, un piano generico e ripetitivo delle funzioni attribuite, comportano inadempimento normativo e l'atto politico è illegittimo poiché contrario al principio di legalità⁹⁵.

Come evidenziato nei confronti dell'attività amministrativa, "la programmazione stabilisce l'an' della scelta discrezionale, ossia se l'intervento sulla base di quei bisogni che emergono dalla istruttoria e sono il frutto della ponderazione fra i vari interessi debba o non debba essere realizzato. Inoltre, l'atto programmatico può disporre un ordine di priorità degli interventi da realizzare, come nel caso delle opere pubbliche, per cui in linea di massima, stabilisce anche il 'quando' della decisione. Se 'an' e 'quando' sono predeterminati dal lato programmatico rimangono alla scelta puntuale gli altri aspetti relativi al 'quomodo' ossia al come realizzare l'intervento che spesso si traduce nella individuazione del migliore strumento attuativo ma che può considerarsi aspetto secondario del processo decisionale. Se la programmazione assume i connotati

94 Cfr. A. ZITO *Il sistema della performance della pubblica amministrazione tra disegno organizzativo e svolgimento della funzione*, in *PA Persona e amministrazione*, 2020, n. 2.

95 A. ZITO *Il sistema della performance della pubblica amministrazione tra disegno organizzativo e svolgimento della funzione*, cit., osserva, con riferimento all'inadempimento da parte dell'amministrazione: "siamo di fronte ad obbligazioni i cui inadempimenti sono particolarmente gravi perchè in entrambi i casi si vanifica l'intero sistema della *performance*. Anzi si deve sottolineare come l'inadempimento del secondo tipo rischi di essere nella sostanza più grave del primo perchè cela un fenomeno elusivo della normativa, atteso che il piano della *performance* risulterebbe tale nella forma, ma non nella sostanza, e dunque qualsiasi misurazione e/o valutazione della stessa sia in termini individuali sia in termini di unità organizzativa sia in termini di organizzazione intesa nel suo complesso sarebbe necessariamente inattendibile. La situazione è dunque tutt'altro che soddisfacente perchè oggi la possibilità di censurare la violazione dell'obbligo di indicare nel piano obiettivi precisi e puntuali è affidata in buona sostanza al soggetto che, ritenendosi leso dalla valutazione negativa della sua *performance* individuale, la contesta dinanzi al giudice alla luce della genericità degli obiettivi strategici ed operativi contenuti del piano o è affidata, a tutto concedere, ad una non facile *class action*". Lo stesso A. richiama poi una recente pronuncia del TAR Lazio, sez. III, n. 3023/2020, dove il giudice amministrativo accoglie il ricorso per l'annullamento della scheda di valutazione del dipendente per carenza di indicazioni puntuali rispetto agli obiettivi strategici ed operativi.

appena indicati, allora la successiva attività dovrà essere valutata in termini di violazione o meno dell'atto programmatico, anche in chiave di buon andamento, efficacia e efficienza, principi che oramai si possono considerare parametri di valutazione della legittimità dell'azione, in quanto codificati. Nella decisione attuativa, infatti, vi è ben poco del merito amministrativo⁹⁶.

Certamente anche la programmazione è soggetta a modifiche dettate dall'emergenza, ma si tratterebbe di un evento eccezionale, situazione ben differente dalla prassi che ha caratterizzato gli ultimi anni dove la legislazione dell'emergenza pare lo strumento per governare senza stabilire previamente alcun programma/obiettivo⁹⁷. Il principio generale impone che la programmazione sia dotata di stabilità e che sia idonea ad ingenerare un legittimo affidamento.

Con riferimento agli atti amministrativi⁹⁸ tali affermazioni sono ormai condivise in dottrina e giurisprudenza⁹⁹, comportando la violazione o elusione della programmazione vizio di legittimità del provvedimento amministrativo adottato¹⁰⁰.

Interessante notare come la programmazione incida anche sul dovere d'ufficio poiché, in caso di omissione dell'atto puntuale richiesto dalla programmazione, l'amministrazione viene meno al dovere imposto dalla program-

96 R. DIPACE, *L'attività di programmazione come presupposto di decisioni amministrative*, in *aipda.it*, relazione convegno 2017.

97 L.R. PERFETTI, *Il governo dell'arbitrio*, Rubettino editore, 2021, *passim*.

98 Ad esempio programmazione delle opere pubbliche con intervento proposto del privato, inserito nel programma e poi rimosso.

99 Si rinvia a M. RAMAJOLI, B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, 2013, 79; Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 7 giugno 2007, n. 1637; Tar Liguria, sez. II, 25 marzo 2009, n. 438; Tar Campania, Napoli, sez. I, 3 novembre 2015, n. 5096.

100 Afferma R. DIPACE, *L'attività di programmazione come presupposto di decisioni amministrative*, cit.: "In presenza di una programmazione, il cui carattere peculiare sia quello della precettività, l'atto in violazione è atto da illegittimo e non inopportuno: non si tratta più di merito amministrativo ma di esercizio di quel che residua del potere discrezionale che già si è manifestato nelle scelte dell'atto programmatico".

mazione¹⁰¹ e il privato potrà ricorrere all'istituto del silenzio inadempimento e conseguente risarcimento del danno da ritardo¹⁰².

La giurisprudenza soccorre anche nell'ipotesi in cui l'amministrazione adotti un provvedimento in assenza di previa obbligatoria programmazione¹⁰³ e il d. lgs. n. 165/2001 e s.m., all'art. 6, co 6, afferma che "la mancata adozione di una programmazione triennale del fabbisogno di personale impedisce di assumere nuovo personale, compreso quello appartenente alle categorie protette", facendo ritenere si possa affermare che si tratti di ipotesi di carenza di potere, mancando l'individuazione dell'interesse pubblico concreto¹⁰⁴.

101 Consiglio di Stato, sez. IV, 24 agosto 2016, n. 3684, dove, con riferimento alle zone bianche (non pianificate per decadenza del vincolo espropriativo), il giudice amministrativo ha affermato che "l'amministrazione comunale deve esercitare la discrezionale propria potestà urbanistica, attribuendo agli stessi una congrua destinazione".

102 Cfr. Corte Cost., 17 luglio 2002, n. 355, dove si ribadisce l'applicabilità dell'art. 2, legge n. 241/1990 anche ai procedimenti di pianificazione e di programmazione: "Nella specie, il dovere della amministrazione comunale di dotarsi del piano generale degli impianti pubblicitari è divenuto operante nel momento in cui è stato approvato il regolamento di cui all'art. 3 del decreto legislativo n. 507 del 1993; né risulta che l'amministrazione, avvalendosi del potere attribuito dal richiamato art. 2 della legge n. 241 del 1990, abbia stabilito il termine entro il quale dovesse essere adottato il piano degli impianti concernente anche la cosiddetta pubblicità ferroviaria, vale a dire quella che si effettua in ambito ferroviario mediante l'installazione di impianti pubblicitari visibili dalla pubblica via. È quindi applicabile il terzo comma dell'articolo 2 della legge n. 241 del 1990, che in via suppletiva pone a carico della pubblica amministrazione l'obbligo di concludere il procedimento entro trenta giorni, trascorsi i quali la medesima pubblica amministrazione è inadempiente. Questa Corte, attenendosi peraltro alla chiara lettera della legge n. 241 del 1990, ha già affermato che il termine di trenta giorni, stabilito in via suppletiva e in una misura tale da sollecitare l'amministrazione a provvedere, riguarda ogni tipo di procedimento, sia ad iniziativa d'ufficio che di parte, 'a prescindere dall'efficacia ampliativa o restrittiva della sfera giuridica dei destinatari dell'atto' (sentenza n. 262 del 1997). Nella stessa sentenza ha altresì precisato che la mancata osservanza del termine a provvedere non comporta la decadenza dal potere, ma vale a connotare in termini di illegittimità il comportamento della pubblica amministrazione, nei confronti del quale i soggetti interessati alla conclusione del procedimento possono insorgere utilizzando, per la tutela della propria situazione soggettiva, tutti i rimedi che l'ordinamento appresta in via generale in simili ipotesi (dal risarcimento del danno all'esecuzione del giudicato che abbia accertato l'inadempienza della pubblica amministrazione)".

103 Cfr. R. DIPACE, *L'attività di programmazione come presupposto di decisioni amministrative*, cit. il quale richiama altresì Tar Lazio, Latina, sez. I, 05 maggio 2009, n. 399, dove si afferma che l'adozione del "Piano di utilizzazione degli arenili" costituisce da parte della Regione un vero e proprio obbligo giuridico e non una semplice facoltà.

104 Cfr. Cass. civ., sez. lav., 30 dicembre 2021, n. 42004; Id., sez. lav., 26 maggio 2020, n. 9785: "Il D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 36, comma 5, seppure tradizionalmente ricondotto al principio sancito dall'art. 97 Cost., comma 4, si ricollega anche alla necessità di assicurare il buon andamento della Pubblica Amministrazione, che sarebbe pregiudicato qualora si consentisse l'immissione stabile nei ruoli a prescindere dall'effettivo fabbisogno del personale e dalla previa

Come più sopra sottolineato, lo strumento della *class action* potrebbe trovare maggiore spazio di applicazione proprio sull'omissione della programmazione¹⁰⁵ o sulla sua inadeguata adozione al fine di ripristinare il corretto svolgimento della funzione¹⁰⁶.

10. L'affidamento

La Corte dei conti ha precisato che la mancata adozione degli atti programmatori da parte del comune determina in capo alle amministrazioni inadempienti (oltre che il divieto di assunzione perché i documenti programmatici sono condizioni necessarie per esercitare le facoltà assunzionali) ricadute in termini di responsabilità amministrativa, disciplinare ed erariale poichè tale inadempimento viola norme imperative¹⁰⁷.

Si può, però, anche valutare se l'affidamento ingenerato nei cittadini sia tale da poter essere tutelato con il principio dell'affidamento e dar luogo a responsabilità civile¹⁰⁸.

Secondo l'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale in tema di autotutela, la garanzia dell'affidamento ha assunto portata generale come principio che opera nei confronti dell'esercizio del potere, a prescindere dalla sussistenza di un vizio di legittimità e non è ricondotto a particolari casi concreti o a specifiche disposizioni normative¹⁰⁹.

programmazione delle assunzioni, indispensabili per garantire efficienza ed economicità della gestione dell'ente pubblico. La regola iuris dettata dal legislatore ordinario, pertanto, non ammette eccezioni e trova applicazione sia nell'ipotesi in cui per l'assunzione a tempo indeterminato non sia richiesto il concorso pubblico, sia qualora il contratto a termine sia stato stipulato con soggetto selezionato all'esito di procedura concorsuale". Si vedano anche Cass. civ., sez. un., 22 febbraio 2012, n. 2568; Corte appello Firenze, sez. lav., 7 agosto 2013, n. 824.

105 "mancata adozione di atti amministrativi generali obbligatori da emanarsi obbligatoriamente entro termini stabiliti dalla legge", art. 1, d. lgs. 20 dicembre 2009, n. 198.

106 Tar Lazio, Roma, sez. III, 20 gennaio 2011, 552.

107 Corte Conti, sez. contr. Veneto, deliberazione 1 giugno 2017, n. 369.

108 A. TRAVI, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni ad attività economiche)*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2016, fasc. 2.

109 B. MAMELI, *Responsabilità precontrattuale e buna fede*, in *Scritti per F.G. Scoca*, Napoli, 2020, vol. IV, 3279 ss.

Poiché, però, trattasi di principio avente fondamento costituzionale¹¹⁰, inserito per garantire la tutela delle situazioni soggettive consolidate per effetto di atti dei pubblici poteri idonei a determinare una posizione di vantaggio e a generare un'aspettativa nel loro destinatario, nulla impedisce, come insegna Merusi, di cogliere le implicazioni del principio e la sua struttura, non solo nel diritto amministrativo, ma anche nei confronti del legislatore¹¹¹.

Il rapporto di fiducia tra popolo sovrano e governanti richiede adeguata tutela perché costituisce strumento di controllo dell'esercizio razionale del potere pubblico, in risposta alla legittimazione ricevuta. Confusione normativa, continue modifiche e abrogazioni, instabilità politica, discipline specifiche contraddittorie, mutamento dell'indirizzo politico richiedono un limite oggettivo identificabile nella buona fede. Se esigenze contingenti dettate da cambiamenti sociali ed economici sono innegabili, nello stesso tempo occorre porre maggiore attenzione all'affidamento ingenerato nel popolo da parte di un preciso programma di attuazione della Costituzione elaborato dalla politica.

La Corte Costituzionale ha finora prestato attenzione al rapporto fiduciario esistente tra governanti e governati, tutelando la pretesa di stabilità della disciplina legislativa pregressa in base alla quale i singoli abbiano maturato posizioni di vantaggio, elaborando specifici parametri per valutare l'emersione del

110 F. PAGANO, *Disposizioni di natura incentivante e meritevolezza dell'affidamento ingenerato dal legislatore (osservazioni a margine di corte costituzionale n. 108 del 2016)*, in www.rivistaaic.it, n. 2/2017; P. CARNEVALE, *La tutela del legittimo affidamento... cerca casa*, in *Giur. cost.*, 2011, 21; Id., «[...] *Al fuggir di giovinezza [...] nel doman s'ha più certezza*» (Brevi riflessioni sul processo di valorizzazione del principio di affidamento nella giurisprudenza costituzionale), in *Giur. cost.*, 1999, 3643; F. SORRENTINO, *Sui limiti della tutela costituzionale dell'affidamento*, in *Foro amm. TAR*, 3/2004, 897 D. U. GALETTA, *La tutela dell'affidamento nella prospettiva del diritto amministrativo italiano, tedesco e comunitario: un'analisi comparata*, in *Dir. amm.*, 4/2008, 761

111 F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970, ora in F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'alternanza*, Milano. Osserva A. TRAVI, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni ad attività economiche*, cit.: "L'affermazione della tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa ha dunque raggiunto un punto di 'non ritorno', che è coerente anche con un contesto più ampio, di ordine costituzionale, europeo, ecc". L'A. precisa altresì che il principio di garanzia dell'affidamento assume esso stesso un rilievo definitorio dei caratteri dell'azione amministrativa, perché si colloca 'a monte', e non 'a valle' anche della disposizione legislativa che definisce il potere.

principio dell'affidamento¹¹²; si tratta ora di valutare se il principio possa divenire rimedio contro inefficienza politica, incertezza, corruzione, violazione dei diritti fondamentali.

Come per il diritto amministrativo, l'elaborazione delle figure sintomatiche potrebbe consentire un parametro oggettivo per ricercare indici di lesione dell'affidamento: l'esigenza di salvaguardare la discrezionalità politica incontra i limiti imposti dal dovere di attuare diritti e libertà fondamentali nel rispetto dell'affidamento ingenerato nel popolo¹¹³.

La tutela dell'affidamento può così giungere a rappresentare un termine di confronto rispetto ad ogni espressione di poteri pubblici, indipendentemente dalla specifica collocazione di ordine costituzionale o di ordine amministrativo¹¹⁴ per richiedere una tutela sostanziale, rappresentata dalla garanzia di quei diritti e libertà consacrati nella Costituzione.

Proprio la giurisprudenza è giunta a garantire effettività di tutela all'affidamento ingenerato nell'imprenditore poiché, nella materia dei contratti pubblici, il ravvisare nell'operato della PA solamente una responsabilità da provvedimento illegittimo, nelle ipotesi di violazione della disciplina sulla procedura di evidenza pubblica, con conseguente vizio di legittimità dell'atto per incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere, non si è dimostrato sufficiente a garantire l'operatore economico¹¹⁵. Lo stesso principio può ora rappresentare

112 Corte cost., sent. nn. 208/2014; 56/2015; 216/2015. Per la ricostruzione dell'orientamento, F. F. PAGANO, *Il principio del legittimo affidamento nella giurisprudenza della Corte costituzionale e delle Corti sovranazionali*, in *Dir. pubbl.*, 2014, 583 ss.

113 M. GIGANTE, *Il principio di affidamento e la sua tutela nei confronti della pubblica amministrazione. Dell'albero e del ramo*, in *Dir. soc.*, 3/2009, 442 ss.; S. TORRICELLI, *Le modifiche retroattive in pejus della normativa pensionistica: il limite dell'affidamento*, in *Dir. Pubbl.*, 1998, 810.

114 A. TRAVI, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni ad attività economiche)*, cit.

115 L'operatore economico che agisce sul mercato, se da un lato accetta il rischio economico, dall'altro deve trovare nell'amministrazione un *partner* affidabile il cui potere discrezionale trova un limite invalicabile nel principio del legittimo affidamento. Cfr. Cass., sez. un., 12 maggio 2008, n. 11656, dove si precisa che si tratta di una responsabilità da comportamento e non da provvedimento, che non investe la legittimità degli atti amministrativi posti in essere dalla P.A., né richiede l'annullamento degli stessi. Essa può dunque sussistere anche in presenza di atti di autotutela (revoca, annullamento, diniego di stipula o di approvazione) pienamente legittimi, ove assistiti dai presupposti per la loro emanazione. Cass., sez. I, 12 maggio 2015, n. 9636; Id., sez. I, 3 luglio 2014, n. 15260; Cons. Stato, sez. IV, 6 marzo 2015, n. 1142; Cons. Stato, sez. V,

strumento per garantire l'effettiva attuazione dei principi e libertà costituzionali.

D'altra parte, il principio del legittimo affidamento rientra tra i principi dell'ordinamento Ue: la Corte di Giustizia ha affermato che il principio della tutela del legittimo affidamento fa parte dell'ordinamento giuridico comunitario e la sua violazione costituisce "violazione del Trattato o di qualsiasi regola di diritto relativa alla sua applicazione"¹¹⁶.

Il diritto europeo riconosce al principio rilievo istituzionale che condiziona l'esercizio della funzione pubblica nella sua concretizzazione¹¹⁷, secondo la Corte di Lussemburgo, nella tutela dell'affidamento è centrale la dimensione soggettiva, che è rappresentata dalla pretesa di un soggetto qualificata dalla previsione di una regola, generale o speciale, precedente.

Pare, quindi, innegabile che l'affidamento possa ritenersi principio cardine a garanzia dello Stato di diritto, assumendo rilievo in ogni relazione caratterizzata dall'esercizio del potere¹¹⁸.

Soprattutto nell'attuale momento storico, caratterizzato da pandemia, crisi economica e delle istituzioni, dare rilevanza alla fiducia che i cittadini ripongono nell'esercizio del potere pare rappresentare l'unico strumento per portare le limitazioni a diritti e libertà a un livello di accettabilità¹¹⁹.

15 luglio 2013, n. 383; Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5.

116 Corte Giust., 3 maggio 1978, causa 112/77, *Topfer & Co. c. Commissione*.

117 F. F. PAGANO, *Il principio del legittimo affidamento nella giurisprudenza della Corte costituzionale e delle Corti sovranazionali*, cit.; B. MARCHETTI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione: profili comunitari e comparati*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, fasc. 2, 499 ss.; Corte Giust., 23 gennaio 2019, in causa C-419/17, *Deza, a.s.*; Id., 14 marzo 2013, causa C-545/11, *Agrargenossenschaft Neuzelle* dove il principio il legittimo affidamento è tutelato nei confronti di ogni operatore economico nel quale un'istituzione abbia fatto sorgere fondate aspettative. Costituiscono a tal proposito un esempio di assicurazioni idonee a far nascere fondate aspettative, a prescindere dalla forma in cui vengono comunicate, informazioni precise, incondizionate e concordanti che provengano da fonti autorizzate ed affidabili.

118 A. TRAVI, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni ad attività economiche)*, cit.; M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Dir. e società*, 2014, 433 ss.

119 Cfr. A. TRAVI, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni ad attività economiche)*, cit.; A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Napoli, 2016, 71 ss.

11. Rimedi e controlli per inefficienza politica ed amministrativa

L'attuazione costituzionale mediante predeterminazione di obiettivi seri e credibili, che l'organo di indirizzo politico-amministrativo deve assegnare puntualmente, e monitorare in corso d'anno, da un punto di vista sostanziale e non solo formale consente una più rigida applicazione dello Stato di diritto.

Come più sopra richiamato, attualmente, a fronte di una insindacabilità politica, il controllo della buona amministrazione è lasciato alla collettività che, con l'ausilio degli strumenti della *class action* e dell'accesso, dovrebbe rivestire anche il ruolo di propulsore¹²⁰.

Si tratta ora di incrementare le modalità per tutelare l'aspettativa dei cittadini all'attuazione della Costituzione che ovviamente non può ritenersi soddisfatta a fronte dell'erogazione di un servizio efficiente.

L'introduzione di sistemi di valutazione del rendimento dei singoli dipendenti e dei dirigenti, l'attuazione dei programmi, i tempi di lavorazione, nonostante le numerose previsioni legislative, è di fatto del tutto carente.

Che tale programmazione sia obbligatoria pare riconducibile alle recenti pronunce della Cassazione. Secondo quest'ultima la mancanza di assegnazione degli obiettivi ai dirigenti, pur non potendo ricevere tutela in termini di valutazione del risultato e degli importi previsti dal contratto, è in ogni caso passibile di tutela risarcitoria, qualificabile come perdita di *chance* riferita alla mancata attribuzione della parte di retribuzione riferita al risultato, trattandosi di responsabilità propria dell'amministrazione discendente da un obbligo contrattuale della preventiva definizione ed assegnazione degli obiettivi¹²¹.

120 F. MERUSI, *Introduzione ai possibili antidoti alla cattiva amministrazione*, cit.: "Quel che va subito detto è quel che manca: c'è la trasparenza chiesta da Turati, la casa di vetro, ma non quella che voleva Trotsky, il divieto di trattative segrete tra la pubblica amministrazione e il privato, che sono quelle che permettono le estorsioni da parte delle pubbliche amministrazioni a danno del privato e che sono una delle cause che vengono indicate per spiegare l'aumento dei costi delle opere pubbliche e l'allungamento dei tempi della realizzazione delle stesse (la richiesta di opere compensative da parte dei Comuni il cui territorio viene attraversato da uno svincolo autostradale o l'asilo nido o un 'centro polivalente' in aggiunta alla realizzazione di un centro commerciale, tanto per citare qualche caso venuto all'attenzione delle cronache)".

121 Corte Cass., sezione lavoro, 31 gennaio 2018, n. 2462.

La medesima Corte è poi ritornata sul tema, dapprima precisando come la retribuzione di risultato in favore dei dirigenti non possa essere definita come dato automatico, poiché trattasi di una voce subordinata, per ciascun dirigente, ad una determinazione annuale, da effettuarsi solo a seguito della definizione, parimenti annuale, degli obiettivi da raggiungere; e poi ribadendo che la retribuzione di risultato può essere erogata solo a seguito della positiva verifica del raggiungimento degli obiettivi, previamente determinati, cui la stessa è correlata¹²².

L'organo di indirizzo politico-amministrativo ha l'obbligo di assegnare puntualmente obiettivi da perseguire seri e credibili, che poi dovrà monitorare in corso d'anno, da un punto di vista sostanziale e non solo formale, in modo quasi rituale.

L'attuale tendenza a deresponsabilizzazione, semplificazioni e informatizzazione non sembra rappresentare strumento per “costruire” una nuova amministrazione al servizio del popolo¹²³.

Sicuramente è opportuno migliorare le competenze tecniche della PA, ma anche considerare l'inevitabile influenza politica, evitando, qualsiasi sviluppo patologico che possa comportare nocimento per la collettività (per esempio, che strumenti come VIA e conferenza di servizi si traducano in occasioni per accordarsi, magari a danno dei diritti fondamentali).

Individuati precisi obiettivi ed azioni da parte della politica, l'amministrazione, nel perseguire “i fini determinati dalla legge”, in attuazione del principio di autorganizzazione, deve attuare l'interesse pubblico concreto.

Come si è imposto all'amministrazione di motivare, mediante giustificazioni sostanziali, la scelta di derogare al mercato (e quindi al principio della

122 L'attribuzione degli obiettivi si pone, dunque, rispetto al diritto a percepire la retribuzione di risultato, quale presupposto normativo e contrattuale, e da ciò consegue che va escluso che tale retribuzione spetti per il solo fatto dell'espletamento di funzioni superiori, Corte Cass., sezione lavoro, 3 luglio 2018, n. 17371.

123 Per es. molti appalti non si prestano a scelte semplificate ma necessitano di profonde conoscenze al fine di creare, per usare una metafora, il “vestito su misura”.

concorrenza ritenuto preminente) mediante il ricorso all'*in house providing*¹²⁴, pare possibile imporre giustificazioni sostanziali quando si tratta di attuare diritti e libertà fondamentali consacrate dalla Costituzione¹²⁵.

Qualsiasi scelta discrezionale politica, compresa quella di garantire un servizio pubblico per tutelare un diritto costituzionale oppure privatizzarlo e affidarlo al mercato, deve essere rispettosa del Testo costituzionale e, quindi, idonea ad attuare nel modo migliore possibile quei diritti e libertà fondamentali che altrimenti resterebbero semplici illusioni. Se tale scelta è accuratamente esplicitata attraverso la programmazione, si consente un oggettivo controllo delle scelte e delle finalità perseguite, nonché la rispondenza delle stesse a ragionevolezza, proporzionalità e buon andamento.

12. Segue: il controllo. L'unione europea lascia allo Stato membro un "margine di apprezzamento" ma la normativa nazionale deve essere conforme alla disposizione europea e conseguire il risultato

Diritto europeo e giudice amministrativo hanno consentito la profonda trasformazione dell'amministrazione pubblica dal modello kafkiano alla dimensione attuale.

L'amministrazione è trasparente e dialoga con il cittadino, ma non solo: se non attua le previsioni europee è responsabile e deve risarcire il danno.

124 Il legislatore nazionale all'art. 192, co. 2, codice appalti ha ritenuto il principio della concorrenza prevalente e idoneo a comprimere la discrezionalità amministrativa, rendendo residuale ogni valutazione della PA in merito alla possibile autoproduzione di servizi per provvedere ai bisogni della collettività e al perseguimento delle proprie finalità istituzionali. Ne è conseguito che la scelta di ricorrere all'*in house providing* deve essere specificamente motivata. Diversamente il legislatore europeo consacra il principio di "libera amministrazione" all'art. 2, Dir. n. 2014/23/ UE, ai sensi del quale: "le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione. Tali autorità sono libere di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi". Per approfondimenti si rinvia a B. MAMELI, *Il principio di autorganizzazione tra eccezione residuale e opzione di base*, nota a Corte Giust, 6 febbraio 2020, in cause riunite C-89/19 a C-91/19, *Rieco SpA c. Comune di Lanciano e altri*, in *Giur. it.*, 2020, 1731 ss.

125 Come rilevato dal Consiglio di Stato, ordinanza 7 gennaio 2019, n. 138, in tema di *in house providing*, si fronteggiano due principi generali la cui contestuale applicazione può comportare antinomie: da un lato, il principio della libertà e autodeterminazione di organizzare le prestazioni dei servizi (regime di affidamento con gara o regime di internalizzazione ed autoproduzione); d'altro lato, il principio della piena apertura concorrenziale dei mercati degli appalti pubblici e delle concessioni.

L'art. 4 TUE impone il dovere di corretto adeguamento¹²⁶ e la mancanza genera la responsabilità dello Stato inadempiente nei confronti del cittadino¹²⁷, configurando, nel nostro ordinamento, la fattispecie della responsabilità civile dello Stato per cattivo esercizio del potere legislativo modellata sulla base dei principi espressi dall'art. 2043 cod. civ.

Pare inevitabile ritenere che anche la cattiva o mancata attuazione dei precetti costituzionali generi responsabilità; lo stesso obbligo contenuto nell'art. 4 TUE può ritenersi insito nella nostra Costituzione: lo Stato è tenuto ad adottare tutte le misure di carattere generale o particolare atte ad assicurare l'attuazione del Testo costituzionale¹²⁸.

Dall'art. 4 TUE la giurisprudenza europea non ha ricavato il solo principio *pacta sunt servanda*, ma anche il principio dell'effetto utile, in virtù del quale ogni disposizione va interpretata e applicata in maniera tale da ricavarne tutti gli effetti idonei a farle conseguire, nella maniera più completa ed efficace, il proprio obiettivo.

Lo stesso obbligo contenuto nel precitato art. 4, potrebbe ritenersi insito nella nostra Costituzione: lo Stato è tenuto ad adottare tutte le misure di carat-

126 “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. Gli Stati membri facilitano all'Unione l'adempimento dei suoi compiti e si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione”.

127 Corte Giust., 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Franconich*; Corte Giust., 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur – Factortame*, dove il Giudice di Lussemburgo getta le basi per un sistema unitario di responsabilità, affermando che “la tutela dei diritti attribuiti ai singoli dal diritto comunitario non può variare in funzione della natura, nazionale o comunitaria, dell'organo che ha cagionato il danno”.

128 Come precisato dalla Corte Costituzionale, spetta al legislatore predisporre gli strumenti idonei alla realizzazione ed attuazione dei diritti fondamentali, affinché la loro affermazione non si traduca in una mera previsione programmatica, ma venga riempita di contenuto concreto e reale, Corte Cost., 19 ottobre 2016, n. 275, riferita al diritto all'istruzione del disabile, come consacrato nell'art. 38 Cost. 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.

tere generale o particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi ad esso derivanti dal sovrano e dal Testo costituzionale

Con la sentenza *Franovich* la Corte di Giustizia afferma che la piena efficacia delle norme europee sarebbe messa a repentaglio e la tutela dei diritti da esse riconosciuti sarebbe infirmata se i singoli non avessero la possibilità di ottenere un risarcimento dove i loro diritti siano lesi da una violazione del diritto europeo imputabile ad uno Stato membro. La possibilità di risarcimento a carico dello Stato membro è particolarmente indispensabile qualora la piena efficacia delle norme europee sia subordinata alla condizione di un'azione da parte dello Stato e, di conseguenza, ai singoli, in mancanza di tale azione, è preclusa la possibilità di far valere dinanzi ai giudici nazionali i diritti loro riconosciuti dal diritto europeo.

Anche la Corte europea ravvisa inadempimento dello Stato in tutte le ipotesi in cui il rispetto delle garanzie poste a salvaguardia dei diritti dell'uomo sia soltanto formale, arrivando a compiere una vera e propria valutazione sostanziale, giungendo a verificare l'idoneità e validità della previsione legislativa¹²⁹.

Nel diritto interno il giudice amministrativo, che ha gradualmente attratto entro il sindacato di legittimità tutta quella parte dell'attività di merito che era in qualche modo assoggettabile a regole e, quindi, oggettivamente verificabile, potrebbe garantire la tutela del cittadino mediante l'istituto della responsabilità in tutte le ipotesi in cui sia ravvisabile una violazione da parte del legislatore per omessa e cattiva attuazione della programmazione del dettato costituzionale.

Al fine di condividere la plausibilità di una tale ricostruzione, si impone la rilettura dei principi costituzionali, anche alla luce dei nuovi dettami provenienti dall'ordinamento sovranazionale.

129 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. Cfr. B. MAMELI, *Efficienza amministrativa e discrezionalità ai tempi della pandemia*, in *P.A. - Persona e Amministrazione*, 2020, 193 ss.

La persona, in tale accezione, diviene un “valore” che si insinua nei principi costituzionali divenendo, quindi, parte della regola che si impone all'agire pubblico.

L'azione e la correlata responsabilità non sono più sindacabili in termini di mera efficienza pubblica quale parametro meramente economico, assumendo valore dirimente la persona umana e la sua dignità, la sua sovranità¹³⁰.

13. Segue: il limite della politica. Dalla discrezionalità politica alla discrezionalità tecnica

L'applicazione dei parametri costituzionali per stabilire se una legge sia coerente con la Carta costituzionale, oppure per risolvere un conflitto di attribuzioni, ripropone le caratteristiche del governo paternalistico che garantisce alcuni diritti per benevolenza e non perché obbligato.

È noto che i parametri costituzionali abbiano finora presentato un contenuto estremamente vago ed impreciso: sono principi quali la ragionevolezza e la proporzionalità che, impiegati in numerose pronunce della Corte costituzionale, dovrebbero servire a limitare la discrezionalità del legislatore¹³¹.

130 L'istituto della responsabilità diviene strumento per garantire la buona amministrazione. La responsabilità amministrativa, infatti, se muove da quella civilistica, può però anche discostarsene per arricchirsi mediante le peculiarità che caratterizzano l'agire della PA e sotto tale profilo diviene specifica ed originale. 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 alla PA, 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 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.

131 M. FIERRO, *La ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *I principi di proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale, anche in rapporto alla giurisprudenza delle Corti europee*, a cura del Servizio Studi della Corte costituzionale, Roma, luglio 2013, in www.cortecostitu-

Soltanto una previa esplicitazione, attraverso la programmazione politica, consentirebbe quella giuridificazione che può garantire la tutela del popolo sovrano nei confronti del potere pubblico¹³²: se la politica è regolata, il sindacato è ammissibile perché condotto nel confronto con la regolazione giuridica¹³³.

L'atto politico è stato sempre considerato quale eccezione rispetto al sindacato devolvibile al potere giurisdizionale¹³⁴. Prima l'art. 31, R.D. 26 giugno 1924, n. 1054¹³⁵, ora l'art. 7, c.p.a., dove si esclude l'impugnabilità di “atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico”¹³⁶.

Se è innegabile la necessità di riservare uno *spatium deliberandi* al decisore politico e, quindi, introdurre limiti all'esercizio della funzione giurisdizionale, è anche vero che gli artt. 24 e 113 Cost. devono trovare spazio di applicazione nei confronti degli organi politici, ridimensionando (esattamente come avvenuto per gli atti amministrativi) l'ambito insindacabile a vantaggio del potere politico regolato e, di conseguenza, sindacabile.

zionale.it/documenti, 9.

132 Il diritto europeo, attraverso lo strumento delle direttive, ha insegnato la predeterminazione di un obiettivo ed imposto la sua attuazione, affermando altresì la responsabilità del legislatore per mancata attuazione del risultato e l'obbligo di risarcire i danni nei confronti dei cittadini lesi, Corte Giust., 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francoovich*; Corte cost., 8 giugno 1984, n. 170, *Granital*.

133 Sul ruolo della programmazione/progettazione, F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, agg. Vol. VI, 2002, 79.

134 Per il pacifico orientamento che nega l'impugnabilità degli atti o dei provvedimenti emanati nell'esercizio del 'potere politico' cfr., *ex plurimis*: Cons. Stato, sez. VI, 29 febbraio 1996, n. 217; Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2001, n. 1397; Cons. Stato, sez. V, 23 gennaio 2007, n. 209; Cons. Stato, sez. V, 2 ottobre 2009, n. 6094; Cons. Stato, sez. V, 6 maggio 2011, n. 2718; Cons. Stato, sez. VI, 18 novembre 2011, n. 6083; Cons. Stato, sez. V, 21 giugno 2012, n. 3670; Corte Cass., sez. un., 28 giugno 2013, n. 16305; Cons. Stato, sez. IV, 10 marzo 2015, n.1210; Cons. Stato, sez. VI, 29 febbraio 2016, n. 808; Cons. Stato, sez. V, 9 gennaio 2017, n. 16; Cons. Stato, sez. VI, 11 giugno 2018, n. 3550; Cons. Stato, sez. IV, 26 settembre 2019, n. 6444.

135 Testo Unico delle leggi sul Consiglio di Stato: “Il ricorso al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale non è ammesso se trattasi di atti e provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico”.

136 Si veda G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, in *Dir. amm.*, 2012, 368 ss.; P. BARILE, *Atto di governo (e atto politico)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 220 ss., spec. 225-226; E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, 1961; A. ROMANO TASSONE, «Atto politico» e interesse pubblico, in A. CONTIERI –F. FRAN-CARIO –M. IMMORDINO –A.ZITO (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, I, Napoli, 2010, 311 ss.

L'obbiettivo dovrebbe essere quello di giungere a garantire la giustiziabilità di un atto politico ricorrendo all'ampliamento del potere regolato.

La Corte Costituzionale ha già ribadito che il carattere squisitamente politico di una scelta non ne determina l'insindacabilità tutte le volte in cui quella scelta "incroci un vincolo giuridico"¹³⁷. Ha altresì precisato che la nozione di atto politico è di stretta interpretazione, e va confinato entro limiti rigorosi, poiché diversamente si svuoterebbe di contenuto la tutela giurisdizionale, che la Costituzione garantisce come principio supremo, in generale all'art. 24 e in particolare all'art. 113 contro tutti gli atti della pubblica amministrazione.

La stessa Corte ha, infatti, osservato che in uno Stato di diritto il potere politico deve comunque rispettare i canoni di legalità che il legislatore abbia ritenuto di predeterminare, anche nell'esercizio dell'amplissimo potere discrezionale che caratterizza l'azione di governo¹³⁸.

Autorevole dottrina è già giunta ad affermare che il principio costituzionale di generalità, pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, se interpretato con rigore, risulta radicalmente incompatibile con la previsione normativa dell'insindacabilità degli atti politici¹³⁹.

137 Corte cost., 5 aprile 2012, n. 81, con riferimento alla nozione di atto politico e ambito di applicazione dell'art. 7 CPA.

138 Corte Cost., 19 marzo 1993 n. 103. Nello stesso senso anche la Corte di Cassazione e il Consiglio di Stato, per esempio: Cass., sez. un., 28 giugno 2013, n. 16305; Cons. Stato, sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 808. Sulla nozione di atto politico, Cons. Stato, sez. VI, 11 giugno 2018, n. 3550: "per costante giurisprudenza - nei termini, per tutte, C.d.S. sez. IV 29 febbraio 2016 n. 808, 18 novembre 2011 n. 6083 e 29 febbraio 1996 n. 217 - l'atto politico è tale soltanto se risponde a due requisiti entrambi necessari, l'uno soggettivo e l'altro oggettivo. Sotto il profilo soggettivo esso deve provenire da un organo preposto all'indirizzo e alla direzione della cosa pubblica al massimo livello, quale è anzitutto il Governo menzionato nella norma. Sotto il profilo oggettivo esso si caratterizza per essere libero nei fini, perché riconducibile alle supreme scelte in materia di costituzione, salvaguardia e funzionamento dei pubblici poteri". Si vedano anche Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2001, n. 1397; Cons. Stato, sez. V, 23 gennaio 2007, n. 209; Cons. Stato, sez. V, 2 ottobre 2009, n. 6094; Cons. Stato, sez. V, 6 maggio 2011, n. 2718; Cons. Stato, sez. V, 21 giugno 2012, n. 3670; Corte Cass., sez. un., 28 giugno 2013, n. 16305; Cons. Stato, sez. IV, 10 marzo 2015, n. 1210; Cons. Stato, sez. V, 9 gennaio 2017, n. 16; Cons. Stato, sez. IV, 26 settembre 2019, n. 6444; T.A.R. Lazio, sez. III Ter, 19 novembre 2019, n. 13244.

139 Cfr. E. GUICCIARDI, *Aboliamo l'art. 31?*, Nota a Cass. Sez. Un. 24 febbraio 1947, n. 256, in *Foro Amministrativo*, n. 2/1947, p. 15 ss.; M. NIGRO, *L'art. 113 della Costituzione e alcuni problemi della giustizia costituzionale*, in *Il Foro Amministrativo*, n. 1-2/1949, p. 76 ss.; E. GUICCIARDI, *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, 1967, p. 227 ss. Più recentemente, nello stesso senso, F. G.

Si tratta, quindi, di coniugare quella espressione della libertà (politica) riconosciuta dalla Costituzione ai supremi organi decisionali dello Stato per la soddisfazione di esigenze unitarie ed indivisibili ad esso inerenti¹⁴⁰ con il principio della generalità, pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale del popolo sovrano contro gli atti dei pubblici poteri.

Proprio l'esame della casistica giurisprudenziale suggerisce un'oggettiva estensione della categoria degli atti di 'alta amministrazione' e il contemporaneo ridimensionamento dell'atto politico, dove il primo, ancorché di competenza di organo politico, costituisce il momento attuativo dell'indirizzo politico e dell'attività di suprema direzione degli organi di Governo.

Nello stesso tempo occorre soffermarsi sull'ambito del sindacato del giudice amministrativo tradizionalmente filtrato dal vizio di eccesso di potere¹⁴¹. Ripercorrendo l'evoluzione del controllo sulla discrezionalità tecnica ricordiamo come tale ambito fosse stato utilizzato per introdurre un limite al potere conoscitivo del giudice amministrativo: l'attività tecnica strumentale all'emanazione di un atto giuridico, con il rispetto quasi sacrale che le era dovuto, mascherava "questioni che avevano in realtà radici metagiuridiche, affatto diverse dal problema della esattezza o meno di una soluzione tecnica e della sua incidenza sulla decisione amministrativa"¹⁴².

SCOCA, *Sulla generalità della tutela*, in F. G. SCOCA (a cura di), *Giustizia Amministrativa*, Torino, 2014, 170: "La generalità della tutela è sancita, in termini espliciti, dall'art. 24, comma 1, Cost.; e, con riferimento specifico alle controversie nei confronti dell'amministrazione pubblica, dall'art. 113, comma 1, Cost.; secondo il quale contro gli atti della medesima 'è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giustizia ordinaria o amministrativa'. Non è rispettosa di questo principio la disposizione del c.p.a., secondo la quale, in prosecuzione con una antica regola, 'non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico' (art. 7, comma 1)".

140 Così Cons. Stato, sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 808.

141 G. DE GIORGI CEZZI, *Aboliamo l'art. 7 comma 1 del Codice del processo amministrativo? Limiti e autolimiti del giudice amministrativo e sostenibilità dei procedimenti di generazione delle conoscenze in ordine ai fatti. I casi dell'eccesso di potere, dell'atto politico e dei poteri ancora non esercitati*, in *Federalismi.it*, n. 11/2018.

142 Così G. DE GIORGI CEZZI, *Aboliamo l'art. 7 comma 1 del Codice del processo amministrativo? Limiti e autolimiti del giudice amministrativo e sostenibilità dei procedimenti di generazione delle conoscenze in ordine ai fatti*, cit.; V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967, 37 ss., dove si afferma che la nozione di discrezionalità tecnica, che "si è atteggiata in modo molto vario nella dottrina e nella giurisprudenza ed è nato probabilmente da un certo equivoco che ha

Come già osservato, secondo questa originaria interpretazione, l'ordinamento avrebbe consentito di poter superare, senza nemmeno il bisogno di un'esplicita deroga, anche principi di diritto comune, compresi quelli "che obbligano chiunque a comportarsi nell'esercizio delle proprie attività, secondo elementari regole di prudenza e perizia indispensabili per evitare il pericolo in danno altrui" e, tutto questo, "non già in ossequio, dunque, alla scienza e alla tecnica, ma all'autorità del potere amministrativo": tanto da tramutare la discrezionalità c.d. tecnica "in discrezionalità politica assoluta"¹⁴³.

Oggi la discrezionalità tecnica è stata attratta nella sfera del giuridicamente rilevante e, attraverso il principio di proporzionalità e ragionevolezza, al giudice amministrativo è consentito verificare se il bilanciamento operato abbia o meno portato a una decisione accettabile¹⁴⁴.

Si può affermare che la riserva di conoscenza in favore dell'amministrazione in realtà mascherasse soltanto l'affermazione di una riserva originaria di potere¹⁴⁵. Analoga questione può porsi nei confronti dell'atto politico, al fine di ridurre l'ambito dell'insindacabile per scelte metagiuridiche e per le quali la tecnica e la scienza, come più sopra osservato, non costituiscono più limiti certi. Spesso trattasi di valutare se il perseguire determinate finalità/obiettivi sia idoneo e necessario e non eccessivamente gravoso per il popolo sovrano, operando ragionevoli bilanciamenti tra i benefici e i sacrifici per il popolo nel difficile ruolo di garantire diritti e libertà costituzionali.

radici metagiuridiche" è sottratta al sindacato giurisdizionale non perché trattasi di un "tipo di discrezionalità legato a determinate regole scientifiche o tecniche, ma piuttosto dal fatto che la violazione (talora anche palese) di tali norme era effettuata nell'esercizio di un potere impero, quale veniva considerato quello di organizzazione e gestione dei servizi amministrativi".

143 G. DE GIORGI CEZZI, *Aboliamo l'art. 7 comma 1 del Codice del processo amministrativo? Limiti e autolimiti del giudice amministrativo e sostenibilità dei procedimenti di generazione delle conoscenze in ordine ai fatti*, cit.; V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, cit., 45-47.

144 A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 457, il quale rileva come tutte le regole tecnico scientifiche, anche di tipo regolamentare, introdotte nel procedimento portano a una decisione che "deve potersi desumere obiettivamente dalla legge" in quanto "una cosa è l'attribuzione all'amministrazione di una potestà regolatoria, altra cosa l'assegnazione di una competenza a provvedere in un caso concreto alla stregua di cognizioni tecnico-scientifiche" a nulla rilevando il carattere 'indeterminato' della norma.

145 G. DE GIORGI CEZZI, *Aboliamo l'art. 7 comma 1 del Codice del processo amministrativo?*, cit.

Significativa, per esplicitare quanto si è voluto fin qui affermare, è una sentenza della Corte Costituzionale avente ad oggetto l'esercizio del potere politico sotteso ad un atto di governo e la sua sindacabilità in sede giurisdizionale. Se da un lato se ne è escluso qualsiasi controllo giudiziario sottolineando che “al Governo spetta una discrezionalità ampia, il cui unico limite è rintracciabile nei principi costituzionali”¹⁴⁶, ravvisando la *natura intrinsecamente politica*, in considerazione della “necessità di ben considerare la serie di motivi e vicende, che la realtà mutevole e imprevedibile dei rapporti politici interni ed internazionali offre copiosa, i quali possono indurre il Governo a ritenere non opportuno concedere all'associazione, che lo richiede, l'avvio delle trattative”¹⁴⁷, nello stesso tempo si è precisato che tale natura politica sarebbe invece esclusa qualora il legislatore ordinario, nell'esercizio della sua discrezionalità, dettasse al Governo criteri e parametri – sostanziali e procedurali – per la selezione degli interlocutori con cui avviare, condurre e perfezionare trattative. “Se ciò accadesse, il rispetto di tali vincoli costituirebbe un requisito di legittimità ... delle scelte governative, sindacabile nelle sedi appropriate”¹⁴⁸.

La categoria dell'atto politico è incerta e dotata di confini elastici, una doverosa sostanziale programmazione potrebbe ridurre notevolmente l'alveo dell'insinducabilità¹⁴⁹.

146 Corte cost., 10 marzo 2016, n. 52, qualifica come atto politico, in quanto tale immune dal sindacato giurisdizionale, il rifiuto governativo di avviare le trattative finalizzate alla conclusione di un'intesa, ai sensi dell'art. 8, comma 3, Cost., per regolare i rapporti con una confessione religiosa. Di diverso avviso, Cons Stato, sez. IV, novembre 2011, n. 6083, che accoglieva l'appello e rimetteva le parti davanti al primo giudice, ritenendo il rifiuto di avvio delle trattative espressivo di discrezionalità e privo di natura politica. La sentenza del giudice amministrativo è stata confermata da Corte Cass., sez. un., 28 giugno 2013, n. 16305, dove si afferma che l'accertamento preliminare relativo alla qualificazione dell'istante come confessione religiosa costituisca esercizio di discrezionalità tecnica da parte dell'amministrazione, come tale sindacabile in sede giurisdizionale.

147 Corte cost., n. 52/2016 cit., punto 5.2 del “Considerato in diritto”.

148 Corte cost., n. 52/2016 cit., punto 5.1 del “Considerato in diritto”; Corte cost., 5 aprile 2012, n. 81.

149 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 PA.