

BARBARA MAMELI

Ricercatrice di Diritto amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza Università del
Piemonte Orientale
barbara.mameli@unipo.it

**LIBERO MERCATO E TUTELA DELLA PERSONA, HOMO
OECONOMICUS E CITTADINO. I DIRITTI
FONDAMENTALI AL COSPETTO DELLA
GLOBALIZZAZIONE**

**FREE MARKET AND PROTECTION OF THE PERSON, HOMO
OECONOMICUS AND CITIZEN. FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE
FACE OF GLOBALIZATION**

SINTESI

Il lavoro offre una riflessione su quale potrà essere la nuova definizione di Stato scelta dalla politica e quale ruolo sarà riservato nella sua concretizzazione ad amministrazione e mercato. E' un'epoca di grandi cambiamenti resi necessari dal susseguirsi di emergenze che spingono verso soluzioni globali e ridimensionamento della sovranità nazionale. Il mercato assume un ruolo di primordine, l'amministrazione come il cittadino paiono stretti nella morsa di digitalizzazione e controllo. Si vogliono quindi mettere in evidenza alcune valutazioni dei possibili rischi e sottolineare l'imprescindibile ruolo della Costituzione e dell'amministrazione nel garantire il rispetto e l'attuazione di diritti e libertà.

ABSTRACT

The work offers a reflection on what the new definition of the State chosen by politics could be and what role will be reserved for administration and the market in its implementation. It is an era of great changes made necessary by the succession of emergencies that push towards global solutions and the downsizing of national sovereignty. The market takes on a primary role, the administration and the citizen seem to be caught in the grip of digitization and control. We therefore want to highlight some assessments of possible risks and

underline the essential role of the Constitution and the administration in guaranteeing the respect and implementation of rights and freedoms.

PAROLE CHIAVE: Diritti fondamentali – Persona – Sovranità – Mercato – Globalizzazione – Amministrazione – Politica – Costituzione.

KEYWORDS: Fundamental rights - Person - Sovereignty - Market - Globalization - Administration - Politics - Constitution.

INDICE: 1. Una introduzione. – 2. Il punto di partenza. – 3. Il presunto colpevole, incapace e costoso ma mai responsabilizzato e qualificato. – 4. Il cambiamento, una nuova solidarietà. – 5. Art. 41 Cost. e diritto dell'Unione europea. Il rapporto tra diritto ed economia. – 6. Il mercato, il rischio di perdere la sovranità popolare e la scomparsa della democrazia. L'art. 1 della Costituzione. – 7. Algoritmi e intelligenza artificiale: si ridimensiona la discrezionalità. – 8. Quale spazio resta per la discrezionalità? Le libertà economiche europee. – 9. Il mercato come luogo di scambio. Il problema delle pressioni di poteri economici privati – 10. Il ritorno alla Costituzione e alla sovranità popolare.

«Non ti ho fatto né celeste né terreno, perché da te stesso quasi libero e sovrano artefice ti plasmassi e ti scolpissi nella forma che avresti prescelto. Tu potrai degenerare nelle cose inferiori che sono i bruti; tu potrai, secondo il tuo volere, rigenerarti nelle cose superiori che sono divine»

Pico della Mirandola, *Oratio de hominis dignitate*

1. Una introduzione

Differenti definizioni di Stato (di polizia, di diritto, imprenditore, regolatore, digitale) hanno identificato le diverse interpretazioni che la politica ha fornito della volontà del popolo sovrano per giungere oggi, come enfatizzato nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR)¹, a riporre le aspettative

¹ Il contenuto dei diritti fondamentali non è oggettivamente delimitato ma interpretato e attuato da politica e amministrazione; si rivela pertanto fondamentale che i custodi dei diritti esercitino la discrezionalità loro attribuita, fornendo giustificazione e sottoponendo il proprio operato alla valutazione del popolo sovrano. C. CARMOSINO – S. DEL GATTO – F. DI MASCIO – E. GIARDINO – C. LACAVALA – M. MAZZARELLA – E. MORLINO – A. NATALINI – P. RUBECHINI – G. SABATO – E. SCHNEIDER – G. SCIASCIA – S. SCREPANTI – G. SGUEO – L. TORCHIA, *Lo stato dell'amministrazione: dati di partenza e chiavi interpretative*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 1037, evidenziano come il PNRR inviato dal governo italiano alla Commissione europea il 30 aprile 2021, nel quale la riforma amministrativa è considerata essenziale alla riuscita del

nell'economia di mercato e a offrire nuove delimitazioni e bilanciamenti di diritti e libertà fondamentali².

Di fronte alla tendenza in atto ho sentito l'esigenza di tornare a riflettere sul Testo costituzionale per verificare se dallo stesso non emergano precisi limiti a valutazioni politiche, amministrative e giudiziarie che, seppure suggerite da Unione europea o organismi internazionali, incidono su sovranità, democrazia e su quel "nocciolo duro" dei diritti e libertà che si è voluto proteggere anche dal potere pubblico³.

Più precisamente lo studio è volto a verificare se l'interesse del mercato, connaturato ad esigenze di crescita economica e interessi globali, non rischi di ridimensionare arbitrariamente prerogative dei singoli, finendo con il porsi in contrasto con la Costituzione⁴.

Il confronto tra poteri (poteri economici privati globali e poteri pubblici), che inevitabilmente si sta delineando, sottolinea la necessità che produzione ed esecuzione del diritto siano rigorose e controllabili.

Dinnanzi a continue emergenze che giustificano ridimensionamenti di diritti e libertà, nuove abitudini, costumi, valori e differenti priorità, divengono imprescindibili la richiesta di legittimazione democratico-costituzionale della le-

piano, non contenga chiare indicazioni delle misure e tempi per la sua realizzazione.

2 L.R. PERFETTI, *Diafora della buona fede. Aggiornamenti dal diritto dell'economia*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2/2022, 250, sottolinea come il provvedimento amministrativo sia divenuto una delle regole istituzionali del mercato «e, quindi, ciò che importa al mercato è, per un lato, la permanenza del vantaggio che arreca (sicché la dottrina dei diritti quesiti e dell'affidamento della Corte di Giustizia) e, per l'altro, la stabilità come condizione per la sua circolazione globale». Più esplicitamente: «Nella sostanza, legge e provvedimento amministrativo seguono le esigenze del mercato, le assecondano, le formalizzano in decisioni puntuali» (251).

3 L. TORCHIA, *Lo stato digitale. Una introduzione*, Bologna, 2023, 18, si esprime in termini di responsabilità per l'erogazione dei servizi di istruzione, sanitari, previdenziali, di assistenza.

4 Poiché il contenuto dei diritti fondamentali (anche l'ambito definito dalla Corte Costituzionale come nocciolo duro) non è oggettivamente delimitato, ma interpretato e attuato da politica amministrazione e magistratura, si rivela fondamentale precisare che la giustificazione delle decisioni garantisce che i custodi dei diritti esercitino l'inevitabile discrezionalità loro attribuita dandone conto e sottoponendo il proprio operato a vaglio critico V. VELLUZZI, *Metodo giuridico, legge e Stato costituzionale: note (convergenti) sulle riflessioni di Fabio Ciaramelli*, in *Etica & politica*, 2/2022, 378. L.R. PERFETTI, *Diafora della buona fede. Aggiornamenti dal diritto dell'economia*, cit., 234, sottolinea la «crisi dello Stato-di-diritto e dello stesso Stato-costituzionale, travolto dall'onda ordoliberal che funzionalizza in modo pragmatico il diritto al conseguimento di risultati economici, così come spazzato via dalla coppia globalizzazione/tecnologia».

galità istituita e un metodo giuridico che si configuri come controllo necessariamente retrospettivo della legittimità delle leggi⁵.

Il potere di incidere sulle situazioni soggettive altrui, troppo spesso giustificato da un sempre più imperscrutabile “interesse pubblico”⁶, richiede precise limitazioni e tutele che garantiscano il permanere di uno Stato rivolto alla persona e non soltanto al cittadino che produce ricchezza, indipendentemente da pressioni determinate da interessi economici globali.

Due gli assunti da cui partire.

La Costituzione non conferisce al potere esecutivo una posizione di supremazia o di privilegio sui cittadini, ma si limita ad assegnare all'amministrazione quel potere, e le sottese funzioni amministrative, finalizzato a rendere effettivi diritti e libertà fondamentali del popolo; il problema resta, quindi, l'interpretazione e la contemperazione di diritti e libertà, l'esplicazione dei valori come sintetizzati dal legislatore e attuati dall'amministrazione.

L'inefficienza amministrativa è correlata al fallimento della classe politica, all'incapacità di interpretare i bisogni dei cittadini e garantirne il benessere, all'impiego dell'amministrazione per finalità non sentite come rispondenti

5 V. VELLUZZI, *Metodo giuridico, legge e Stato costituzionale*, cit., richiamando le affermazioni di Fabio Ciarra, 374. A. BARBERA, art. 2, in *Commentario della Costituzione*, Bologna, Roma, 1975, 58, rileva, che «a parte una più o meno soddisfacente elencazione di astratti diritti è proprio la insufficienza di una strategia istituzionale delle libertà che appare più evidente nella nostra Costituzione: tesa più a riconoscere fragili “diritti soggettivi” di libertà che ad esigere salde “istituzioni di libertà”, più a garantire “azioni” che a promuovere “partecipazione”, più a confinare la libertà nella sfera privata che ad assumere la tutela mediante apposite istituzioni e a rafforzarne le garanzie mediante una diversa organizzazione della Pubblica amministrazione (resa ancorata al passato, peraltro, dal prestigioso carisma di imparzialità di cui all'art. 97 Cost.)»

6 Si riferisce a «trasformazioni del potere pubblico che sono evidentemente in atto», L.R. PERFETTI, *Diafora della buona fede. Aggiornamenti dal diritto dell'economia*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2/2022, 232. Mentre V. VELLUZZI, *Metodo giuridico, legge e Stato costituzionale*, cit., 377, evidenzia la necessità della certezza del diritto: «se il diritto, dunque, c'è per essere tendenzialmente certo, anche il diritto che fa perno sui diritti fondamentali non può sottrarsi alla tensione ideale verso la certezza giuridica. Se così stanno le cose, allora, diviene rilevante l'analisi e la proposta delle condizioni in grado di indirizzare il diritto dello Stato costituzionale verso l'ideale della certezza». Tale necessità si rende particolarmente rilevante nei confronti di diritti e libertà costituzionali consentendo di evitare di derogare, attraverso l'interpretazione politica, alle fondamenta del nostro ordinamento giuridico.

all'interesse pubblico delle persone o, comunque, rivelatesi inidonee a garantire prestazioni soddisfacenti.

In secondo luogo si ritiene di aderire all'interpretazione che ritiene la Costituzione non conferisca a cittadini che operano sul mercato una posizione di supremazia o di privilegio sugli altri cittadini, limitandosi a proclamare il diritto di proprietà, senza qualificare l'iniziativa economica privata come diritto fondamentale o ritenerla inviolabile⁷, anzi, nei suoi confronti sono individuati vincoli gravosi⁸, tanto da definirla libertà "dimidiata", di un rango diverso ed inferiore rispetto alle altre libertà⁹.

Diversa la prospettiva europea che, se non può essere ignorata, certamente richiede di essere interpretata in modo da non porsi in contrasto con i principi supremi e i diritti fondamentali dell'ordinamento costituzionale¹⁰.

Inevitabilmente il mercato finisce con il conferire ad alcuni soggetti privati il potere di incidere sulla sfera giuridica dei cittadini¹¹, creando un potere economico di cui spesso il legislatore si disinteressa¹².

7 M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 582.

8 Art. 41, co. 2 e 3. Cfr. Corte Cost. 4 ottobre 2010, n. 289, punto 3.3.3., dove, con riferimento alla libertà di impresa, si afferma che «*lo stesso legislatore costituzionale ha opportunamente costruito tale libertà non come assoluta, ma l'ha subordinata al vincolo costituito dal mancato contrasto, fra l'altro, con l'utilità sociale*».

9 M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit.

10 I controlimiti richiamano il carattere irrinunciabile di alcuni diritti fondamentali, A. TRAVI, *Questioni controverse di diritto amministrativo. Un dialogo tra Accademia e Giurisprudenza*, convegno 1 aprile 2022, Roma. Lo stesso A., A. TRAVI, *L'eccesso di potere fra diritto amministrativo e tutela giurisdizionale*, in *Scritti dedicati a Maurizio Converso*, Roma, 2016, 613 e 614, mette in evidenza che la giurisprudenza europea, perseguendo sempre *in primis* la tutela di interessi di ordine economico e industriale, giunge a decisioni che contrastano con il nostro ordinamento e con il Testo costituzionale, citando, come esempio, la giurisprudenza *Varec*, (Corte Giust., 14 febbraio 2008, in causa 450/06) e la direttiva europea sulle crisi bancarie (Direttiva n. 2014/59/UE (*Bank Recovery and Resolution Directive*, BRRD, recepita in Italia con il d.lgs. 16 novembre 2015, n. 180). In entrambe le ipotesi la Corte europea giunge a soluzioni bizzarre (bilanciamenti con interessi di ordine economico e industriale) che ridimensionano il ruolo del giudice e, di conseguenza, del diritto alla tutela giurisdizionale, pur di salvaguardare gli interessi di mercato.

11 I diritti del mercato consistono anche in poteri, esattamente come accade per i diritti di proprietà, poichè il loro esercizio produce effetti sulla sfera giuridica altrui, sul punto si veda S. PERONGINI, *Stato costituzionale di diritto e provvedimento amministrativo*, in *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, 2017, Torino, 1 ss.

12 F. MERUSI, *Per un divieto di cartolarizzazione del rischio di credito*, in *www.giustamm.it*, dove l'A. evidenzia: «*La tecnica della cartolarizzazione del rischio di credito era stata largamente imitata un po' dappertutto, era stata ed è insegnata nelle università più avanzate, addirittura in scuole private appositamente costituite, e, come sempre succede in questi casi, i discepoli hanno spesso superato i maestri nell'invenzione di prodotti*

Fatte queste premesse si può osservare che la complessità dell'attuale periodo storico non è determinata soltanto da pandemie, crisi economica, crisi politica nazionale e internazionale, ma dalla necessità di non perdere di vista diritti e libertà del popolo sovrano, che non necessariamente ricevono la migliore attuazione assecondando interessi europei o internazionali, ma sicuramente richiedono una politica e una amministrazione al servizio del cittadino¹³.

Autorità, diritto pubblico, democrazia sono interessati da una profonda trasformazione influenzata da globalismo e intelligenza artificiale nonché dai connessi interessi economici¹⁴.

Ogni atto amministrativo può avere un effetto economico, la tipologia dei provvedimenti amministrativi ad effetti economici dipende dalle finalità di politica economica che si intendono perseguire da parte del legislatore che attribuisce determinati poteri ad organi della pubblica amministrazione¹⁵, tali finalità, però, non possono porsi in contrasto con la Costituzione che, se suscet-

sempre più complicati, appetibili per la loro affermata redditività e incomprensibili, nella loro essenza, anche per acquirenti professionali. La catena della cartolarizzazione del rischio era dunque assai lunga e ricca di soggetti finanziari non bancari operanti sia nei mercati all'ingrosso, sia nei mercati al dettaglio.

*E le autorità di vigilanza? Si potrebbe subito rispondere che da loro c'era poco da aspettarsi dal momento che qualcuna di loro investiva parte del fondo pensioni dei propri dipendenti in hedge funds ... Un contagio da cartolarizzazione del rischio più che legittimo dal momento che nessuna legge o regolamentazione di alcun tipo proibiva la cartolarizzazione del rischio ... Né d'altro canto la pericolosità della cartolarizzazione del rischio di credito era facilmente percepibile isolando le singole fasi della catena di S. Antonio oggetto degli interventi delle autorità di vigilanza». Dello stesso A. si vedano, più ampiamente, *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche*, Torino, 2013; *Dalla banca pubblica alla fondazione privata*, Torino 2000.*

13 «L'intento è quello di mettere in luce l'opportunità di mantenersi sempre vigili sull'operato degli interpreti chiedendo loro l'adeguato impegno sul piano della giustificazione delle decisioni, piuttosto che cedere a un ingenuo (e incauto) ottimismo riguardo alla capacità dei giudici interpreti di dirigersi sempre e comunque nella giusta direzione riguardo alla tutela e alla valorizzazione dei diritti fondamentali» così V. VELLUZZI, *Metodo giuridico, legge e Stato costituzionale*, cit., 376.

14 «L'uomo e il territorio: entrambi sempre più grandi e incontrollabili. Nuovi spazi e nuovi bisogni, a cui il canto della legge giunge più flebile, perché si è astratto, nel tempo, rendendosi incomprensibile. Necessità di trovare misura. Che la legge torni misura per poter essere regola. E che questa misura torni a essere, per quanto possibile, quella dell'uomo. Che deve partecipare al concerto, se vuole; ma deve volerlo, se può; ma può, perché, come sempre, la tecnica glielo consente. Infine, il grande ruolo dell'amministrazione, da rendere una gabbia di seta e non d'acciaio, per costringere gli uomini alla partecipazione e alla solidarietà, che potrebbero essere, nel mondo globale, la nuova forma dell'obbligazione alla convivenza», P. SCHIERA, *Dal potere legale ai poteri globali. Legittimità e misura in politica*, in *Scienza e politica*, Quaderno n. 1, 2013, 3. Molto interessanti le osservazioni di G. TROPEA, *Biopolitica e diritto amministrativo del tempo pandemico*, Napoli, 2023.

15 Così F. MERUSI, *La disciplina pubblica delle attività economiche nel 150 anni dell'unità d'Italia*, in *Dir. e società*, 2012, 101.

tibile di lettura orientata alla conformità con il diritto europeo, certamente non si presta ad un eccessivo e ingiustificato ridimensionamento di taluni diritti e libertà a favore di altri.

L'Unione europea ha accentuato il diritto di iniziativa economica e il diritto di concorrenza, fornendo al potere economico, inevitabilmente, la capacità di incidere sulle sfere giuridiche individuali dei cittadini¹⁶.

Se inizialmente il principio di legalità è servito quale strumento di controllo del potere pubblico¹⁷, recentemente ha principalmente assolto il ruolo di indirizzare la funzionalizzazione a garanzia della concorrenza e, di conseguenza, all'organizzazione della società e delle istituzioni all'interno delle regole economiche¹⁸. Anche la disciplina del procedimento amministrativo, con gli accenti su semplificazione, partecipazione e trasparenza diviene paladina della tutela di libertà economica e concorrenza, tutelando l'iniziativa economica privata¹⁹.

Sono evidenti i profondi mutamenti che le politiche di semplificazione/liberalizzazione hanno introdotto nei confronti degli istituti del diritto ammini-

16 L. GALLI, *La coprogrammazione e la coprogettazione dei servizi di integrazione dei migranti*, Torino, 2022, 31. «L'art. 41, in altre parole, è divenuto il tramite per giustificare e proteggere la libertà economica sotto una duplice prospettiva. L'una di carattere soggettivo, connessa alla sopra-descritta possibilità dei singoli individui di avviare e svolgere un'attività produttiva in assenza di indebiti impedimenti da parte di altri soggetti dell'ordinamento. L'altra, di carattere oggettivo, risultante dalla somma di queste "imprese" individuali, ritenute indispensabili per la creazione di un mercato concorrenziale che sia motore primario del progresso sociale, economico e tecnologico. Un progresso, dunque, che scaturisce dalla continua competizione fra interessi individuali – tanto tra operatori economici privati, ognuno portato a massimizzare il proprio guadagno a discapito dell'altro, ma anche tra "produttori" e "acquirenti", stante i contrapposti interessi di guadagno e risparmio – che mantenga viva la spinta verso l'innovazione e la crescita». M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, 1998, 356 ss.; M. RAMAJOLI (voce), *Concorrenza (tutela della)*, in *Enc. dir., La funzione amministrativa*, Milano, 2022, 292 ss. L'intervento privato spesso non è determinato dalla volontà di partecipare attivamente alla cura del pubblico interesse, bensì dalla possibilità di monetizzare l'erogazione delle prestazioni.

17 La legalità intesa come misura del potere. Sul tema cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *In limine*, in *Dir. pubbl.*, 1995, VII; Id., *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia «non amministrativa» (Sonntagsgedanken)*, Milano, 2005, 63 ss.; A. TRAVI, *Rileggendo Orsi Battaglini, Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia «non amministrativa» (Sonntagsgedanken)*, in *Dir. pubbl.*, 2006, 91 ss.

18 L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.* 2013, 341 ss.; G. TROPEA, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, in *Dir. amm.*, 2016, 111.

19 Si veda il termine per la conclusione del procedimento, la scia, l'istituto del silenzio e, in particolare, del silenzio-assenso, la limitazione del potere di autotutela, l'accesso civico e il foia, etc.

strativo, spesso portati alle estreme conseguenze nel tentativo di utilizzarli in un'ottica di efficientismo economico.

Si è cristallizzata, altresì, la consapevolezza che il potere (capace di incidere significativamente e unilateralmente sulla sfera giuridica soggettiva delle persone) non è più solo pubblico, anzi, quest'ultimo deve necessariamente confrontarsi con interessi economici privati aventi rilevanza che trascende il nostro ordinamento giuridico, spesso in grado di influenzare le scelte pubbliche nazionali.

Nelle pagine che seguono si cercherà di porre in evidenza come il consolidamento di interessi economici globali e il contestuale ridimensionamento di autonomia del potere pubblico nazionale, dove l'amministrazione potrebbe divenire mero attuatore di algoritmi preconfezionati, non sembra la scelta idonea a garantire benefici alla profonda sofferenza dell'economia italiana e alla qualità di vita del popolo, e nemmeno una trasformazione compatibile con la Costituzione²⁰.

2. Il punto di partenza

La società attuale ha messo in evidenza debolezza, inadeguatezza e incapacità della politica (e del legislatore), decisamente sconfitta nell'attività di confronto con scienze non oggettive²¹.

Società complessa, labilità del potere politico, scienza e tecnica che si presentano ormai come discipline incerte; proprio laddove la scienza non è più ca-

20 V. VELLUZZI, op. cit., 378, «*La discrezionalità giudiziale è inevitabile, i caratteri e le esigenze dello Stato costituzionale la amplificano, ma proprio per questo è indispensabile ragionare sul come si possa evitare che la complessità dello Stato costituzionale, dei suoi presupposti, dei suoi contenuti e dei suoi compiti, si riduca al gioco (idealizzato) della discrezionalità dell'interprete*». Tale complessità, aggiungo, è ulteriormente aggravata dalle pressioni della globalizzazione e, come si tenterà di evidenziare, da un possibile controllo e indirizzo delle decisioni tramite strumenti dell'intelligenza artificiale.

21 Quando l'attività legislativa è rivolta alla regolazione di settori ampiamente condizionati dalle acquisizioni scientifiche, come per esempio la salute o l'ambiente, l'errata considerazione o del dato o del fatto tecnico-scientifico può avere conseguenze dirette sulla scelta legislativa, comportando vistosi errori del legislatore. Cfr. A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione e contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018, 143 ss.; D. SERVETTI, *Riserva di scienza e tutela della salute. L'incidenza delle valutazioni tecnico-scientifiche di ambito sanitario sulle attività legislative e giurisdizionale*, Pisa, 2019, 206 ss.

pace di fornire risposte certe dovrebbe svolgersi la scelta politica e poi attuarsi quella amministrativa e, invece, la prima ha finito con il piegare la scienza a vantaggio dell'economia (focalizzando l'attenzione unicamente sulla crescita del PIL) e l'amministrazione è stata declassata al ruolo di ostacolo allo sviluppo economico del Paese.

Si è convinti che tale percorso sia obbligato, perché conseguenza imposta dalla *primauté* del diritto europeo; il nostro legislatore, si ritiene, gode di ridotti margini di libertà e, nell'attuare le politiche di semplificazione e liberalizzazione inevitabilmente è tenuto a ridimensionare il potere discrezionale dell'amministrazione, finendo con l'incidere sull'attuazione dei diritti e delle libertà fondamentali²².

Eppure il Testo costituzionale si caratterizza per contenere garanzie negative e garanzie positive: le prime costituiscono un limite al pubblico potere a tutela dei diritti e libertà del cittadino, le seconde impongono all'amministrazione obblighi o doveri di fare, sono protese a migliorare le condizioni sociali di vita²³. Una politica influenzata dai poteri economici privati e un'amministrazione inefficiente si pongono in contrasto con la Costituzione.

La priorità politica e amministrativa pare ormai coincidere con risposte efficaci alle istanze del mondo imprenditoriale di prevedibilità e certezza²⁴.

La liberalizzazione mediante semplificazione è intesa e attuata come rimozione del necessario assenso pubblicistico all'avvio dell'attività economica e deve necessariamente comportare la riduzione della discrezionalità amministrativa nei confronti delle attività economiche²⁵. Ecco che la Scia può operare in

22 G. TROPEA, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni*, cit., 113.

23 S. PERONGINI, *Stato costituzionale di diritto e provvedimento amministrativo*, in *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, 2017, cit. 7.

24 L. FERRAJOLI, *La democrazia costituzionale, Le concezioni solamente formali della democrazia*, in *Revus*, n. 18, 2012, <https://doi.org/10.4000/revus.2291>: «C'è in proposito un equivoco nella tradizione liberale, che ha lungamente pesato nella concezione e nella costruzione dello "stato di diritto". Contrariamente alla loro configurazione corrente come "diritti di libertà", risalente a John Locke, questi "diritti di autonomia" sono infatti poteri, oltre che diritti fondamentali, dato che il loro esercizio consiste, diversamente da quello dei diritti di libertà, in atti precettivi produttivi di effetti normativi anche nella sfera giuridica altrui».

25 S. TORRICELLI, *Libertà economiche europee e regime del provvedimento amministrativo nazionale*, cit., 68; G. TROPEA, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni*, cit., 136 ss.

ambiti dove sarebbe richiesto esercizio di discrezionalità tecnica e il silenzio-assenso si sostituisce alla valutazione degli interessi pubblici da parte dell'amministrazione e (come la stessa scia) a prescindere dalla rilevanza degli interessi pubblici coinvolti e nonostante la complessità delle previsioni normative che non sempre rendono agevole per il privato comprendere l'effettiva sussistenza dei presupposti sostanziali affinché gli istituti possano trovare applicazione²⁶.

Nello stesso tempo si assiste a irresponsabilità politica e sempre maggiore deresponsabilizzazione dell'amministrazione che torna a ricoprire il ruolo di "passacarte" di Balzac²⁷. I funzionari, identificati come impreparati, fonte di ritardi e di incertezze, sono sempre più controllati e sostituiti dall'iniziativa privata²⁸.

L'attuazione della Costituzione e, quindi, i diritti e le libertà fondamentali, però, non pare possa essere affidata alla responsabilità del privato. Il privato non è un soggetto pubblico e non è preposto alla tutela degli interessi del popolo sovrano, le scelte sono libere e non finalizzate all'attuazione degli interessi della collettività che rischierebbero di essere facilmente interpretati per la soddisfazione di interessi imprenditoriali²⁹.

Salvaguardare gli interessi pubblici e tutelare i diritti fondamentali richiede l'abile applicazione di principi di proporzionalità, precauzione e ragionevole-

26 N. PAOLANTONIO- W. GIULIETTI, *La segnalazione certificata di inizio attività*, 756 ss.; B.G. MATTARELLA, *la Scia, ovvero dell'ostinazione del legislatore pigro*, 1330.

27 R. GAROFOLI, *Semplificazione e liberalizzazione dell'attività amministrativa nel contesto del riformismo italiano degli ultimi decenni*, in www.giustizia-amministrativa.it.

28 Si pensi alle forme di accesso introdotte per garantire un controllo sull'amministrazione o alle ipotesi di silenzio e scia dove si ritiene che l'attività economica possa prescindere dalla previa valutazione amministrativa.

29 Il conflitto tra la ricerca individuale e egoistica del profitto e l'interesse dell'intera società la cui soluzione non può essere lasciata alle regole di mercato ma è compito di valutazione politica e di attuazione amministrativa. «*La legge, nella sua assolutezza, può essere il comando arbitrario che costruisce e rafforza sistemi di dominio incontrollati e che priva dei diritti elementari (compreso il diritto alla vita) individui e gruppi*» e ancora «*Le teorie odierne della democrazia si basano tutte su un più o meno assoluto o temperato diritto della maggioranza di mettere per iscritto la propria volontà, e sulla proclamazione del dovere della minoranza (...) di piegarsi a quella regola*», così G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge*, Torino, 2009, rispettivamente 18 e 27. Si aggiunge qui che la maggioranza spesso rappresenta unicamente gli interessi delle forze sociali che possono imporsi economicamente.

lezza. Se l'Unione europea persegue l'efficienza e tutela il mercato, nello stesso tempo ammette limiti e deroghe che nel nostro ordinamento trovano fondamento nei principi fondamentali del Testo costituzionale³⁰.

Si tenterà di evidenziare come una soluzione possa essere individuata in una diversa concezione dell'amministrazione che torna ad essere al servizio del popolo sovrano, perdendo le fattezze di una enorme macchina di sprechi, inefficienze e corruzione, obbligata ad indietreggiare dinnanzi agli interessi di mercato degli imprenditori privati. Ma soprattutto una amministrazione guidata da una politica che si libera dalle emergenze e dalle limitazioni di diritti e libertà fondamentali, una politica che non risponda soltanto a pressioni sovranazionali, ma che si renda trasparente e responsabile nei confronti del popolo sovrano in adempimento ai doveri democratici, rivalutando la sovranità interna ed esterna.

Etica, pedagogia sociale e responsabilità politica possono divenire gli istituti per il rinnovamento, ma anche lo strumento per evitare che lo scontro tra potere pubblico e potere economico privato si risolva a vantaggio del secondo a danno dei cittadini.

Non si può prescindere dal potere pubblico e dal confronto e responsabilità dello stesso verso i cittadini; il benessere e i diritti fondamentali non si prestano a essere interpretati dal mondo economico, pena il loro snaturamento.

30 «Principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale» e «diritti inalienabili della persona umana», costituiscono il limite elaborato dalla Consulta alla primazia del diritto europeo su quello nazionale. 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)».

Troppe volte ormai il legislatore ha pensato di incidere sui problemi dell'amministrazione intervenendo con leggi *ad hoc* nel tentativo di riformarla³¹, ma aggiungere nuove norme, alimentando confusione e difficoltà interpretative, creare sempre nuovi enti di controllo e adempimenti formali, comporta dispersione di responsabilità, inutili formalismi, aumento di costi e corruzione³².

Alla politica, che è stata finora in mano ai partiti, contraddistinguendosi principalmente per la spartizione dei posti, dovrebbe attribuirsi un ruolo attivo di implementazione delle prescrizioni costituzionali che mal si adatta alla continua limitazione della discrezionalità amministrativa a favore del mercato, ruolo che pare comportare costi maggiori per il benessere dei cittadini rispetto alla crisi economica che si vorrebbe risolvere (povertà, ambiente, salute...).

Si tenterà di sottolineare la necessità di una amministrazione capace di adempiere ai propri doveri con la stessa dedizione che vi impiegherebbe l'imprenditore di azienda, che si muove su basi eticamente aderenti al suo ruolo costituzionale perché l'attività amministrativa è un dovere al servizio del sovrano. Servono strumenti per superare l'indifferenza, garantire l'agire amministrativo e la responsabilità dei funzionari e politici³³.

Se la politica, infatti, continuerà a restare staccata da esigenze e volontà del popolo sovrano, anzitutto perché immune da qualsiasi responsabilità, ma anche perché influenzata da forti poteri economici, non potrà che essere l'amministrazione a ristabilire quel nesso e continuo confronto con la Costitu-

31 Osserva V. VISCO, *Il culto del diritto amministrativo frena la ricostruzione della P.A.?*, in www.ridiam.it, riferendosi all'assetto istituzionale dell'amministrazione «*Si tratta di un insieme organico e ipertrofico di norme, regolamenti, procedure, che sovrintendono al funzionamento delle pubbliche amministrazioni, norme primarie e secondarie, per lo più analitiche e di dettaglio piuttosto che di principio. Regole finalizzate al funzionamento degli apparati, ma prive di ogni relazione con la realtà oggetto dell'amministrazione e con le finalità concrete della stessa attività amministrativa. Frutto di una visione legalistica ed espressione di una coerenza in tema che prescinde non solo dagli esiti concreti dell'attività amministrativa, ma anche dalla realtà*».

32 Significativo è l'esempio dell'Università dove gli adempimenti formali e i controlli hanno inevitabilmente tolto grande spazio alla ricerca senza apportare aumento di efficienza. I nostri grandi Maestri sono rimasti irraggiungibili mentre noi contribuiamo ad aumentare la burocratizzazione di insegnamento e ricerca.

33 G.P. ROSSI, *Il culto del diritto amministrativo frena la ricostruzione della P.A.?*, in www.ridiam.it

zione per garantirne l'implementazione nel rispetto di quanto emerge dal confronto con i cittadini³⁴. E non potrà farlo mediante applicazione di algoritmi.

3. Il presunto colpevole, incapace e costoso ma mai responsabilizzato e qualificato

L'attenzione deve spostarsi sull'amministrazione e sulla sua imprescindibile funzione che non si presta ad essere ceduta al potere di mercato.

Si cercherà di esaminare quali aspetti si ritiene siano particolarmente nemici di una buona amministrazione e di comprendere i meccanismi che possono aver inciso su costi e inefficienza.

Può anzitutto osservarsi che l'eccesso di formalismo garantisce il controllo, ma è nemico dell'efficienza. La «calata dei timbri»³⁵ ha inciso profondamente nel nostro rapporto con l'amministrazione e l'attuale tendenza alla proliferazione di sempre più numerosi organi/uffici, con la moltiplicazione di com-

34 Molto delicata la scelta politica, ormai consolidata, di affidare il finanziamento della ricerca scientifica a soggetti privati.

35 D. DE CAROLIS, *Flaiano e la pubblica amministrazione*, Rea, 2010, 49 e 50, richiamando E. FLAIANO, *Le ombre bianche, Dei timbri e dei ladri*, Opere 1947-1972, 1382-83, riporta: «Dopo la calata di Goti, dei Visigoti, dei Vandali, degli Unni e dei Cimbri, la più rovinosa per l'Italia fu la calata dei Timbri. Erano costoro barbari di ceppo incerto, alcuni dicono autoctoni, dall'aspetto dimesso e famelico, che ispiravano più pietà che terrore. Invece di assediare le città e passarle, una volta occupata, a ferro e fuoco, essi usavano piccole frotte: senza dar nell'occhio. E vi si stabilivano a spese della comunità, rendendo piccoli servizi inutili ma che col tempo venivano ritenuti indispensabili. Ben presto ci si accorgeva che era impossibile fare qualcosa senza di loro. Né promettere, né mantenere o andare a nozze o vendere. Portati per natura a discutere di ogni cosa e all'approfondimento implacabile e cavilloso delle più semplici leggi e costumanze, i Timbri si trovarono a possedere le chiavi di tutto. Senza la benevolenza di un Timbro non si poteva nemmeno morire, e se questo vi pare assurdo, vi dirò che si poteva sì morire, ma non essere creduto. Nel tempo furono fatte varie leggi per contenere la loro preponderanza. Ma tutte erano viziate all'origine dalla necessità che anche per rendere esecutive quelle leggi occorresse un Timbro. La moltiplicazione dei Timbri, estremamente prolifici, era anche favorita dalla pratica che questi barbari affermarono, sospettosi com'erano anche dei propri simili, di doversi approvare l'un l'altro. Sicché diventavano necessari in numero sempre maggiore. E ve n'erano di varia importanza, dai più umili, i Lineari, ai più importanti, i Tondi, ma nessuno disposto a subire il predominio degli altri. Perciò feroci lotte intestine, che ancora oggi perdurano. Non è infrequente nei pubblici uffici, allorché ritenete di avere assolto ai vostri obblighi verso i Timbri, che qualcuno vi dica: Manca il Timbro Tondo, o Lineare, o Secco, o Punzone. Bisogna mettersi alla ricerca dell'assente, blandirlo, convincerlo, spesso corromperlo. La vostra identità, la vostra nascita, la vostra famiglia, i vostri beni, il semplice fatto che siete in vita, tutto è messo in dubbio dall'assenza di un solo Timbro; e così essi hanno stabilito che nessun cittadino può dirsi esistente senza il loro totale consenso. Colpita alla radice, la società patriarcale e nominale cadde preda di questi barbari, che ancora oggi governano l'Italia con il più semplice e astuto dei mezzi: ignorandola, anzi immersi nella continua contemplazione della loro forza, che nessun mutamento ha mai potuto domare; poiché è dimostrato che i mutamenti eccitano i Timbri fino al delirio. Per un po' scompaiono, ma subito tornano più forti e resistenti di prima, come succede del resto con certe specie di insetti».

petenze ed enti di controllo, non fa altro che garantire la resa completa dell'attività amministrativa al temibile nemico.

Siamo passati da un'amministrazione distaccata e in posizione di primazia rispetto al cittadino ad una amministrazione trasparente e partecipata, ma, ciò nonostante, sempre incapace di soddisfare i bisogni dei cittadini in modo soddisfacente.

D'altra parte l'arretramento dell'amministrazione (o, più elegantemente, la semplificazione amministrativa), finalizzato a tutelare chi intende intraprendere attività economiche, altro non è che l'esplicita previsione di possibile deroga all'*iter* per ottenere il timbro. Così mentre un cittadino deve rinunciare alla vacanza all'estero perché l'amministrazione non riesce a concludere il procedimento per il rinnovo del passaporto nei termini, anzi nemmeno consente di presentare l'istanza per l'avvio del procedimento³⁶, all'imprenditore, per l'installazione delle strutture e degli apparati di telecomunicazioni, basterà attendere novanta giorni dalla presentazione delle istanze di autorizzazione³⁷.

Come osservato: «*Limiti e vincoli espressi da norme sostanziali, ben al di là delle deboli regole in materia di lavoro o di tutela dell'ambiente e dei consumatori, andrebbero peraltro introdotti anche a quei diritti-poteri che come si è detto sono i diritti civili di autonomia privata, onde impedirne l'odierno carattere sregolato e selvaggio, responsabile, come si vedrà più oltre di gravissime crisi economiche che rischiano di trasformarsi in crisi della democrazia*»³⁸.

Pare evidente la contraddizione: crisi economica, guerra, cambiamento climatico, pandemie, lotta all'informazione e digitalizzazione mettono a nudo

36 Sono note le difficoltà che si incontrano per ottenere semplici rinnovi dei documenti di identità (impossibilità di presentare l'istanza, necessariamente online, prima di 6/7 mesi, tempi lunghi per la conclusione del procedimento che, per il rinnovo del passaporto, è di circa 4 mesi, in palese violazione dei previsti 30 giorni).

37 Così il Codice delle comunicazioni elettroniche, cfr. C. MARI, *Le procedure amministrative semplificate per le fonti energetiche alternative nel quadro normativo europeo*, in *Rivista reg. mercati*, fasc.1, 2020: «*La semplificazione svolge un ruolo determinante nei settori caratterizzati da complessità degli interventi da realizzare che coinvolgono una molteplicità di interessi pubblici e privati e che richiedono necessariamente una autorizzazione*».

38 L. FERRAJOLI, *La democrazia costituzionale, Le concezioni solamente formali della democrazia*, cit.

l'inefficienza dell'amministrazione ma, nello stesso tempo, pare sparita ogni esigenza di contenimento della portata espansiva dell'autorità nei confronti del cittadino o del pubblico dipendente, irrimediabilmente sopraffatti da controllo e formalismo quale male necessario per consentire all'amministrazione di operare. A salvarsi da tale accanimento è il solo potere economico che pare immune da autorità e controllo.

Proprio nei confronti dei soggetti deboli vanno ad abbattersi i "mali" dell'amministrazione che mantengono, però, indenni gli interessi di mercato dove si garantisce tempestività e certezza, snaturando così la funzione amministrativa che diviene l'ostacolo principale all'attuazione di diritti e libertà del cittadino.

E' fortemente condivisa in questo periodo di crisi la percezione dell'amministrazione quale apparato inutile e costoso che, anziché evolversi per rispondere all'implementazione di diritti e libertà fondamentali, resta sopraffatta da riunioni, compilazione di moduli, verbali, schede, report, lasciando al libero mercato la parte di attività che dovrebbe garantire il benessere del popolo e crescita economica.

E' altresì nota l'influenza degli imprenditori privati sulle scelte politiche e amministrative³⁹. Se l'amministrazione partecipata e trasparente consente astrattamente una maggiore considerazione dei bisogni sociali e interventi più efficaci, occorre, d'altra parte, garantire che il cittadino bisognoso possa far sentire la propria voce e che questa non sia sopraffatta da interessi di soggetti economicamente influenti⁴⁰.

39 P.L. PETRILLO, *La "guerra" tra gli organi costituzionali in Brasile e l'impeachment del Presidente dell'Unione*, in *Osservatorioaic.it*, 18.4.2016, osserva come il legame tra imprese e politica è noto e non è un caso isolato un sistema diffuso e strutturato di corruzione della politica basato su finanziamenti dello Stato a favore delle grandi imprese pubbliche che, a loro volta, giravano parte di questi contributi in favore di politici di tutti gli schieramenti.

40 Cfr. E. CARLONI, *Interessi organizzati, lobbying e decisione pubblica*, in F. MERLONI - R. CAVALLO PERIN (a cura di), *Al servizio della Nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, Milano, 2009, 109.

Altrettanto conosciute sono le difficoltà di sindacare nel merito le decisioni politiche⁴¹ e una regolamentazione giuridica rischia «di non cogliere i fenomeni reali che spesso tendono a svolgersi dietro le quinte, e di delineare procedure molto artificiali e il più delle volte inefficaci»⁴². E se tali considerazioni sono ben note nei confronti delle pressioni di interessi di categoria, è inimmaginabile l'influenza che possano esercitare poteri economici forti che trainano il percorso verso la globalizzazione.

Tra i molti tentativi per apportare miglioramenti nella compagine amministrativa, l'efficiente sistema di pianificazione è stato indicato quale condizione indispensabile per garantire un buon sistema di reclutamento. La pianificazione del reclutamento deve essere coerente con gli obiettivi strategici delle amministrazioni e tenere in considerazione le funzioni da sviluppare, le aree e/o i processi da razionalizzare/semplificare, la necessità di contenere i costi.

Il legislatore ha previsto la redazione dei piani triennali e annuali dei fabbisogni⁴³, di fatto, però, tali piani sistematicamente eludono la finalità principale della norma, riducendosi ad una mera compilazione, un esercizio formale e burocratico con l'unico risultato di appesantire il carico di lavoro dei dipendenti pubblici⁴⁴.

41 B.G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà*, Bologna, 2007, 76: «*« non si può controllare il merito delle loro decisioni, occorre intervenire sui processi di selezione dei decisori e di formazione delle decisioni stesse »*».

42 N. LUPO, *Quale regolazione del lobbying?*, in *Amministrazione in Cammino*, 2015. L'A. evidenzia che è possibile «disciplinare con accuratezza il rapporto dei lobbisti con deputati e senatori, o anche gli accessi dei lobbisti ai palazzi di Camera e Senato, ma il tutto finisce per essere del tutto vanificato dalle figure di ex parlamentari che fungono da lobbisti e altresì – assai più frequentemente di quanto si creda – da quelli che chiamerei parlamentari – lobbisti, ossia deputati e senatori che, come finalità essenziale o persino unica del loro mandato parlamentare, hanno appunto quella di perseguire ed appoggiare le richieste di una categoria o di un gruppo di interesse». Sul controllo delle lobbies attraverso trasparenza e normativa anticorruzione si cfr. D. DAVID, *Lobbying, gruppi di interesse e regolazione amministrativa: alcuni segnali di cambiamento?*, in *Federalismi.it*. In realtà qui il tema è più ampio fino a trascendere da interessi di categorie per includere gli interessi di poteri globali influenti.

43 Ci si riferisce alla c.d. Riforma Madia, art. 2, d. lgs. n. 75/2017, come mod.

44 Nessuna azienda privata si potrebbe mai permettere di introdurre simili procedure perché finirebbe con l'impiegare i propri dipendenti a svolgere attività di compilazione moduli (peraltro mai verificati da alcuno) distraendoli dall'incarico affidato.

L'irreperibilità dei dati consente poi alle amministrazioni di adattare la pianificazione alle esigenze degli organi politici o di singoli soggetti, risultando estremamente difficoltosa qualunque valutazione in merito alla veridicità degli stessi. Le scelte in materia di fabbisogno del personale e, quindi, di reclutamento restano, totalmente opache, insindacabili nonostante la continua proclamazione della realizzazione della trasparenza amministrativa⁴⁵.

Anche per quanto attiene al controllo dell'impiego delle risorse pubbliche disponibili, ovviamente, non potrà valutarsi se le stesse sono state impiegate nel perseguimento dell'ottimizzazione.

Finora pianificazione e controllo si sono ridotti in inutili formalismi che hanno finito, se possibile, con l'incidere con maggiore forza sull'inefficienza amministrativa.

Eppure il legislatore pare continuare a perseguire due obiettivi contrastanti: da un lato, l'impegno in continue riforme, la ricerca del cambiamento attraverso l'imposizione di sempre più numerosi adempimenti per obbligare la PA a conformarsi ad obblighi di predeterminazione e trasparenza, d'altro lato, l'ampio utilizzo di istituti che consentono di prescindere dall'intervento dell'amministrazione, ridimensionandone di fatto le prerogative quando sono in rilievo interessi di mercato⁴⁶.

La disciplina normativa incide sugli atti dell'amministrazione, sull'attività (procedimentale o contrattuale), sul modello organizzativo e sui soggetti⁴⁷: i continui interventi legislativi sono finalizzati a rendere l'amministrazione sempre più controllata e imbrigliata e questo dovrebbe renderla meno corrotta e più efficiente.

L'accessibilità totale delle informazioni e dei documenti riguardanti l'amministrazione diviene lo strumento privilegiato per garantire il buon anda-

45 C. CARMOSINO e altri, *Lo stato dell'amministrazione: dati di partenza e chiavi interpretative*, cit.

46 Si veda già F. MERUSI, *Metamorfosi nell'intervento pubblico nell'economia. Dall'autorizzazione alla riserva di provvedimento inhibitorio*, cit.

47 L. n. 241/1990 e s.m.; L. n. 190/2012 e s.m.; D. lgs., n. 33/2013 e s.m.; D. lgs., n. 39/2013 e s.m.

mento, sembra, però, si sia attuata esclusivamente la pubblicità dell'agire amministrativo (l'amministrazione si adopera per portare all'esterno le notizie che devono essere rese note) ma ancora manchi la trasparenza quale condizione stessa dell'agire amministrativo che ne garantirebbe comprensione e verifica. Ancora una volta si è burocratizzato l'agire per pubblicare, ma la casa dell'amministrazione è tutt'altro che di vetro⁴⁸. Si paragona l'amministrazione all'azienda privata, ma si dimentica che gli imprenditori non sono tenuti al rispetto dei sempre più numerosi adempimenti formali e controlli che caratterizzano un'amministrazione il cui agire è sempre più predeterminato e racchiuso in algoritmi⁴⁹. L'amministrazione dovrebbe essere l'interprete della realtà sociale, come ricordava Benvenuti, comprendendone i mutamenti⁵⁰, attuare quel diritto introdotto per soddisfare le esigenze del sistema sociale in cui esso vive, senza trasformarlo in strumento di potere per inseguire politiche economiche ed emergenze che finiscono per utilizzare l'interesse pubblico per soddisfare soltanto alcuni interessi ridimensionando l'esercizio dei diritti fondamentali⁵¹.

Per operare in una società complessa la PA necessita di autonomia e di personale esperto in diversi settori (giuridico, economico, finanziario, ingegneristico) mettendo a frutto quell'imprescindibile confronto tra scienze diverse che solo può garantire una adeguata conoscenza dell'ambito di intervento.

Emerge così un altro problema, quello di interpretare la Costituzione e garantire al cittadino libertà, uguaglianza e diritti fondamentali fornendo a tali principi un significato concreto e condiviso nella realtà attuale⁵².

48 M.C. CAVALLARO, *Garanzie della trasparenza amministrativa e tutela dei privati*, in *Dir. amm.*, 2015, 121 ss., richiama la necessità che «la selezione delle persone che devono operare all'interno della struttura amministrativa avvenga in modo oggettivo e sulla base del merito; attraverso la previsione che dentro l'amministrazione ciascuno operi nel rispetto delle proprie competenze e vincolato alle proprie responsabilità».

49 N. BOBBIO, *Democrazia e segreto*, Torino (Einaudi), 2011, dove la democrazia è definita come quel regime che deve assicurare la massima libertà dei singoli e deve garantirne la tutela dal rischio di un'eccessiva invadenza dei pubblici poteri nella loro sfera privata.

50 F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo. Parte generale*, Padova, 1987, 8.

51 Interessanti le riflessioni sul ruolo che ha assunto la buona fede nel perseguire tali finalità, L.R. PERFETTI, *Diafora della buona fede*, cit.

52 L. FERRAJOLI, *La democrazia costituzionale, Le concezioni solamente formali della democrazia*, cit.: «va aggiunta, alla dimensione formale della democrazia basata sui diritti politici e sui diritti civili, una dimensione sostanziale, relativa al "che cosa", cioè alla sostanza delle decisioni, sia pubbliche che pri-

In tale percorso molto fa riflettere tale affermazione: «*Suggerisco caldamente che chi apprezza la libertà individuale rivaluti il ruolo dell'individuo entro l'ordinamento giuridico nel suo complesso. Non è più questione di difendere questa o quella libertà particolare – di scambio, di parola, di associazione, etc., – né di decidere quali legislazioni “buone” dobbiamo adottare al posto di altre “cattive”. Si tratta di decidere se la libertà individuale sia compatibile in linea di principio con gli attuali ordinamenti, incentrati e quasi completamente identificati con la legislazione*»⁵³.

4. Il cambiamento, una nuova solidarietà

La soluzione dei conflitti tra più interessi pubblici che coesistono e confliggono non può essere cercata nella Costituzione, perché la stessa pone gli interessi pubblici tutti nello stesso piano, se non altro perché le norme che prevedono questi interessi hanno lo stesso rango giuridico. La soluzione dei conflitti fra gli interessi pubblici spetta al legislatore, ossia al responsabile delle politiche pubbliche⁵⁴.

Tuttavia, in presenza di gruppi di pressione con evidente influenza sugli esiti legislativi, l'idea che il legislatore debba perseguire disinteressatamente il “pubblico interesse” o il “benessere generale”, come qualcosa di indipendente dell'interesse economico privato, è messa seriamente in discussione⁵⁵.

vate. Nelle odierne democrazie dotate di costituzione rigida, infatti, il rispetto delle regole sulla forma delle decisioni, a cominciare dalle leggi, è necessario ad assicurarne il vigore e la validità formale, ma non è sufficiente a garantirne la validità sostanziale. Perché una legge sia valida è altresì necessaria la coerenza dei suoi significati con regole e principi che ben possiamo chiamare norme sostanziali sulla produzione dato che investono, appunto, i contenuti e perciò la sostanza delle decisioni. Queste regole sono quelle stabilite di solito nella prima parte delle carte costituzionali: i diritti fondamentali, il principio di uguaglianza, il principio della pace e simili, cui corrispondono altrettanti limiti o vincoli di contenuto ai poteri di maggioranza».

53 B. LEONI, *La libertà e la legge*, Liberilibri editrice, 1995, 50.

54 G. CORSO, *La necessità di un bene comune*, in *Liber amicorum per Marco D'Alberti*, Torino, 2022, 365. Si veda L. RAVA, *La scienza dell'amministrazione nelle sue origini italiane e nel suo più recente sviluppo* (1898), in L. RAVA, *Un pensiero per lo Stato. Antologia di un riformatore*, Vicenza, 2022, 163: «*la vera politica è ben altro. Non soffoca, alimenta il diritto e lo ritempra e lo trasforma e lo muove. Il diritto come misura ha di fronte l'idea; la politica come impulso ha di fronte l'ideale. Così la politica aggiunge al diritto quello che il sentimento al cervello, e ne mitiga i rigidi sillogismi e lo fa entrare nella vita. Il diritto non può concepirsi come un nucleo immobile di principii assoluti. Politica e scienza sociale dunque non lavorano contro o fuori il diritto: ma lavorano col diritto e per il diritto, e sottopongono alla sua sfera di azione e di coordinamento nuovi rapporti che domandano di uscir dall'arbitrario indeterminato ed entrare, per utilità comune, nella sfera del regolato e dell'obbligatorio*».

55 Così G. CORSO, *La necessità di un bene comune*, cit., 370.

Eppure, in seguito ai recenti traumatici avvenimenti (crisi finanziaria, pandemia, guerra), la speranza è nuovamente rimessa nella mano protettrice dello Stato che immediatamente risponde con nuove leggi, regolamenti, sussidi, premi, privilegi, tasse, spesa pubblica: una mano che rischia di distruggere la libertà e diritti.

E' proprio la Costituzione che, nell'affermare all'art. 97 Cost. che l'amministrazione opera in modo imparziale ed efficiente, si mostra pienamente consapevole che possa non essere così infatti, subito dopo, sancisce che «*Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa*»⁵⁶. Il Testo costituzionale ha consentito di legittimare gli interventi dell'amministrazione in via autoritativa consacrando la tutela del cittadino, mediante la giurisdizione amministrativa e consacrando la posizione soggettiva di interesse legittimo. Si legittima il potere pubblico, ma si è consapevoli che lo stesso può essere male esercitato e si prevede una tutela effettiva nei confronti del suo abuso.

Ciò che sfugge è la sempre maggiore difficoltà nell'individuare un interesse pubblico condiviso dai cittadini, non necessariamente rispondente a quanto richiesto a livello europeo o globale. In altre parole sfugge la pressione e possibile influenza sulle scelte politiche di un potere altrettanto autoritativo di cui sono dotati i "mercati", regolamentati mediante disciplina creata *ad hoc* che spesso sfugge al novero delle fonti formali nazionali o internazionali, la c.d. *soft law*⁵⁷.

Attraverso la globalizzazione si stanno delineando processi di autogiuridificazione di attori sociali diversificati che, con fonti che sfuggono alla nostra "piramide", regolamentano comportamenti nuovi che nascono da necessità storiche del momento. Il rischio evidente è che si finisca con l'imporre al popolo sovrano interessi di gruppi ristretti capaci di influire sulle decisioni politiche,

56 Art. 113, co. 1, Cost.

57 Sul tema A. ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2021.

dagli interessi economici allo stile di vita fino al codice di comportamento e agli stessi valori da salvaguardare.

Diritto costituzionale e diritto amministrativo, discipline a contenuto strettamente legato al territorio nazionale, perderebbero così la propria ragione d'essere volta alla costante ricerca dell'interesse pubblico nazionale⁵⁸.

Osservazione, controllo e amministrazione, eccesso di burocrazia nei confronti del cittadino, semplificazione e azioni efficaci nei confronti dell'imprenditore non paiono strumenti idonei ad attuare il Testo costituzionale⁵⁹.

Stato e mercato, entrambi indispensabili per garantire diritti e libertà fondamentali, con etica e diritto, devono individuare soluzioni equilibrate che mai comportino l'eccessivo arretramento dell'uno a vantaggio dell'altro.

Il buon tecnico, anche in politica, agisce in base alla propria competenza specifica ed è proprio per questo che la stessa deve dimostrarsi adeguata all'intreccio sempre più complesso di bisogni e risposte provenienti dalla società, aprendo le valutazioni a conoscenze che possano colmare quella giuridica (di natura economica, sociale, politica, comunicativa)⁶⁰ con la consapevolezza

58 G. CORSO, *La necessità di un bene comune*, cit., 373, parla di pressioni per ottenere guadagni differenziali con mezzi politici.

59 *Guida pratica per una pubblica amministrazione di qualità*, in <http://ec.europa.eu/esf/toolbox>: «I partiti al potere definiscono le regole dell'amministrazione, che sono soggette al controllo, e possono decidere se il quadro normativo e procedurale debba essere al servizio dell'interesse pubblico o di interessi politici/privati; il che è di per sé una forma di 'corruzione legale' che non è etica ed è contraria ai principi della buona governance». 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 poichè l'incertezza che caratterizza le evidenze scientifiche è sempre e necessariamente colmata con valutazioni politiche che tengono in considerazione fattori sociali, politici ed economici.

60 F. BENVENUTI, *Nuovo Stato e crisi delle scienze politiche* (1994), ora in F. BENVENUTI, *Amministrazione*, 628, in merito alla insufficienza di una considerazione solo giuridica del fenomeno amministrativo, afferma: «la tradizionale considerazione della amministrazione sotto il profilo del diritto che la concerne, seppure conserva una sua logica fondamentale, tuttavia non è sufficiente a far comprendere il fenomeno nella sua interezza». Cfr. anche F. CORTESE, *Diritto amministrativo e altri saperi: nuove opportunità per la Scienza dell'amministrazione?*, in *Milan Law Review*, n. 2/2022; G. PASCUZZI, *Quale formazione per la ricerca interdisciplinare?*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, n. 1/2021, 337

della ormai conclamata incertezza dei saperi scientifici e il rischio che studi e ricerche possano perseguire interessi privati⁶¹.

Seppure consapevole della rilevanza del diritto europeo e del fenomeno della globalizzazione, ritengo fondamentale non perdere di vista l'interesse nazionale e del popolo italiano che necessariamente si impone su qualsiasi scelta.

Affidarsi ad un potere economico globale nella speranza di una migliore soddisfazione di diritti e libertà pare rischioso e, al momento, si è rivelata una scelta idonea a produrre interpretazioni restrittive, contemperazioni e limitazioni degli stessi oltre a perdita di sovranità⁶².

Il Testo costituzionale, si ritiene, deve continuare a costituire il limite invalicabile al nuovo potere, un potere sovranazionale che potrebbe confliggere con il potere statale tenuto ad attuare diritti e libertà fondamentali dei propri cittadini.

5. Art. 41 Cost. e diritto dell'Unione europea. Il rapporto tra diritto ed economia

Un dato di fatto: lo Stato, per impotenza o per meccanismi immanenti a ogni ordinamento giuridico, pare non più in grado di garantire, attraverso

ss.; M. RAMAJOLI, *Quale cultura per l'amministrazione pubblica?*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 2/2017, 187 ss.

61 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, spendita 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. Osserva G. ZAGREBELSKY, *Contro la dittatura del presente. Perché è necessario un discorso sui fini*, cit., come il rapporto tra denaro e politica consista in un reciproco sostentamento tale per cui «il potere sostiene e rivitalizza il (procacciamento di) denaro» il quale, a sua volta, «sostiene e rivitalizza (l'acquisizione e il mantenimento del) il potere» e, «in questo cerchio chiuso di potere e denaro, non c'è posto per la politica»; la democrazia è svuotata di sostanza: viene meno la politica e viene meno anche la partecipazione della maggioranza dei cittadini.

62 La gestione delle attuali emergenze (pandemia, guerra e clima) pare significativa di quanto affermato. G. TROPEA, *Biopolitica e diritto amministrativo del tempo pandemico*, Napoli, 2023; ID., *PNRR e governamentalità neoliberale: una linea di continuità*, in *Munera*, 1/2022, si esprime in termini di neoliberalismo amministrativo come emergenza costante.

l'ordinamento giuridico, le proprie finalità che trovano fondamento nel disegno costituzionale⁶³.

Poteri privati che sovrastano le singole nazioni (globali) si scontrano con le scarse capacità residue d'intervento dei soggetti politici tradizionali, compresi gli Stati sovrani, che sembrano avere ormai ceduto la sovranità (o comunque seriamente ridimensionata) ai rispettivi debiti pubblici.

La modifica dell'art. 81 Cost., ha incentrato l'attenzione sulla sostenibilità del debito pubblico e continuamente ridimensionato il vincolo dell'intangibilità del nucleo essenziale dei diritti fondamentali, sempre più minacciati dalla ormai endemica carenza di risorse⁶⁴.

Ora, sicuramente la gestione delle risorse pubbliche deve essere rivista, e qui il connubio tra diritto ed economia si rivela importante, ma, per prima cosa, occorre incentrarsi su cosa debba intendersi per "utilità sociale" al fine di tentare di evitare comportamenti in contrasto con le fondamenta del nostro ordinamento giuridico e lo smantellamento della sovranità del popolo italiano.

L'interpretazione dell'espressione utilità sociale può essere la più ampia, così da farvi rientrare il benessere sociale⁶⁵. Tale espressione rischia, però, di

63 L'attuazione costituzionale, la definizione dei problemi, degli obiettivi e delle strategie non è appannaggio di un solo sapere; per capire fenomeni studiati da una certa disciplina occorre far ricorso ad altri fenomeni studiati da altre discipline e l'utilizzo delle diverse scienze, inevitabilmente soggette a sviluppo, errori e cambiamenti, deve essere preordinata all'interesse pubblico.

64 Secondo l'interpretazione fornita dalla Corte Costituzionale (sentenze n. 235/2021; n. 115/2020; n. 49/2018; n. 274/2017) la norma rappresenta il collegamento tra sostenibilità del debito e tutela delle generazioni future e tenta di paralizzare la tendenza a perpetuare il deficit strutturale nel tempo, attraverso continui rinvii, salvaguardando il principio di equità intergenerazionale, principio che comporta la necessità di non gravare in modo sproporzionato sulle opportunità di crescita delle generazioni future, garantendo loro risorse sufficienti per un equilibrato sviluppo. Solo di recente la riforma costituzionale del 2022 ha affianca la protezione delle generazioni future da un punto di vista ambientale alla protezione delle stesse da un punto di vista economico introdotta dalla riforma costituzionale del 2012.

65 La Costituzione non definisce né l'ambiente né l'utilità sociale cfr., *ex multis*, Corte cost. n. 218/2021, dove si evidenzia che la giurisprudenza costituzionale in tema di restrizioni della libertà di iniziativa economica privata ne ha individuato il limite insuperabile nell'arbitrarietà e nell'incongruenza – e quindi nell'irragionevolezza – delle misure restrittive adottate per assicurare l'utilità sociale. La Consulta ha «costantemente negato che sia "configurabile una lesione della libertà d'iniziativa economica allorché l'apposizione di limiti di ordine generale al suo esercizio corrisponda all'utilità sociale", oltre, ovviamente, alla protezione di valori primari attinenti alla persona umana, ai sensi dell'art. 41, secondo comma, Cost., purché, per un verso, l'individuazione dell'utilità sociale "non appaia arbitraria"

perdere un reale contenuto precettivo, rientrando nell'interpretazione politica che insegue proclamazioni scientifiche spesso opinabili con il forte rischio che l'utilità sociale divenga un concetto soggettivo imponderabile.

L'influenza di organizzazioni sovranazionali, ma anche dell'ordinamento statunitense, premono per un netto ridimensionamento dello stato sociale, del benessere collettivo indipendentemente dal potere di acquisto del singolo. L'attenzione è unicamente riposta sull'innalzamento del PIL e sulla diminuzione del debito pubblico⁶⁶; per ottenere questo s'impone che il diritto si pieghi al mercato, a quel potere economico privato che potrebbe guidare politica e potere pubblico⁶⁷.

Nel nostro ordinamento la sovranità appartiene al popolo e non ai poteri di mercato, la libertà economica non è un diritto fondamentale, e l'art. 41 Cost. non enuncia la concorrenza⁶⁸.

e, "per altro verso, gli interventi del legislatore non la perseguano mediante misure palesemente incongrue".

66 A. D'ALIOIA, voce *Generazioni future* (diritto costituzionale, in *Enc. diritto*, Milano, 361: «L'equilibrio finanziario, la stabilità dei conti pubblici devono essere considerati e mantenuti su basi di ragionevolezza — come dice la Corte costituzionale, attraverso "un armonico e simmetrico bilanciamento tra risorse disponibili e spese necessarie per il perseguimento delle finalità pubbliche" —, e questo vuol dire che ciò che va evitato è il debito eccessivo, incontrollato, non legato a spese di investimento, privo di qualsiasi riferimento di compatibilità e di coerenza con le strutture dinamiche di un sistema economico. A questa stregua, il tema dell'equilibrio finanziario e della sostenibilità della spesa pubblica, anche di quella sociale, non può rimanere confinato in una dimensione meramente tecnico-contabile; ma certo deve essere considerato come un livello di legittimazione del sistema, e un modo per garantire nel tempo i diritti e le risorse per l'eguaglianza».

67 V. TEOTONICO, *La scienza giuridica tra esigenze di innovazione e continuità costituzionale*, in *Rivistaaic.it*, 15 maggio 2016, 2, osserva come la spesso richiamata transizione costituzionale si presenta come termine equivoco e difficile da prevedere nelle finalità che può perseguire: «per quanto usato, e forse anche abusato, (...) non è di facile definizione potendo assumere caratterizzazioni difformi a seconda della dottrina che lo adopera o dello specifico contesto (disciplinare, tematico, ecc.) in cui lo si può rinvenire. In particolare tra i giuristi, per transizione, spesso, si intende "trasformazione costituzionale". Anche questa espressione, tuttavia, se può indurre a circoscrivere l'esame solo a quelle transizioni volte a produrre mutamenti al più alto livello normativo, continua a mantenere un certo alone di ambiguità e non pochi margini di indeterminazione. Bisogna considerare, invero, non solo che essa nulla dice in merito a come e a quando avvengano tali mutamenti, ma anche che questi ultimi possono essere tanto nel segno della continuità quanto in quello della discontinuità ordinamentale, ossia possono lasciare intatti o, al contrario, sovvertire i principi fondamentali che dovrebbero guidare l'attività dell'apparato di governo (Stato-persona) e ispirare le varie forme di esperienza di vita associata (Stato-comunità)».

68 L'art. 117 Cost. è norma di riparto delle competenze legislative fra Stato e Regioni e non attribuisce rango costituzionale alle materie in esso elencate.

La L. 287/1990, in attuazione dell'art. 41 Cost., ha istituito l'AGCM e individuato nella predetta disposizione costituzionale il fondamento anche degli interventi statali di indirizzo regolatorio.

I limiti alla libertà di iniziativa economica sono numerosi e con legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1, ne sono stati aggiunti ulteriori (art. 41, co. 2 Cost.): la salute e l'ambiente sono stati inseriti tra i preesistenti limiti costituiti dall'utilità sociale, sicurezza, libertà e dignità umana. Il co. 3 dello stesso art. 41, inserisce poi la finalità ambientale accanto a quella sociale, entrambe individuate quali obiettivi della programmazione economica, imponendo di programmare le azioni contemperando esigenze economiche e del mercato con quelle di salvaguardia dell'ambiente⁶⁹.

La crescita economica e l'iniziativa economica privata non dovrebbero in alcun modo interagire con la realizzazione del bene della collettività inteso quale soddisfacimento dei diritti fondamentali che nella gerarchia delle fonti si trovano ad avere rango superiore rispetto alle norme dell'Unione europea⁷⁰.

L'impressione è, però, che il dialogo nella dimensione europea risenta di quanto acutamente osservato da Calamandrei: «Nella scelta del tema vi è già la confessione di una preferenza, e nella formulazione del problema è già implicito il criterio della soluzione»⁷¹.

Dal cambiamento climatico, alla crisi economica, passando per ulteriori emergenze, la soluzione porta sempre al ridimensionamento dell'autorità statale e del potere pubblico a vantaggio dei poteri economici che, tra l'altro, impongono un ridimensionamento dello stato sociale seguendo la strada pioniera del sistema americano. L'inserimento dell'ambiente nella Costituzione⁷² è evidentemente rispondente a pressioni volte a incentrare l'attenzione degli Stati sul tema del cambiamento climatico e giustificare le conseguenti azioni che sono/

69 L. CASSETTI, *Salute e ambiente come limiti "prioritari" alla libertà d'iniziativa economica?*, in *Federalismi.it*, 2021, 4.

70 Teoria dei controlimiti

71 P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in *Riv. dir. proc.*, 1939, I, 110.

72 Legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1.

saranno adottate, anche quando inevitabilmente portano/porteranno a ridimensionare altri diritti e libertà.

Il criterio della soluzione giustifica anche l'orientamento che vuole una lettura dell'art.41 Cost. alla luce del diritto europeo, superando definitivamente il contrasto tra l'ordinamento nazionale e quello sovranazionale che aveva finora trovato tutela nella teoria dei controlimiti.

L'Unione europea trova il proprio fondamento nel mercato, nella concorrenza e più in particolare nella correzione del mercato in funzione della concorrenza; la regolazione e le autorità amministrative indipendenti sono funzionali a questi obiettivi.

In qualche modo ci si illude della possibilità di sostituire il potere pubblico con un'economia sociale di mercato, la cui base è nell'economia di mercato e l'intervento pubblico è sempre più limitato.

In tale prospettiva la sopravvivenza dell'art. 41 Cost. è limitata ad una sua lettura che toglie al legislatore il ruolo costituzionale di attuare l'utilità sociale poiché l'elaborazione di quest'ultima non è più di competenza del soggetto pubblico ma il risultato della concorrenza di mercato e delle attività di interesse generale garantite da soggetti privati⁷³.

L'attuale crisi economica e il ridimensionamento del benessere della collettività rendono, però, evidente come mercato e potere economico non riescano a sostituirsi al difficile compito di ponderare diritti spesso in conflitto tra di loro, assicurandone l'attuazione di tutti (es. salute/lavoro, proprietà/verde pubblico, mobilità/ambiente, sicurezza/privacy e così via).

Mercato e sviluppo della società hanno aumentato i bisogni ai quali lo Stato è chiamato a provvedere, anche a fronte del dato oggettivo per cui una parte crescente della popolazione resta esclusa dalla crescita economica e richiede che lo Stato attui misure idonee dirette ad influire sull'ordinamento e sull'amministrazione.

⁷³ F. COSTANTINI, L'incontro di ApertaContrada sull'art. 41 Cost., 14 marzo 2012, in www.apertacontrada.it.

E' necessario un contemperamento fra interessi potenzialmente in conflitto, per esempio quelli dell'impresa e quelli della collettività alla salubrità dell'ambiente e alla salute, e tale bilanciamento di valori deve essere effettuato per il settore privato come per quello pubblico⁷⁴, ricordando che se tali valutazioni per il soggetto pubblico costituiscono presupposto di legittimità del provvedimento, per il soggetto privato la scelta è libera.

Così lasciare al mercato il compito di sintesi e di bilanciamento di interessi fra esigenze pubblicistiche e quelle privatistiche (tutela della libertà d'impresa dell'autonomia negoziale, svolgimento della personalità), se riduce il debito pubblico, potrebbe non garantire diritti e libertà fondamentali al popolo sovrano.

E' d'obbligo chiedersi se crescita economica e intelligenza artificiale siano davvero in grado di attuare la Costituzione con la piena soddisfazione di tutti di diritti e libertà fondamentali, oppure rischino di esacerbare le differenze sociali.

La tendenza ad allontanarsi dalle scienze umane privilegiando economia e algoritmi, formulazione di parametri rigidi nelle scelte, rischia di allontanare il soggetto pubblico dal ruolo di attuttore della Costituzione. Il fulcro della Costituzione è la persona fisica, non un calcolo o una formula che garantisce efficiente impiego di risorse.

Spesso la soluzione di un problema non richiede formule, ma l'elaborazione di nuove nozioni di giustizia sociale che tengano in considerazione gli effetti di mercato e crescita economica sui cittadini.

In ogni sistema economico il diritto è un elemento essenziale per il buon funzionamento del mercato; «*il mercato è un ordine giuridico*» (espressione di Natalino Irti): non esiste mercato in natura, se con il termine Stato intendiamo

74 L. DELLI PRISCOLI, Le modifiche alla Costituzione in tema di tutela all'ambiente e alla salute e i limiti alla libertà di iniziativa economica, in Riv. reg. mercati, 2022, n. 2.

l'intervento dei pubblici poteri, allora possiamo affermare che lo Stato è conaturato nel mercato⁷⁵.

E allora lo Stato non può indietreggiare di fronte al potere globale del mercato. Utilità sociale e benessere non sono formule soggettive interpretate per realizzare soluzioni proficue per il mercato, ma nozioni oggettivamente legate ai diritti e libertà sancite nella Costituzione.

6. Il mercato, il rischio di perdere la sovranità popolare e la scomparsa della democrazia. L'art. 1 della Costituzione

Il fine della politica è soddisfare la generalità dei bisogni umani, solo nel momento in cui l'etica della *societas* e l'etica pubblica si identificano, rappresentanti e rappresentati si riconoscono nello Stato.

E' inevitabile che la morale debba giocare un grande ruolo nella ridefinizione di termini e categorie politiche, l'etica deve perdere il carattere dell'individualizzazione per divenire una regola sociale condivisa.

Si deve creare un dialogo costante tra coscienza sociale, politica, magistratura, affinché possa attuarsi la salvaguardia di un insieme di valori e la delimitazione di spazi da riservare al mercato e alla regolazione.

Il processo politico basato sulla costruzione di consenso all'accettazione di determinati programmi d'interventi deve partire dal nostro ordinamento: non può ignorarsi la globalizzazione, la normativa europea e l'influenza statunitense, ma qualsiasi programma deve prima di tutto essere trasparente, condiviso e accettato dai cittadini.

75 G. PERICU, www.apertacontrada.it, cit. 38-39, «La privatizzazione si è svolta (...) sull'urgenza del momento senza preventivamente un'individuazione corretta del quadro di riferimento complessivo; ha determinato costi elevatissimi, la disgregazione dell'ambiente sociale, pensionamenti anticipati, persone che perderanno la dignità del lavoro. Era ben possibile uno scenario diverso meno drammatico e con effetti positivi sia sociali che economici. (...) Certamente se fosse stato possibile sostituire con capitali privati la presenza pubblica con l'obiettivo di mantenere in vita la struttura di grande impresa, evitando i dolorosi, infelici spacchettamenti, si sarebbe ottenuto un ottimo risultato. Fu preferita una diversa via motivata prevalentemente dall'esigenza di far cassa. (...) Emerge con chiarezza che il processo di privatizzazione è stato condotto senza una linea politica unitaria, senza obiettivi ben prefissati, tra i quali avrebbe dovuto esserci, oltre il reperimento di risorse economiche, anche il mantenimento in vita di apparati produttivi di alta qualità e assolutamente necessari per il paese. Nulla di ciò si è verificato con un gravissimo danno per tutti noi».

Abbiamo davanti eccessive concentrazioni di potere economico, spesso associate a una significativa influenza politica che è indotta ad accrescere le diseguaglianze e destabilizzare i rapporti sociali⁷⁶.

L'attuale crisi della rappresentanza, evidenziata anche da una continua carenza dell'affluenza dei cittadini alle urne, non fa altro che aumentare il fenomeno corruttivo, in gran parte avvantaggiato da una eccessiva e poco chiara produzione normativa⁷⁷. Il rischio è la perdita di vista dell'interesse pubblico primario⁷⁸ a vantaggio di scelte politiche condizionate dalla tutela del mercato economico o peggio di particolari interessi economici⁷⁹.

Pare indubbio che la disciplina europea rivolta a garantire e tutelare la concorrenza abbia inevitabilmente inciso sullo stesso concetto di interesse

76 G. BELLANTUONO, *Costi morali e diritto comparato*, in G. BELLANTUONO, U. IZZO (a cura di), cit. 47.

77 L'eccessivo numero di leggi vigenti aumenta il rischio di corruzione: «*Corruptissima re publica plurimae leges*», P.C. TACITO, *Annales*, Libro III, 27.

78 M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008, 272. Interessante F. TRIMARCHI BANFI, *Il "terzo" nel diritto amministrativo: a proposito di semplificazioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 25 e 26, dove rileva: «*quello che viene chiamato interesse pubblico non è un'entità atta a imprimere una certa direzione a poteri amministrativi finalisticamente definiti: l'espressione è meramente descrittiva della ratio dell'assetto normativo degli interessi*», con la conseguenza che, l'imposizione del primato della libera concorrenza finirebbe con il sacrificare la funzione amministrativa intesa come dovere sancito dall'art. 2 della Cost. di adempiere ai doveri inderogabili sanciti nel Testo costituzionale. Si vedano L.R. PERFETTI, *La pubblica amministrazione come dovere*, in *Scritti per F.G. Scoca*, Napoli, 2020, vol. IV; 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). L'A. si esprime condivisibilmente in termini di funzione pubblica di rilievo costituzionale, funzione pubblica che sembra enfatizzata unicamente quale ostacolo alla liberalizzazione del mercato. Si vedano anche F. GOGGIAMANI, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino, 2005; S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, 2016; L. CARLASSARE, *Solidarietà: un progetto politico*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2016.

79 G. TROPEA, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni*, cit. 116., parla di «*riconfigurazione del potere discrezionale, che tenderebbe ad assestarsi attorno al suo nucleo elettivo, da ricercare nelle sole valutazioni che in un ordinamento democratico e pluralista ricadono a beneficio della collettività*». Tale ridimensionamento rischia di rendere impossibile una visione complessiva, uno studio e valutazione seria della realtà, a vantaggio di valutazioni settorialmente limitate e guidate da previe indicazioni politiche che lasciano alla discrezionalità amministrativa le sole funzioni che si è ritenuto di non semplificare o liberalizzare.

pubblico, sia quando si pone attenzione alla disciplina sulle semplificazioni sia riferendoci alla normativa sui contratti pubblici⁸⁰.

La Corte di Giustizia europea ha incessantemente imposto la semplificazione procedimentale quale limitazione del potere discrezionale amministrativo sostanziale e procedimentale al fine di garantire l'effettività della libera circolazione e l'espletamento delle dinamiche concorrenziali⁸¹.

Tuttavia, l'interesse alla concorrenza non è configurabile come un interesse pubblico collegato ad un diritto fondamentale, ma trattasi piuttosto di un bene comune che deve essere perseguito attraverso la regolazione degli interessi di imprese, consumatori e utenti.

Il rischio è che il nuovo potere economico, che si alimenta con la globalizzazione, s'imponga alle sovranità nazionali, perché non incontra più alcun ostacolo nel potere pubblico, quale attuatore e custode della Costituzione e della democrazia.

Occorre ripartire dalla sovranità nazionale ed economica, non per escludere la globalizzazione, ma per evitare che questa violi l'art. 1 della Costituzione.

Eccessiva semplificazione equivale a ridimensionare il potere dell'amministrazione proprio laddove lo stesso dovrebbe essere esercitato con competenza ed efficacia. Non è nel procedimento di rinnovo della carta d'identità che il potere pubblico si rivela importante, bensì nell'impedire che grossi interessi economici di pochi possano limitare diritti e libertà dei molti.

Eppure l'art. 4, L. n. 124/2015 ("Legge Madia") ha autorizzato il Governo a dettare norme di semplificazione ed accelerazione dei procedimenti amministrativi relativi a rilevanti insediamenti produttivi, ad opere d'interesse genera-

80 C. LAMBERTI, *La scia fra semplificazione e liberalizzazione*, in *Urb. e appalti*, 2013, 11 ss.; G. CORSO, *Attività economica privata e deregulation*, E. BOSCOLO, *La liberalizzazione. Delle attività economiche e la riduzione dei compliance cost*, cit., 508.

81 S. PELLIZZARI, *Make it better and simpler. Semplificazione amministrativa e principio di semplicità dell'azione dei pubblici poteri nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione Europea*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 293; V. DE FALCO, *Il silenzio assenso in Francia. Questioni applicative a confronto con l'esperienza italiana*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2016, 151 ss.

le o all'avvio di attività imprenditoriali, suscettibili di avere effetti positivi sull'economia o sull'occupazione.

In attuazione è stato emanato il D.P.R. 12 settembre 2016, n. 194, che provvede a ridurre drasticamente i termini di conclusione proprio per i procedimenti amministrativi più complessi e delicati per la natura degli interessi pubblici e privati coinvolti, nonché un potere d'intervento sostitutivo straordinario del Governo in caso di inerzia delle amministrazioni pubbliche e, quindi, di inutile decorso del termine di conclusione procedimentale.

La strada della semplificazione, quale semplice eliminazione o estinzione del potere pubblico, si mostra così in tutta evidenza quand'anche si osservi che i brevi termini a disposizione per valutazioni complesse, da compiersi da parte di soggetto spesso non preparato e non competente, consente di demandare la scelta tecnico-amministrativa all'organo politico, il Governo, mediante l'esercizio dei poteri sostitutivi.

Termini brevi, commistione tra politica e amministrazione, silenzio assenso generalizzato e implicito venire meno dell'obbligo sancito dall'art. 2 della L. n. 241/1990 di provvedere mediante adozione di provvedimento espresso, sono gli strumenti finalizzati a garantire la crescita economica. Quest'ultima, si badi bene, non coincide con il benessere collettivo, ma si è finora risolta in ulteriore arricchimento dell'homo oeconomicus, garantendogli altresì un consolidato potere capace di indirizzare le decisioni politiche.

Come è stato puntualmente evidenziato, la semplificazione amministrativa in questo modo non significa semplicemente una riduzione degli adempimenti per l'imprenditore, ma introduce anche un equilibrio nuovo per l'attività amministrativa in quanto tale: «*La semplificazione è una sorta di cartina di tornasole, dalla quale si ricava una nuova scala di valori, con una selezione dei casi in cui l'intervento dell'amministrazione rimane irrinunciabile*»⁸².

⁸² A. TRAVI, *Pubblica amministrazione burocrazia o servizio al cittadino?*, Milano (Vita e Pensiero), 2022, 123 e 124.

Le operazioni di semplificazione sono in realtà operazioni di “assestamento” più generale dell'amministrazione rispetto ai valori che dovrebbero essere condivisi socialmente e non politicamente imposti in adempimento a suggerimenti provenienti da istituzioni non nazionali⁸³.

Continue emergenze e produzione normativa volta a garantire interessi ritenuti preminenti rischiano di porre nel nulla diritti e libertà fondamentali.

La semplificazione amministrativa si presenta sicuramente quale fattore di attrattiva per gli investimenti privati, ma il prezzo da pagare impone di modificare radicalmente l'ordinamento costituzionale, che rinuncia al ruolo dell'amministrazione come sancito all'art. 2 Cost., per affidarsi al potere economico privato.

Il legislatore, mediante continue riforme, con il pretesto di rinnovare e rendere più efficiente l'esercizio del pubblico potere, finisce con il sancirne l'eliminazione, proclamando il raggiungimento delle finalità pubbliche attraverso percorsi che comportano risparmio di attività amministrativa⁸⁴.

La soluzione per una amministrazione che non riesce a garantire diritti e libertà fondamentali sembra ormai riposta nella semplificazione e nella conseguente riduzione dell'ambito di intervento. Purtroppo, però, tale scelta non significa una riduzione di autorità e un buon livello di vita per i cittadini, anzi siamo continuamente spaventati da continue emergenze che suggeriscono ridimensionamento dei diritti e maggiore controllo.

Poiché non si può rinunciare all'esercizio del potere chiamato ad incidere sulla sfera giuridica individuale per il conseguimento dell'interesse collettivo, ri-

83 Cfr. A.M. NICO, *La corruzione nella prospettiva dei doveri costituzionali degli affidatari di funzioni pubbliche*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2016, 46: «la produzione normativa del Parlamento non trova rispondenza nella spinta o nella richiesta del corpo sociale e colui che dovrebbe essere l'interlocutore della sovranità popolare, per il tramite dei corpi intermedi, o non ascolta le esigenze del corpo sociale non disciplinando talune materie o, ed anche (nella simulazione di un certo efficientismo) infittisce la disciplina già esistente creando una sorta di bulimia legislativa a discapito della qualità normativa».

84 F. MERUSI, *Metamorfosi nell'intervento pubblico in economia. Dall'autorizzazione alla riserva di provvedimento inibitorio*, in *www.aipda.it*, 3, dove afferma che una strada alternativa esisteva, intervenire sul nostro anomalo debito pubblico.

tengo che tale potere debba necessariamente continuare ad essere esercitato dall'amministrazione.

L'inefficienza risiede anzitutto nell'amministrazione che non provvede, rinunciando ad esercitare i propri doveri costituzionali⁸⁵, nell'inadempimento diffuso dell'obbligo di provvedere tempestivamente alla risoluzione dei problemi comuni, lasciati semplicemente al decorso del tempo mediante la generalizzazione di silenzi significativi⁸⁶.

Il perseguimento degli interessi della collettività non coincide necessariamente a breve termine con la crescita economica, con lo sviluppo dell'iniziativa privata, l'attrazione degli investimenti anche stranieri, lo sviluppo industriale ed infrastrutturale del Paese⁸⁷.

La sensazione è che l'attività politica (e normativa), spesso senza programmazione e confronto con i cittadini, non sia più espressione della sovranità popolare. Le molte disposizioni poco chiare demandano all'interpretazione l'evoluzione dell'azione pubblica⁸⁸, lasciano gli attori principali liberi di plasmare soluzioni conformi al disposto normativo per raggiungere finalità poco trasparenti.

Se può condividersi l'osservazione per cui quel che si chiede al progettista non è di diventare schiavo della norma, bensì di diventare il sacerdote del fine buono che la norma stessa serve⁸⁹, si deve sottolineare l'assoluta necessità

85 S. CASSESE, "Maladministration" e rimedi. in *Foro it.*, 1992, V, 243 ss.

86 M. SICA, *Il rito del silenzio inadempimento: limiti e proposte*, in *Giur.it.*, 2017, 990 ss.

87 M. AINIS, *Economia e diritto: una questione di misura*, in www.federalismi.it, 2015: «Economia e giustizia intessono, da sempre, relazioni conflittuali. D'altronde vi si riflettono mondi lontani, contrapposti: la prima è il regno della competizione, la seconda delle garanzie. Ma il conflitto parrebbe ormai risolto con un vincitore e un vinto, perché stiamo celebrando il trionfo dell'economia sulla giustizia, quindi sul diritto, quindi sui diritti».

88 Il problema di troppe leggi e di leggi poco chiare era già stato evidenziato in modo efficace dalla sentenza della Corte costituzionale n. 364/88: «l'assoluta, "illuministica" certezza della legge sempre più si dimostra assai vicina al mito: la più certa delle leggi ha bisogno di "letture" ed interpretazioni sistematiche che (dato il rapidissimo succedersi di "entrate in vigore" di nuove leggi e di abrogazioni, espresse o tacite, di antiche disposizioni) rinviando, attraverso la mediazione dei c.d. destinatari della legge, ad ulteriori "seconde" mediazioni. La completa, in tutte le sue forme, sicura interpretazione delle leggi penali ha, oggi, spesso bisogno di seconde, ulteriori mediazioni: quelle ad es. di tecnici, quanto più possibile qualificati, di organi dello Stato (soprattutto di quelli istituzionalmente destinati ad applicare le sanzioni per le violazioni delle norme, ecc.)».

89 M. DUGATO, *Progetto e diritto perfetto*, in *Ardeth* [Online], 4/2019, 189.

di individuare il fine buono della norma e il pericolo di lasciare detta ricerca a chi attua la norma.

La medicina, come il diritto, pare aver scordato che l'obbiettivo principale di un medico non è la malattia ma l'individuo con il suo vissuto e con le sue emozioni, spesso vera causa della malattia.

Ecco, il legislatore, come l'amministrazione, non dovrebbero considerare un problema astratto per il quale è già preparata la soluzione (il problema è identificato per applicare la soluzione), ma considerare il popolo sovrano e il cittadino con il loro vissuto ed esigenze, senza limitarsi ad attuare cure astratte individuate a livello europeo e/o internazionale che spesso mal si adattano alle caratteristiche del popolo italiano.

7. Algoritmi e intelligenza artificiale: si ridimensiona la discrezionalità

Se da quanto fin qui affermato sembra emergere l'esigenza di un'amministrazione che investe sulla formazione e sulla professionalità, il disegno politico è evidentemente di segno opposto.

Il D.L. n. 77/2011, convertito con L. 29 luglio 2011, n. 108, all'art. 5, co. 5, affida all'Ufficio per la semplificazione del Dipartimento della funzione pubblica il compito, tra gli altri, «*di promozione e coordinamento degli interventi di semplificazione e reingegnerizzazione delle procedure e della predisposizione del catalogo dei procedimenti semplificati e standardizzati previsti nel PNRR*» (lett. b), nonché di effettuare la «*misurazione e riduzione dei tempi e degli oneri a carico di cittadini e imprese*» (lett. c).

Alla volontà di accelerare l'attività amministrativa intesa come ostacolo all'ingresso al mercato⁹⁰, si affianca, sempre su impulso europeo, il processo di

⁹⁰ D. VESE, *L'efficienza della decisione amministrativa. Semplificazione e accelerazione del procedimento nelle recenti riforme della pubblica amministrazione*, in *Federalismi.it*, 26 settembre 2018: «In questa prospettiva il disegno di semplificazione finisce per non concedere né spazio né tempo alle decisioni dell'amministrazione, le quali, invece, come ogni atto di determinazione, richiedono tempi e spazi lunghi al fine di poter considerare opportunamente una specifica realtà, uno specifico interesse. Accade così che nel procedimento amministrativo convivano più fattori. All'esigenza di "provvedere tempestivamente", posta alla base dei principi di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, si contrappongono le necessità di rendere evidenti le ragioni dell'azione, di consentire agli interessati di fornire il proprio apporto collaborativo e, più in generale, di configurare la decisione amministrativa come il momento riassuntivo di un'istruttoria completa e articolata. (...). In altre parole, la complessità dell'agire amministrativo potrebbe stridere con le prerogative di celerità, di sommarietà e, dun-

digitalizzazione dell'amministrazione, un'amministrazione che, con l'utilizzo delle tecnologie, in ausilio o in sostituzione del funzionario pubblico-persona fisica, sarebbe in grado di automatizzare le sue decisioni⁹¹.

Se esigenze dettate da efficienza economica hanno visto negli algoritmi e nell'automazione del processo decisionale della PA la soluzione ottimale⁹², nella convinzione che la soluzione più idonea fosse rimuovere o ridurre la discrezio-

que, di efficienza che la società odierna richiede alle decisioni della pubblica amministrazione, le quali, invece, dovrebbero essere dettagliate, ponderate, giuste».

91 Sul tema si veda D.U. GALETTA, J.G. CORVOLAN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in www.federalismi.it, n. 3/2019.

92 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. MARTIN DELGATO, *La riforma dell'amministrazione digitale. Un'opportunità per ripensare la pubblica Amministrazione*, in S. VITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA (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.

nalità con la meccanizzazione e rapidità di decisione⁹³, pare che un controllo di conformità, non limitato alla sola legittimità ed efficienza economica⁹⁴, 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 costituzionale⁹⁵.

Rivolgere attenzione esclusiva alle imprese e ai costi che sopportano per instaurare un rapporto con l'amministrazione può illudere di migliorare la crisi economica esistente, ma l'amministrazione è al servizio della persona in quanto tale, non del solo operatore economico; l'agire amministrativo è al servizio del popolo sovrano e deve volgere la sua attenzione alla persona e ai suoi bisogni; la persona è un valore costituzionale e costituisce il limite del legittimo *agere pubblico*⁹⁶.

93 Il Codice delle comunicazioni elettroniche, per esempio, attua la semplificazione e liberalizzazione per l'installazione delle strutture e degli apparati di telecomunicazioni: Il silenzio assenso si forma con il decorso del termine di novanta giorni dalla presentazione delle istanze di autorizzazione, senza che l'amministrazione abbia adottato provvedimenti espliciti o sia intervenuto parere negativo dell'organismo a cui competono i controlli in merito ai parametri emissivi.

94 Come evidenziato da E. D'ALTERIO, *Dall'amministrazione di risultato all'amministrazione «performante»: storia di paradossi in tema di pubblico impiego*, in *Riv. giur. 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».

95 B. MAMELI, *La responsabilità per mancata attuazione del fine pubblico, uno strumento a tutela delle libertà e diritti fondamentali*, in *PA Persona e amministrazione*, 2022. 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».

96 Cfr. G. BERTI, *La responsabilità pubblica (Costituzione e amministrazione)*, Padova, 1994; F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994; U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, 1996. V. anche M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una prospettiva ricostruttiva*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 2/2020, 565 «se in ipotesi il legislatore omettesse di intervenire, non fissando con legge obblighi amministrativi puntuali, questo di per sé non giustificerebbe l'amministrazione pubblica a rimanere inerte, ove essa si trovi di fronte a situazioni in cui il “nucleo irriducibile” di diritti inviolabili sia esposto a minaccia di lesione o di ineffectività: in tali casi, infatti, l'art. 2 Cost., anche sine lege, impone alla p.a. doveri inderogabi-

Come ben esplicitato, il metodo induce alla definizione stereotipata dei passi da seguire, all'adozione di precisi protocolli di azione, all'aspirazione al riduzionismo algoritmico dei processi. Tutto vero e tutto dovuto al rigore metodologico. Solo che lo scenario descritto porta a una inevitabile focalizzazione. Quest'ultima ci impedisce di avere uno sguardo largo. Ci impedisce di vedere la possibilità del cambio di paradigma che è la base delle rivoluzioni scientifiche⁹⁷. Inoltre, algoritmi preconfezionati perseguono obiettivi predeterminati in astratto che esulano dalle necessità e peculiarità della realtà concreta.

Si aggiunge che «*un dispositivo teso unicamente all'affrancamento del richiedente dalle conseguenze della condotta (patologicamente) inerte del decisore pubblico*»⁹⁸, finisce per divenire lo strumento per rilasciare autorizzazioni in tempi certi a scapito di ponderate valutazioni dell'interesse pubblico⁹⁹.

Il Testo costituzionale è in bilico tra le esigenze di mercato globale e la tutela dei diritti fondamentali del popolo¹⁰⁰.

*li di intervento, a protezione e garanzia di quel "nucleo irriducibile". A quei doveri l'amministrazione non potrebbe perciò sottrarsi invocando la mancanza di una interpositio legislatoris: se fosse altrimenti, infatti, l'omissione legislativa giustificerebbe un'inammissibile deroga a ciò che è, invece, costituzionalmente "inderogabile"». Si veda anche L. BISOFFI, *Semplificazione del procedimento amministrativo e tutela degli interessi sensibili: alla ricerca di un equilibrio*, in *Federalismi.it*, 9 gennaio 2019.*

⁹⁷ Così G. PASCUZZI, *La definizione del problema nella ricerca interdisciplinare*, in G. BELLANTUONO, U. IZZO (a cura di), *Il rapporto fra diritto, economia e altri campi: la rivincita del diritto*, cit., 63.

⁹⁸ E. BOSCOLO, *Il silenzio-assenso in materia di telecomunicazioni*, in *Giur. it.*, 2021, 1931.

⁹⁹ Come osservato il silenzio assenso consente di evitare che le procedure molto complesse, per i lunghi tempi necessari al rilascio del titolo autorizzatorio costituiscano un disincentivo all'investimento di capitali privati. «*Tali operatori, che investono risorse significative nella realizzazione di progetti per le energie rinnovabili, sono portati a rinunciare all'iniziativa qualora i tempi siano eccessivamente lunghi e, a causa della complessità della procedura, vi siano difficoltà nell'adozione della decisione di autorizzazione definitiva*», C. MARI, *Le procedure amministrative semplificate per le fonti energetiche alternative nel quadro normativo europeo*, cit.

¹⁰⁰ Come evidenziato da A. DELL'ATTI, *L'agenda europea per la c.d. economia collaborativa*, in *Riv. reg. mercati*, 2016, fasc. 2, a proposito dell'economia collaborativa, «*può causare incertezza sulle norme applicabili, specie se si unisce alla frammentazione normativa derivante da approcci normativi divergenti a livello nazionale o locale e ciò, a sua volta, ostacola lo sviluppo dell'economia collaborativa in Europa e impedisce la piena realizzazione dei benefici che essa comporta*». Allo stesso tempo esiste il rischio che si sfruttino le "zone grigie" normative per aggirare le norme intese a tutelare l'interesse pubblico. L.R. PERFETTI, *Prefazione*, in D. VESE, *La segnalazione certificata di inizio attività come modello di semplificazione procedimentale*, Pisa, 2016, 5, sottolinea la necessità di restituire dignità all'amministrazione denunciando la resa dell'autorità dello Stato in favore del potere delle forze economiche del mercato.

Eppure, proprio riferendosi al PNRR, l'attenzione pare rivolta esclusivamente alla digitalizzazione dell'amministrazione, alla c.d. cittadinanza digitale, quale dotazione tecnologica e di semplificazione, presupposti per l'ammodernamento dell'inefficiente macchina burocratica.

Anziché propendere per algoritmi e silenzi, occorrerebbe sfruttare la facilitazione delle comunicazioni, consultazione e raccolta dati per garantire procedimenti partecipati, istruiti e adeguatamente ponderati¹⁰¹.

Si potrebbe giungere persino a risolvere il problema della democraticità delle lobby (o più in generale di poteri economici che si impongono a livello globale), dando voce a quei cittadini che non riescono a farsi ascoltare, motivando proprie esigenze e presentando problemi (evitando così la c.d. cattura dell'interesse pubblico da parte del lobbista)¹⁰². Si giungerebbe ad una responsabilizzazione della comunità locale chiamata a realizzare l'interesse pubblico e si limiterebbe il rischio che la politica sia consegnata a gruppi che rappresentano interessi economici forti¹⁰³.

101 «L'aspetto critico, dunque, non risiede nella natura negoziata dell'atto conseguente al processo decisionale pubblico ma nel metodo con cui si arriva a tale atto, nello strumento utilizzato per conseguire questa finalità, e, infine, nel modo in cui i vari interessi – composti, scomposti, ricomposti – sono sintetizzati nella decisione finale. E' proprio in questo "modo", in questo "processo", che si cela il rischio-corruzione che, tuttavia, non è legato né dovuto all'azione di lobbying in se stessa ma all'assenza di trasparenza che connota la maggior parte dei processi decisionali e all'elevata probabilità che a intervenire nel processo decisionale non siano tutti i portatori di interesse ma solo i "clienti e parenti" - per usare le note parole del politologo statunitense Joseph La Palombara», così P.L. PETRILLO, *La legge sulle lobby è indispensabile per la democrazia*, in www.federalismi.it, 13.

102 La Corte Costituzionale, nel ritenere legittimo l'intervento nel processo decisionale delle lobby, sottolinea però l'imparzialità del decisore pubblico, imponendo di ascoltare tutti i portatori di interessi particolari e non soltanto coloro con cui si intrattengono già rapporti (parità di accesso di tutti gli interessi). Corte Cost. n. 1/1974 e n. 379/2004. Come osservato, oggi è impossibile comprendere chi ci sia dietro un emendamento o un disegno di legge, P.L. PETRILLO, *La legge sulle lobby è indispensabile per la democrazia*, cit.

103 «Lo stato di emergenza sanitaria appena concluso (...), il ricorso a forme continue di indebitamento anche per alimentare fondi ad hoc come il fondo "Patrimonio Destinato" del valore di 44 miliardi gestito da Cassa Depositi e Prestiti, agli strumenti di finanziamento europeo straordinari come il 'Recovery Fund' e l'attuazione del PNRR hanno posto e pongono un evidente problema di trasparenza. Allo stato attuale, non è dato conoscere quali siano le lobby che incidono sulle decisioni relative agli ingenti investimenti derivanti dall'impiego dei fondi ottenuti, né tantomeno le modalità con cui tali soggetti operano o, ancora, i decisori con i quali interagiscono». Così P.L. PETRILLO, *La legge sulle lobby è indispensabile per la democrazia*, cit., 19.

8. Quale spazio resta per la discrezionalità? Le libertà economiche europee

L'amministrazione pubblica è divenuta frettolosamente il capro espiatorio, il male da eliminare forse perché strettamente legata alla salvaguardia della sovranità e interesse nazionale.

Non può ignorarsi il ruolo costituzionale che la stessa deve svolgere e, come si è osservato in apertura di questo lavoro, la stretta correlazione tra amministrazione, sviluppo e benessere del Paese.

Proprio la natura dell'amministrazione, strettamente legata alla sovranità nazionale, stride con globalizzazione e mercato se intesi quale nuova ponderazione del rapporto libertà economica/utilità sociale risolta a vantaggio della conformità al Trattato e in violazione del Testo costituzionale, dove la politica economica obbliga al ridimensionamento dei diritti e libertà fondamentali, dell'autonomia sovrana e del debito pubblico.

Quando l'esercizio del potere interferisce con le libertà garantite dal Trattato, la semplificazione passa «*dal costituire un generico programma di sburocratizzazione del fare dell'amministrazione (in linea con i propositi costituzionali) a costituire un vero e proprio insieme di tecniche e strumenti giuridici, ulteriormente alimentati dalle indicazioni provenienti dall'Unione Europea finalizzate alla tutela del mercato, concretamente inciso dalle complessità e dalle tempistiche che contraddistinguono il sistema amministrativo di un Paese membro*»¹⁰⁴.

Così trasformata l'azione amministrativa si ritrova privata di tratti essenziali della discrezionalità. L'elaborazione dei principi di proporzionalità e trasparenza, come l'interpretazione fornita al principio costituzionale dell'imparzialità, hanno di fatto introdotto attività di autovincolo della decisione¹⁰⁵. Gli artt. 19 e 20 della legge sul procedimento amministrativo liberano l'imprenditore dal confronto con l'amministrazione togliendo all'amministrazione l'attività

104 M.A. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo e la semplificazione*, cit., 4.

105 S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011; Già A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative, gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997.

di bilanciamento dell'interesse generale con la libertà economica¹⁰⁶. E' di tutta evidenza che dove l'amministrazione tarda o non riesce ad adottare il provvedimento, non riuscirà nel successivo controllo da esercitarsi in un breve lasso temporale. Il ridimensionamento del potere di annullamento d'ufficio consacra infine l'intangibilità delle aspettative imprenditoriali¹⁰⁷.

In tale contesto l'incentivazione all'uso della telematica costituisce un ulteriore ridimensionamento della discrezionalità (algoritmi), oltre che un indirizzamento delle competenze amministrative verso attività volte semplicemente ad informare la rete¹⁰⁸.

Assistiamo ormai da anni ad un progressivo ridimensionamento dell'amministrazione a vantaggio dell'economia globale.

Anche se tale direzione pare irreversibile, vale la pena lo sforzo di tentare di leggere e interpretare la nuova dinamica rappresentata dai progetti di "ripartenza" economica e sociale, sostenuti in misura massiccia dall'Unione europea, nel rispetto dei capisaldi del nostro ordinamento giuridico. L'amministrazione è chiamata a tradurre sul piano concreto gli obiettivi e le volontà collettive, anche prescindendo dagli interessi economici del mercato globale.

Si ritiene che l'innovazione per il nostro sistema economico debba necessariamente partire da un'amministrazione efficiente, capace di restare al fianco delle categorie più deboli della nostra società¹⁰⁹.

106 S. TORRICELLI, *Libertà economiche europee e regime del provvedimento amministrativo nazionale*, 51 ss.

107 Anche la "direttiva servizi" attribuisce un ruolo di primissimo piano alla posizione giuridica del soggetto che intende avviare un'attività economica, facendo assurgere alla libertà di iniziativa economica un rango che non spetta. Con la direttiva Bolkestein n. 2006/123/CE, recepita in Italia con il d. lgs. n. 59/2010, la disciplina europea della semplificazione si è imposta nell'ordinamento interno, incidendo nel rapporto tra potere e esercizio della attività economica. Già la Corte Costituzionale, 27 luglio 2005, n. 336 aveva già osservato come il sistema amministrativo italiano si caratterizzava per una sempre più spiccata valenza del principio di semplificazione, principio di natura europea e, in quanto tale, vincolante per la normativa nazionale ex art. 117 Cost., co. 1.

108 D. lgs. n. 82/2005, codice dell'amministrazione digitale, art. 12.

109 F. TRIMARCHI BANFI, *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 2013, 15 ss.; P. LAZZARA, *Principio di semplificazione e situazioni giuridico-soggettive*, in *Dir. amm.*, 2011, 697 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 753-755.

Si cercherà di evidenziare maggiormente nel paragrafo che segue l'inadeguatezza del solo mercato nel soddisfare diritti e libertà del cittadino.

9. Il mercato come luogo di scambio. Il problema delle pressioni di poteri economici privati

Da un lato gli imprenditori¹¹⁰, dal lato opposto i consumatori che sul mercato cercano beni e servizi e che necessitano di tutela dei propri diritti (es. diritto alla salute, diritto ad una corretta informazione etc.).

I consumatori sono persone che si rivolgono al mercato, quale manifestazione sociale, manifestando e sviluppando la propria personalità (confronto, scambio di idee, informazioni) come riconosciuta e tutelata dagli artt. 2 e 3 co. 2 Cost., e non necessariamente si determinano ad acquistare o vendere¹¹¹.

Anche nel mercato trovano, quindi, applicazione le disposizioni costituzionali e, in particolare, il principio di solidarietà economica e sociale di cui all'art. 2 Cost., che impone di salvaguardare i diritti di determinati soggetti posti in pericolo principalmente attraverso la conclusione di contratti eccessivamente squilibrati a favore della parte c.d. "forte"¹¹².

Se inizialmente poteva ritenersi che la liberalizzazione di talune attività non escludesse il controllo pubblico a tutela di beni costituzionalmente protetti e dei diritti sociali¹¹³, il ruolo preminente assunto dal mercato e dal potere economico hanno richiesto di adottare scelte politiche volte a ridimensionare l'intervento pubblico perché ritenuto ostacolo inefficiente al mercato.

110 Come precisato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, deve intendersi come impresa qualsiasi entità che eserciti un'attività economica a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento. Costituisce attività economica qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato, Corte Giust. 23 aprile 1991, in causa C-41/90, *Höfner & Elser*; Corte Giust., 16 novembre 1995, in causa C-244/94, *Federation Française des sociétés d'assurances*; Corte Giust., 1 luglio 2008, in causa C-49/07, *Motoe*; Corte Giust., 26 marzo 2009, in causa C-113/07, *Selex Sistemi Integrati*.

111 Sul tema F. DONATI, *La tutela della concorrenza tra Costituzione e diritto dell'Unione europea*, in *Riv. reg. mercati*, 2020, 13.

112 Il professionista di cui all'art. 3 del codice del consumo.

113 G. NAPOLITANO, *Diritto amministrativo e processo economico*, 708: «Anche le misure più avanzate di liberalizzazione, infatti, raramente si traducono nell'eliminazione di qualsiasi forma di intermediazione e verifica pubblica delle imprese private».

Il cittadino è sostituito con l'homo oeconomicus e l'interesse pubblico con gli studi sulla psicologia del consumatore e la razionalità delle sue scelte a vantaggio del potere economico. La giurisprudenza della Corte di giustizia definisce il consumatore medio come il consumatore normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto¹¹⁴, quasi a voler ritenere che le informazioni che lo stesso ricava dal mercato siano sufficienti a tutelare la sua libertà di autodeterminazione proprio laddove il potere economico sovrasta e ridimensiona l'intervento pubblico.

E' stato, però, condivisibilmente evidenziato che *«non è certo un mistero che l'attuale mercato si regga per una parte considerevole sulle irrazionalità del consumatore. Basti considerare, per limitarsi all'esempio più eclatante, il peso della pubblicità e le attuali modalità della comunicazione pubblicitaria, largamente incentrate su quelli che in psicologia della comunicazione vengono definiti stimoli periferici, ossia stimoli non direttamente attinenti al tema (attrattività della fonte, percezione di somiglianza, utilizzo di testimonials, ecc.)»*¹¹⁵.

Lo stesso Consiglio di Stato rileva come l'esistenza di un uomo perfettamente razionale (homo oeconomicus) in possesso di quattro caratteristiche fondamentali: 1) è un uomo giudice competente ed esclusivo dei propri interessi (stabili, completi e indipendenti dal contesto); 2) è fortemente motivato a massimizzare la loro realizzazione; 3) è orientato a fare ciò sulla base di un calcolo utilitario; 4) valuta ogni bene desiderato in termini di utilità marginale, è entrata in crisi alla luce di studi più recenti¹¹⁶.

In realtà ciò che caratterizza l'essere umano è una limitata capacità cognitiva rispetto al numero di stimoli ricevuti e una limitata capacità di mantenere

114 Cfr. Corte giust. 16 luglio 1998, in causa C-210/96, *Gut Springenheide*; Corte giust. 12 maggio 2011, in causa C-122/10, *Konsumentombudsmannen v. Ving Sverige AB*; Corte giust., 18 ottobre 2012, in causa C-428/11, *Purely Creative Ltd c. Office of Fair Trading*; Corte giust., 19 dicembre 2013, in causa C-281/12, *Trento Sviluppo c. Autorità garante della concorrenza e del mercato*; Corte giust., 25 luglio 2018, in causa C-632/16, *Dyson Ltd and Dyson BV c. BSH Home Appliances NV*; Corte giust., 13 settembre 2018, in cause riunite C-54/17 e C-55/17, *Autorità garante della concorrenza e del mercato c. Wind Tre s.p.a.*

115 C. BONA, N. BONINI, *Tutela del consumatore e nuovi paradigmi scientifici (scienze cognitive e neuroscienze varcano la soglia di palazzo Spada)*, in *Foro it.*, 2022, 542 ss.

116 Cons. Stato, sez. VI, ordinanza 10 ottobre 2022, n. 8650.

nel tempo la propria attenzione e conservare la memoria di tutte le informazioni ricevute¹¹⁷. L'attuale mercato si regge in modo preminente sulle irrazionalità del consumatore¹¹⁸.

Oggi, attraverso le tecniche di marketing è semplice condurre il consumatore medio a scelte d'acquisto difformi rispetto a quelle che sarebbero suggerite dalla razionalità economica¹¹⁹.

Sussiste, quindi, il problema giuridico del processo di formazione della volontà. *«Quando la vendita era (solo) un'arte, a garantire che la formazione della volontà non fosse viziata bastavano le norme sull'errore, il dolo, la violenza. Quando la vendita è divenuta una scienza, è stato necessario aggiungere le norme sulle pratiche commerciali scorrette, ingannevoli e aggressive. Il passaggio dal marketing alla psicologia del consumatore e al neuromarketing richiede un ulteriore sviluppo della tutela?»*¹²⁰.

S'impone una esigenza protettiva maggiore dei consumatori nei confronti delle moderne dinamiche di mercato: *«La scelta è tra varie gradazioni di intervento e va condotta nell'ovvia consapevolezza che più è incisivo l'intervento, più si tutela la libertà*

117 Cfr. Direttiva presidente del consiglio dei ministri 16 febbraio 2018, recante *«approvazione della guida all'analisi e alla verifica dell'impatto della regolamentazione, in attuazione del d.p.c.m. 15 settembre 2017 n. 169»*, dove al punto 5.3, scheda 1, si legge: *«Già da diversi anni gli studi di psicologia cognitiva hanno messo in evidenza i forti limiti delle ipotesi di razionalità su cui poggiano i modelli economici tradizionali. Anche grazie ai passi avanti fatti e alle evidenze messe a disposizione dalle scienze cognitive, è possibile affermare che esistono due diversi sistemi cognitivi che governano i comportamenti umani: quello deliberativo, che è più razionale e analitico, ma anche più lento; e quello intuitivo, più veloce, spesso irrazionale e basato su scelte istintive. I due sistemi non solo convivono, ma interagiscono nel corso della definizione di scelte che, sulla base delle convinzioni prevalenti, dovrebbero rispondere solo a motivazioni razionali. Succede, quindi, che in decisioni di consumo e investimento, e specialmente in quelle molto rilevanti, gli individui siano influenzati in modo dirimente da fattori anche non razionali, comportandosi in modo a volte incoerente rispetto a quanto previsto dalle tradizionali ipotesi di massimizzazione dell'utilità e del profitto. Le persone ricorrono frequentemente a regole euristiche che consentono di semplificare i processi decisionali e di effettuare le proprie scelte non solo risparmiando tempo, ma anche riducendo le informazioni necessarie. Ciò, tuttavia, può determinare errori cognitivi e scelte che, in ultima analisi, riducono il benessere»*.

118 Corte giust., 18 ottobre 2012, in causa C-428/11, *Purely Creative Ltd c. Office of Fair Trading*, par. 38: *«La pratica descritta al punto 31, secondo trattino, dell'all. I della direttiva sulle pratiche commerciali sleali sfrutta l'effetto psicologico provocato dalla comunicazione della vincita di un premio, al fine di indurre il consumatore a effettuare una scelta che non è sempre razionale»*.

119 C. BONA, N. BONINI, *Tutela del consumatore e nuovi paradigmi scientifici (scienze cognitive e neuroscienze varcano la soglia di palazzo Spada)*, cit., 542.

120 C. BONA, N. BONINI, *Tutela del consumatore e nuovi paradigmi scientifici (scienze cognitive e neuroscienze varcano la soglia di palazzo Spada)*, cit., che, nell'annotare la sentenza del Cons. Stato n. 8650/22, appoggiano la scelta del Consesso di formulare il rinvio in Corte di Giustizia in merito alle forme di tutela da riconoscersi al consumatore *«a razionalità limitata»*.

del consumatore, più si guadagna in razionalità, tanto più ci si spinge verso un mercato che non potrà essere come l'attuale»¹²¹.

In tali scelte può trovare attuazione ciò che non deve restare un semplice slogan, ma nemmeno divenire strumento per attuare gli interessi del potere economico a scapito di quelli del cittadino, il PNRR o, come definito, una nuova era, un nuovo modello economico e produttivo, disegnato per le nuove generazioni (digitale, ecologico, inclusivo).

Il tema ovviamente può essere facilmente generalizzato e riguardare l'intera comunicazione e divulgazione di notizie e induce ad osservare che consumatore e cittadino richiedono comunicazione trasparente, scelte politiche e amministrative orientate alla massimizzazione del benessere collettivo nazionale, attuazione di diritti e libertà fondamentali e devono essere tutelati nei confronti di interessi globali che possono indirizzare le scelte del cittadino¹²².

10. Il ritorno alla Costituzione e alla sovranità popolare

Dinnanzi alle pressioni dei poteri che inseguono interessi di mercato l'unico strumento che resta a tutela del cittadino è la Carta costituzionale.

La Costituzione rappresenta l'affermazione solenne della solidarietà sociale, della solidarietà umana, la Carta della propria dignità d'uomo; individua, quale obiettivo fondamentale, la rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale che *«limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese»¹²³.*

121 C. BONA, N. BONINI, *Tutela del consumatore e nuovi paradigmi scientifici (scienze cognitive e neuroscienze varcano la soglia di palazzo Spada)*, cit., 546. Gli A. concludono osservando: «L'ultimo merito di Cons. Stato 8650/22 sta nel fatto di aver colto l'impatto per certi versi epocale del tema e di avere, non a caso, rimesso la questione alla Corte di giustizia. Vedremo verso quale mercato ci spingeranno i giudici del Lussemburgo».

122 M. BOMBARDELLI, *La semplificazione delle fonti e i suoi riflessi sul diritto amministrativo* (Sintesi della relazione presentata al Convegno annuale Aipda, «Le fonti nel diritto amministrativo», Padova, 9-10 ottobre 2015), in www.aipda.it, dove evidenzia il ruolo politico e la confusione normativa quali elementi di inefficienza.

123 Art. 3, co. 2. Cost.

Il «*pieno sviluppo della persona umana*» è enunciato come obiettivo fondamentale e per raggiungere questo obiettivo viene prescritto di intervenire, rimuovendo gli ostacoli che limitano la libertà e l'eguaglianza dei cittadini.

Questo è il ruolo fondamentale delle istituzioni pubbliche, politiche, amministrative e giudiziarie che non possono sottrarsi a confronto e responsabilità.

L'amministrazione è l'attore principale di questo progetto costituzionale perché opera, direttamente o indirettamente, nelle situazioni concrete che richiedono il suo intervento¹²⁴ e deve svolgerlo nel pieno rispetto della libertà e degli altri diritti fondamentali delle persone.

Le attività d'impresa, rivestono certamente importanza e devono essere tutelate (art. 41 Cost.), ma non identificano mai un fine ultimo. Gli artt. 41 e 43 Cost. hanno consentito un significativo intervento pubblico nell'economia negli anni successivi alla conclusione della seconda guerra mondiale, si vuole leggerli oggi come presidi a salvaguardia del mercato e dell'autonomia imprenditoriale dalle ingerenze pubbliche.

Il "tempo" per individuare e realizzare l'interesse pubblico diventa un valore economico e, se troppo oneroso per le imprese, è ridimensionato o eliminato (semplificazione confusa con efficacia ed efficienza dell'agire amministrativo, identificando gli interessi di mercato con l'interesse pubblico).

Lo "spazio" dell'interesse pubblico inevitabilmente si ridimensiona, schiacciato dallo "spazio" del mercato, almeno tutte le volte in cui i due interessi non coincidono.

Il rischio è che l'interesse pubblico si snaturi e diventi l'interesse del potere economico, l'interesse del più forte, a scapito dell'interesse dei soggetti più deboli e a danno dei diritti sociali o addirittura dell'interesse nazionale.

124 Cfr., per esempio, Corte cost., n. 341/1994 che ha dichiarato costituzionalmente illegittime disposizioni che garantivano una posizione di privilegio per i pubblici funzionari giustificate storicamente con la garanzia del prestigio dell'amministrazione.

Di grande rilievo il monito a considerare che le caratteristiche e l'evoluzione degli apparati amministrativi sono legate anche al modello generale dello Stato e ogni modello generale di Stato si è espresso (o ha cercato di esprimersi) in termini tipici anche nell'amministrazione. Si può riconoscere che ogni potere politico ha anche realizzato, o cercato di realizzare, una propria amministrazione¹²⁵.

Ridimensionare il ruolo costituzionale dell'amministrazione a vantaggio dell'economia di mercato può incidere radicalmente sul modello generale del nostro Stato nonché sulla stessa forma democratica.

La discrezionalità amministrativa è lo strumento predisposto per realizzare i fini politici attuativi del disegno costituzionale, adattando le previsioni alle peculiarità della realtà concreta. La volontà di rendere inefficiente l'amministrazione, caratterizzandola per l'evidente carenza di risorse, ha portato alla sostituzione del potere discrezionale con il potere economico, al ridimensionamento della PA con liberalizzazioni e semplificazioni quale soluzione alla crisi economica a favore del sistema delle imprese che vede rimossi i contatti con le amministrazioni¹²⁶.

Costi economici e costi sociali richiedono differenti sistemi di valutazione, ma l'una scienza può aiutare l'altra ad individuare la regola migliore. Ciò che appare sicuro è che la Costituzione impone che alcune tipologie di beni non vengano distribuite e allocate in base alla distribuzione della propria capacità economica ma debbano essere accessibili a tutti.

Quali siano tali beni lo stabilisce il soggetto pubblico e quest'ultimo dovrebbe considerare evoluzione ed esigenze sociali, a prescindere dal debito pubblico.

125 Così A. TRAVI, *Pubblica amministrazione burocrazia o servizio al cittadino?*, Milano (Vita e Pensiero), 2022, 8-9, dove precisa altresì che anche un evento tremendo come la Shoah fu essenzialmente pianificato, organizzato e attuato con l'intervento e il contributo dell'amministrazione: riflettere anche sulle possibili derive dell'amministrazione. (fu decisivo l'impegno capillare di alcune amministrazioni civili, per esempio nel settore dei trasporti ferroviari).

126 A TRAVI, *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, in www.giustamm.it.

Quando e se, invece, considerazioni economiche si impongono alla politica e l'interpretazione costituzionale non avviene in ottica di garantire il miglior benessere possibile ma nel senso di sviluppare la società verso valori e scelte volte a favorire il mercato (o determinati imprenditori) allora abbiamo l'influenza di un forte potere finora non tenuto in considerazione che, tramite i soggetti pubblici, agisce nelle sfere giuridiche soggettive individuali.

Il pubblico potere finalizzato a garantire l'interesse generale non deve divenire il potere di pochi soggetti economicamente forti di interferire nell'evoluzione sociale e nel soddisfacimento di diritti e libertà fondamentali.

L'attenzione deve essere volta alla ricerca di una nuova amministrazione e di una politica che rispondano del loro operato. Una rivalutazione delle scienze umane nel guidare i comportamenti e un ridimensionamento di formule scientifiche, schemi comportamentali, algoritmi.

I diritti fondamentali non costituiscono una dipendenza dal potere, ma una pretesa del popolo connaturata all'esistenza stessa del potere, non rappresentano nemmeno un legame indissolubile tra popolo e Stato poiché quest'ultimo agisce legittimamente soltanto quando attua gli interessi del popolo.