

BARBARA MAMELI

Professore associato di diritto amministrativo
presso il Dipartimento di giurisprudenza e scienze politiche, economiche e sociali
dell'Università del Piemonte Orientale
barbara.mameli@uniupo.it

LA FUNZIONE DELL'AMMINISTRAZIONE NELLA SOCIETÀ CONTEMPORANEA E NEL SISTEMA ECONOMICO. UN RIPENSAMENTO

THE FUNCTION OF ADMINISTRATION IN CONTEMPORARY SOCIETY AND THE ECONOMIC SYSTEM. A RETHINK

SINTESI

La riflessione verte sulla nozione di interesse pubblico, sulla sua individuazione -prima politica e poi amministrativa- alla luce del PNRR, dei recenti decreti semplificazione, della giurisprudenza del Consiglio di Stato, per focalizzarsi sul ruolo che l'amministrazione sarà chiamata a svolgere, considerando se automatismi e silenzi del procedimento decisionale non rischino di eliminare la scelta amministrativa per consegnarla a politica e mercato, valutando anche quanto la prima si sviluppi ancora su base democratica.

ABSTRACT

The reflection focuses on the notion of public interest, on its identification -first political and then administrative- in light of the PNRR, of the recent simplification decrees, of the jurisprudence of the Council of State, to focus on the role that the administration will be called to play, considering whether automatism and silences of the decision-making process do not risk eliminating the administrative choice to hand it over to politics and the market, also evaluating how much the former still develops on a democratic basis.

PAROLE CHIAVE: Pubblica amministrazione – interesse pubblico – economia – persona.

KEYWORDS: Public administration – public interest – economy – person.

INDICE: 1. Il tema di riflessione. – 2. Partendo dal silenzio endoprocedimentale e provvedimento, la constatazione dei cambiamenti introdotti. – 3. L'imprenditore nel quadro giuridico che si sta delineando. – 4. Cittadino e imprenditore a confronto, la persona come bene economico. – 5. Il giudice amministrativo di fronte al mercato e alla commistione delle scienze. – 6. Le contraddizioni del cambiamento. – 7. Potere pubblico e mercato, il silenzio della PA. – 8. L'amministrazione inefficiente e il rispetto dei precetti a salvaguardia del mercato. – 9. Qualche considerazione conclusiva.

1. Il tema di riflessione

Da un lato, l'amministrazione con competenze specifiche che, nel rispetto del principio costituzionale del buon andamento, adempie al dovere costituzionale di realizzazione concreta del fine pubblico.

D'altro lato, la crisi economica e l'idea per cui: "un'economia in 'movimento' serve, almeno parzialmente, a nascondere il 'ciclo economico negativo', dando l'impressione che ci sia uno 'sviluppo' e che per di più lo Stato, attraverso il potere legislativo, ne sia un fattore determinante"¹.

La certezza è che l'apparato amministrativo, così come la funzione amministrativa, intesa quale dovere sancito dall'art. 2 Cost. di adempiere ai doveri inderogabili di solidarietà previsti nel Testo costituzionale, comporta un costo elevato che grava sul debito pubblico². Incentrarsi *sull'homo oeconomicus*, anziché sulla persona, consente riduzione di spesa pubblica e arretramento dell'apparato amministrativo.

La riflessione verte sulla nozione di interesse pubblico, sulla sua individuazione prima politica e poi amministrativa alla luce del PNRR, dei recenti decreti semplificazione, della giurisprudenza del Consiglio di Stato.

Il decreto semplificazione, o meglio l'obbiettivo semplificazione quale necessario risultato primario da perseguire, si è reso indispensabile per assicurare la ripresa economica del Paese. Le novità introdotte sono imposte, perché ritenute in grado di apportare positivi cambiamenti a valori e diritti fondamentali quali solidarietà, inclusione, cultura, competenza delle risorse umane utilizzate dall'amministrazione e, soprattutto, risorse per sostenere politiche climatiche e ambientali³.

Ora, è indubbio che si tratti di scelte politiche, condivisibili o meno, certamente incensurabili e supportate dal PNRR. Pare, però, interessante osservare come tali obbiettivi siano destinati ad incidere profondamente sul nostro

1 F. MERUSI, *Metamorfosi nell'intervento pubblico nell'economia. Dall'autorizzazione alla riserva di provvedimento inibitorio*, in www.ajpda.it.

2 Cfr. 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.; 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.

3 D.L. 31 maggio 2021, n. 77, come convertito dalla L. n. 108/2021.

ordinamento giuridico, sulla sua interpretazione, su ruolo e disciplina dell'attività amministrativa⁴.

Il provvedimento amministrativo lascia spazio al silenzio, la discrezionalità alla libertà economica e anche la competenza è superata dal silenzio c.d. orizzontale e verticale.

Dinnanzi a questo scenario penso sia opportuno riflettere sul ruolo che l'amministrazione sarà chiamata a svolgere e se automatismi e silenzi del procedimento decisionale non rischiano di eliminare la scelta amministrativa per consegnarla a politica e mercato, considerando anche quanto la prima si sviluppi ancora su base democratica⁵.

Il rischio o il pregio di tali cambiamenti è la trasformazione del nostro ordinamento giuridico in un ordinamento dove l'interpretazione politica e amministrativa dei diritti e libertà fondamentali⁶ cede il passo a valutazioni affidate a modelli economici⁷. Scienza giuridica e etica, oltre agli altri saperi delle di-

⁴ Nell'ambito del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), "buona amministrazione" designa uno dei quattro assi (l'asse B) per la realizzazione del programma di interventi e investimenti per la riforma della PA. Si legge nel Piano che, mediante tali riforme e investimenti, si persegue "la finalità di eliminare i vincoli burocratici, rendere più efficace ed efficiente l'azione amministrativa, e ridurre tempi e costi per cittadini e imprese". Oltre a favorire la stessa applicabilità del Piano, l'investimento e l'azione di riforma perseguono alcuni obiettivi più generali, ovvero: la riduzione dei tempi per la gestione delle procedure, con particolare riferimento a quelle che prevedono l'intervento di una pluralità di soggetti, quale presupposto essenziale per accelerare gli interventi cruciali nei settori chiave per la ripresa; la liberalizzazione, semplificazione (anche mediante l'eliminazione di adempimenti non necessari), reingegnerizzazione e uniformazione delle procedure, quali elementi indispensabili per la digitalizzazione e la riduzione di oneri e tempi per cittadini e imprese; la digitalizzazione delle procedure amministrative per edilizia e attività produttive, per migliorare l'accesso per cittadini e imprese e l'operatività degli Sportelli Unici per le Attività Produttive e per l'Edilizia (SUAP e SUE), attraverso una gestione efficace ed efficiente del *back-office*, anche attraverso appositi interventi migliorativi della capacità tecnica e gestionale della PA.

⁵ L'errore potrebbe essere di prospettiva. L'apparato amministrativo è colpevolizzato per essere un costo per le imprese e si ritiene debba essere semplificato, accelerato, se possibile eliminato, dimenticando, con pericolose ripercussioni, il ruolo che la Costituzione attribuisce al soggetto pubblico. Le indicazioni europee potrebbero essere intese come un obbligo a dotarsi di un'amministrazione efficiente e non quale obbligo a una generale liberalizzazione dell'attività economica. B. MAMELI, *Il silenzio dell'amministrazione tra mercato e persona*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, n. 2/2022, 691 ss.

⁶ A. APOSTOLI, *La giustiziabilità dei diritti*, in *www.rivistaaic.it*, n. 4/2020: "Lo Stato costituzionale contemporaneo, democratico e pluralista, si fonda sui principi della libertà, dell'uguaglianza, della solidarietà, della centralità e dignità della persona umana. Sebbene l'importanza di questi valori fosse evidente già a partire dal XVIII secolo, è stata tuttavia la drammatica esperienza della Seconda guerra mondiale a convincere della necessità di esplicitare quei principi, oltre che in ambito internazionale, anche all'interno delle Costituzioni nazionali".

⁷ La trasformazione di un'"Europa di cittadini, di diritti e di valori", in un'"Europa di mercanti" così G. ROSSI, *Diritto dell'ambiente*, Torino, 141.

scipline umanistiche (filosofia, politica, sociologia ...) sono sopraffatte dalle scienze dure, ma non per questo certe⁸, che, utilizzando il principio di precauzione, rischiano di imporre traguardi favorevoli al mercato, senza considerare adeguatamente l'impatto sui diritti fondamentali⁹.

La pandemia prima e il PNRR poi hanno fatto da *driver* per un mutamento di prospettiva significativo¹⁰ e due recenti pronunce del Consiglio di Stato mi aiuteranno a evidenziare e valutare i cambiamenti in atto: la prima, una sentenza sull'estensione dell'istituto del silenzio e, quindi, la necessità di togliere ogni possibile ostacolo all'iniziativa economica privata, la seconda, un'ordinanza di rinvio, dove la persona è considerata come *homo oeconomicus* e l'interesse pubblico alla tutela dei diritti e libertà è sopraffatto dagli studi sulla psicologia del consumatore e razionalità delle sue scelte¹¹.

2. Partendo dal silenzio endoprocedimentale e provvedimentale, la constatazione dei cambiamenti introdotti

Il Consiglio di Stato sottolinea come l'obiettivo della competitività del sistema Paese richieda che sia garantita la conclusione dei procedimenti avviati su istanza di parte in tempi certi e rapidi e, quindi, la tempestività dell'azione amministrativa, poiché il fattore tempo è una variabile essenziale della program-

8 T. S. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Piccola Biblioteca Einaudi, Torino, 2009, *passim*, sostiene che le verità scientifiche fossero essenzialmente storiche e sociologiche e, infatti, è significativa la circostanza che, nel corso del XX secolo, a partire dagli ambienti delle scienze dure, storici e filosofi della scienza abbiano rinunciato a pensare le verità come definitive e si siano persuasi a interpretare il cammino della conoscenza come un viaggio privo di mete terminali perché definitive.

9 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. Si veda anche E. FREDIANI, *Amministrazione precauzionale e diritto della «scienza incerta» in tempo di pandemia*, in *Dir. amm.*, 2021, 137 ss.; E. CIBELLA, *Il principio dell'integrazione digitale*, in *PA Persona e Amministrazione*, 515.

10 E. CARLONI, *Quale idea di pubblica amministrazione tra emergenza e piano di ripresa e resilienza: note critiche*, in *www.astrid-online.it*, n. 1/2021, 7.

11 Cons. Stato, sez. IV, 2 ottobre 2023, n. 8610 e Cons. Stato, sez. VI, ordinanza 10 ottobre 2022, n. 8650. Sulla domanda di pronuncia pregiudiziale, Corte Giust., 14 novembre 2024, in causa C-646/22, *Compass Banca SPA c. AGCM*.

mazione finanziaria privata di cui è necessaria la ragionevole prevedibilità¹².

L'affermazione non è nuova e, anzi, può ritenersi a fondamento della giurisprudenza sulla responsabilità precontrattuale dell'amministrazione e sulle modifiche e integrazioni della legge sul procedimento amministrativo che hanno fatto assurgere al fattore tempo la natura di bene della vita, ridimensionato il tempo dell'agire amministrativa, il termine per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio e introdotto molteplici istituti per accelerare e semplificare il procedimento anche in ossequio alle previsioni del PNRR.

Così, mentre una parte della dottrina auspica una riforma dell'amministrazione capace di separare le scelte tecniche dalla politica e di disporre di un apparato di dipendenti pubblici preparati, altra parte di dottrina confortata da orientamento politico e giurisprudenza, ritengono inevitabile un arretramento dell'amministrazione e la dequotazione degli interessi sensibili¹³.

L'Amministrazione che non risponde è questione ampiamente studiata e oggetto di dibattito nel nostro ordinamento giuridico¹⁴ e, come già ampiamente osservato, sicuramente un costo non indifferente per l'ordinamento, in termini di cattiva gestione di risorse pubbliche¹⁵, danni economici per i destinatari

12 Cons. Stato, sez. IV, 2 ottobre 2023, n. 8610, punto 3.

13 F. DE LEONARDIS, *Il silenzio assenso in materia ambientale*, in *www.federalismi.it*, 2015, afferma che sarebbe in atto "una vera e propria fuga in avanti in quella che si potrebbe definire la guerra di logoramento degli interessi sensibili che vengono sempre parificati a quelli ordinari". flA. APOSTOLI, *La giustiziabilità dei diritti*, in *www.rivistaaic.it*, n. 4/2020, osserva: "Il moltiplicarsi delle sedi – nazionali e internazionali – di riconoscimento dei diritti è in qualche modo la conseguenza di fenomeni riconducibili, oltre che alle forti correnti migratorie, ai processi d'integrazione globale dei mercati, delle realtà produttive e delle comunicazioni. E le conseguenti domande, sempre nuove, che provengono dalla società, le numerose crisi da cui essa è attraversata, hanno fatto emergere forti dubbi circa la capacità di tenuta dei principi su cui si sono fondate le democrazie pluraliste".

14 F.G. COCCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971; A. TRAVI, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, 1985; V. PARISIO, *I silenzi della pubblica amministrazione. La rinuncia alla garanzia dell'atto scritto*, Milano, 1996; F.G. COCCA, M. D'ORSOGNA, *Il silenzio, clamori di novità*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 393 ss.; V. PARISIO, *Il silenzio della pubblica amministrazione tra prospettive attive e fattuali, alla luce delle novità introdotte dalla L. 11 febbraio 2005, n. 15 e dalla L. 14 maggio 2005, n. 80*, in *Foro amm. - TAR*, 2006, 2798 ss.; F. GAMBARDELLA, *Il silenzio assenso tra obbligo di procedere e dovere di provvedere*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; B. TONOLETTI, voce "Silenzio della pubblica amministrazione", in *Digesto Pubbl.*, XIV, Torino, 1999, 181 ss.; A. COLAVECCHIO, *L'obbligo di provvedere tempestivamente*, Torino, 2013, 93 ss.; A. POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento*, in M.A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 285 ss.; G. MORBIDELLI, *Il silenzio-assenso*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006.

15 M. SICA, *Il rito del silenzio inadempimento: limiti e proposte*, in *Giur.it.*, 2017, 990 ss.; G. NAPOLITANO, *Diritto amministrativo e processo economico*, in *Dir. amm.*, 2014, 695 ss., in part. 705-

del provvedimento¹⁶, inaffidabilità nella competizione di mercato.

Si è, quindi, investito in automatismi e semplificazione, spesso senza compiutamente soffermarsi sulla complessità di individuazione e soddisfazione dell'interesse pubblico, “alla semplificazione del procedimento avrebbe dovuto corrispondere una riduzione degli adempimenti per gli apparati pubblici; la riduzione degli adempimenti avrebbe potuto giustificare una riduzione del personale. Si viveva l'illusione che una riforma che fosse partita dalla disciplina del procedimento avrebbe potuto estendersi, con effetti virtuosi, sugli apparati amministrativi”¹⁷.

Le risorse pubbliche, però, continuano ad essere oggetto di mala gestione e ritardi, sacrificando il benessere collettivo e confermando che in assenza di attenzione ai problemi organizzativi della PA, la scelta della semplificazione può soltanto determinare un arretramento dell'amministrazione¹⁸.

Tale arretramento è evidente con la generalizzazione sempre più diffusa del rimedio del silenzio che, seppure inizialmente giustificato come attuazione del principio di trasparenza dell'azione amministrativa (evitare che l'arresto del procedimento possa avvenire con un comportamento “opaco”, l'inerzia), di fatto giustifica provvedimenti amministrativi di assenso verticale senza che vi sia stata alcuna valutazione dell'interesse pubblico concreto.

A tal proposito, proprio il Consiglio di Stato esclude l'applicazione del silenzio-assenso ex art. 17 bis, L. n. 241/1990 agli atti di tutela degli interessi sensibili laddove la relativa richiesta provenga dal privato destinatario finale dell'atto (silenzio verticale), senza che rilevi la circostanza che la richiesta sia

708.

¹⁶ Il fattore tempo diviene autonomo bene oggetto di tutela, “anche il tempo è un bene della vita per il cittadino e la giurisprudenza ha riconosciuto che il ritardo nella conclusione di un qualunque procedimento (sia) sempre un costo, dal momento che il fattore tempo costituisce una essenziale variabile nella predisposizione e nell'attuazione di piani finanziari relativi a qualsiasi intervento, condizionandone la relativa convenienza economica”, Cons. Stato, sez. V, 21 marzo 2011, n. 1739; Id., sez. V, 28 febbraio 2011, n. 1271. In dottrina si rinvia a M. LIPARI, *I tempi del procedimento amministrativo. Certezza dei rapporti, interesse pubblico e tutela dei cittadini*, in *Dir. amm.*, 2003, 149 ss.; G. SORICELLI, *Il tempo quale bene della vita nel procedimento amministrativo e il danno da ritardo: un falso problema?*, in *Gazzetta Amministrativa*, 1, 2017.

¹⁷ Così A. TRAVI, *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, in *Giustamm.it*.

¹⁸ Come precisato dalla Corte Costituzionale, spetta al legislatore predisporre gli strumenti idonei alla realizzazione ed attuazione dei diritti fondamentali, affinché la loro affermazione non si traduca in una mera previsione programmatica, ma venga riempita di contenuto concreto e reale, Corte Cost., 19 ottobre 2016, n. 275, riferita al diritto all'istruzione del disabile, come consacrato nell'art. 38 Cost.

presenta direttamente dal privato o da questi per il tramite dello sportello unico, poichè “in tal caso, venendo in rilievo un rapporto verticale, troverà applicazione l'art. 20 della legge n. 241 del 1990 (che esclude dal suo campo di applicazione gli interessi sensibili)¹⁹.

Tuttavia, lo stesso Giudice amministrativo, al fine di superare competenze amministrative e tutela rafforzata degli interessi sensibili, per il caso in cui la richiesta provenga dall'amministrazione procedente, abbraccia soluzione opposta ritenendo che “il silenzio assenso nei rapporti tra pubbliche amministrazioni, proprio perché ispirato ai principi di efficienza e, quindi, di buon andamento amministrativo, sollecita una migliore organizzazione delle risorse amministrative, garantendo al contempo l'effettiva protezione di tutti gli interessi pubblici coinvolti”²⁰.

Più nel dettaglio, esplica il Consiglio di Stato che il silenzio assenso orizzontale, quale silenzio assenso endoprocedimentale *ex* art. 17 bis L. n. 241/1990, produce effetti all'interno di un procedimento amministrativo, “come fatto equivalente alla valutazione, da parte delle autorità interpellate, circa la sussistenza di elementi contrari all'adozione e al contenuto del provvedimento prospettato dall'autorità decidente” Tale silenzio si differenzia, pertanto, da quello ‘provvedimentale’ operante per l'inerzia dell'amministrazione nei procedimenti ad istanza di parte, nei quali, allo scadere del termine per la conclusione del procedimento, il privato ottiene l'effetto utile previsto dalla norma di riferimento, rispondendo in questo modo, tale istituto, alle istanze di liberalizzazione delle attività economiche private²¹.

Ne consegue che l'inerzia dell'amministrazione, applicata al rapporto verticale amministrazione/privato (art. 20 L. n. 241/1990), si differenzia dal silenzio applicato al rapporto orizzontale tra amministrazioni (art. 17 bis L. n. 241/1990), e solo nella prima ipotesi il silenzio assenso non opera (per espressa esclusione normativa, art. 20, co. 4) nei riguardi dei cd. interessi sensibili.

Tale differenza tra le due forme di silenzio si giustificerebbe perché il solo caso di silenzio assenso *ex* art. 17 bis non riguarda la fase istruttoria del procedimento amministrativo - che rimane regolata dalla pertinente disciplina

19 Cons. Stato, Sez. IV, 2 ottobre 2023, n. 8610.

20 Cons. Stato, Sez. IV, 2 ottobre 2023, n. 8610.

21 Cons. Stato, Sez. IV, 2 ottobre 2023, n. 8610.

positiva - influenzando soltanto sulla fase decisoria, attraverso la formazione di un atto di assenso per *silentium*; per l'effetto, l'amministrazione procedente è comunque tenuta a condurre un'istruttoria completa e, all'esito, alla stregua delle relative risultanze, ad elaborare uno schema di provvedimento da sottoporre all'assenso dell'amministrazione co-decidente²².

Implicitamente si ammette, pertanto, che nelle ipotesi di silenzio verticale, laddove l'esercizio del potere dovrebbe garantire un equilibrio e un bilanciamento tra la tutela dell'interesse pubblico e quello del privato, l'istruttoria manca e la tutela e il perseguimento dell'interesse pubblico cedono dinanzi alle esigenze economiche private.

L'unico rimedio a tutela dell'interesse pubblico resta l'autotutela, anch'essa, però, opportunamente ridimensionata nei tempi di esercizio (il termine di 18 mesi è stato ridotto a 12 mesi) dal "decreto semplificazioni" a vantaggio delle imprese, assumendo ancora una volta come obiettivo prioritario l'interesse economico²³.

Nel silenzio orizzontale, invece, dove la funzione è attribuita per svolgere attenta ponderazione tra i diversi interessi pubblici, il giudice amministrativo supera il principio di legalità, il principio delle competenze e quello della leale collaborazione tra amministrazioni al fine di non precludere all'amministrazione procedente di adottare il provvedimento²⁴.

Implicitamente si supera qualsiasi rilevanza delle peculiari competenze normativamente affidate alla PA che normativamente è chiamata a curare l'interesse, anche sensibile, e che la fase istruttoria condotta dall'amministrazione procedente è sufficiente per garantire la completezza istruttoria e, di conseguenza, la realizzazione dell'interesse pubblico.

Anche in tale caso non può non constatarsi l'arretramento della PA e l'irrilevanza delle specifiche competenze, confermando la tendenza ormai stabi-

²² Corte Cost., n. 160/2021.

²³ D.L. 31 maggio 2021, n. 77, come convertito dalla L. n. 108/2021. Sull'ammissibilità del potere di autotutela nei confronti del silenzio formatosi ai sensi dell'art. 17 bis, L. n. 241/1990, cfr. parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato 7 aprile 2016, n. 890.

²⁴ Le Amministrazioni preposte alla tutela di tali interessi pubblici specifici dovrebbero essere solo quelle alle quali tale compito di tutela è specificamente affidato dalla legge. La scelta autonoma dell'amministrazione, che si auto-attribuisce compiti e funzioni non contemplati *ex lege*, al fine di consentire alla medesima di acquisire diritti e garanzie "riservate" alle amministrazioni specificamente preposte alla cura degli interessi "sensibili", sarebbe *contra legem*, Cons. Stato, sez. VI, n. 4333/ 2008.

lizzata di assurgere le necessità economiche quale valore supremo assoluto.

I meccanismi di semplificazione, vedasi, per esempio, il silenzio assenso in conferenza di servizi, stanno modificando radicalmente i dettami della competenza.

D'altra parte proprio il superamento delle competenze per l'amministrazione efficiente spiana la strada a forme di amministrazione parallela, sempre più spesso appaltata a operatori privati²⁵ che, "sotto la parvenza del non-profit, accumulano potere lobbistico, oltre che economico"²⁶.

3. L'imprenditore nel quadro giuridico che si sta delineando

Sempre più pressante è l'esigenza di un continuo ampliamento di tutela dell'imprenditore che entra in contatto con la PA, dapprima resa evidente nella materia dei contratti pubblici, dove ravvisare nell'operato della PA solamente una irresponsabilità da provvedimento illegittimo non si è dimostrato sufficiente a garantire l'operatore economico²⁷.

25 G. TROPEA, *PNRR e governamentalità neoliberale: una linea di continuità?*, in www.aipda.it, 29 ottobre 2021.

26 G. TROPEA, *Spinte gentili per la pubblica amministrazione?* in www.ildirittodell'economia.it, n. 1/2022, 51, con riferimento alla massiccia cessione di terreno da parte dell'amministrazione pubblica (pur sempre politicamente responsabile) ad operatori privati.

27 L'operatore economico che agisce sul mercato, se da un lato accetta il rischio economico, dall'altro deve trovare nell'amministrazione un *partner* affidabile il cui potere discrezionale trova un limite invalicabile nel principio del legittimo affidamento. Cfr., per esempio, Cass., sez. un., 12 maggio 2008, n. 11656, dove si precisa che si tratta di una responsabilità da comportamento e non da provvedimento, che non investe la legittimità degli atti amministrativi posti in essere dalla P.A., né richiede l'annullamento degli stessi. Essa può dunque sussistere anche in presenza di atti di autotutela (revoca, annullamento, diniego di stipula o di approvazione) pienamente legittimi, ove assistiti dai presupposti per la loro emanazione. In dottrina sul tema M.S. GIANNINI, *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica*, in Aa.Vv., *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, Milano, 1963, III, 263; F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970; Id., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Milano, 2001; G. STOLFI, *Sulla culpa in contrabendo dell'amministrazione pubblica*, in *Riv. dir. comm.*, 1975, 22; A. ROMANO TASSONE, voce *Situazioni giuridiche soggettive*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, Milano, 1988, II, 966 ss.; F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995; ID., *Dal rifiuto di provvedimento al dovere di provvedere: la tutela dell'affidamento*, in *Dir. amm.*, 2016, 93; ID., *Dal rifiuto di provvedimento al dovere di provvedere: la tutela dell'affidamento*, in *Itinerari interrotti. Il pensiero di Franco Ledda e di Antonio Romano Tassone per una ricostruzione del diritto amministrativo*, Napoli, 2017, 121 ss.; F.G. SCOCA, *Tutela giurisdizionale e comportamento della pubblica amministrazione contrario alla buona fede*, in L. GAROFALO (a cura di) *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, vol. I, Padova, 2003, 471 ss.; F. GAFFURI, *L'acquiescenza al provvedimento amministrativo e la tutela dell'affidamento*, Milano, 2006; F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2005, 843 ss.; Id., *L'aggiudicazione degli appalti pubblici e la responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1; ID., *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*,

Le esigenze di accrescere l'effettività della tutela imposte dal diritto europeo del libero mercato, hanno trovato terreno fertile nel sistema giuridico nazionale e sono state applicate all'intero operato della PA, anche in settori non regolati dal diritto della concorrenza.

La scelta politica diviene quella di incentrare l'attenzione sul rapporto di fiducia che si instaura tra PA e privato, privilegiando l'esigenza di tutelare in modo più efficace le aspettative del privato, finalità che, però, non ha comportato attenzione verso professionalità e preparazione del soggetto pubblico che pare solo gravato dal differente ruolo assunto ed è valutato in termini di risultato e correttezza nell'agire²⁸.

Nell'ottica di arretramento della PA non può poi tacersi la privatizzazione di molti enti pubblici, quale massiccia risposta alla crisi finanziaria pubblica. Anche in tale caso la scelta è giustificata da una lettura del principio del buon andamento attraverso i criteri aziendalistici di efficienza, efficacia ed economicità²⁹.

L'amministrazione perde i propri caratteri originari per trasformarsi secondo il modello privatistico-impresoriale; il rapporto tra sfera pubblica e sfera privata muta radicalmente, s'incentra sulla collaborazione procedimentale e sfocia nell'istituto, anch'esso di derivazione europea, del partenariato pubblico privato.

Tale collaborazione, che può trovare fondamento costituzionale nel principio di sussidiarietà orizzontale consacrato all'art. 118, co. 4 Cost., obbliga a una interpretazione differente della società e dei suoi bisogni, con il risultato di ritenere il privato più idoneo a realizzare l'interesse pubblico³⁰.

2018, 823 ss.; C.E. GALLO, *La lesione dell'affidamento sull'attività della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 564; S. DETTORI, *Esercizio legittimo del potere di revoca e doveri di comportamento della pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2017, 861; B. MAMELI, *Responsabilità precontrattuale e buona fede*, in *Scritti per F.G. SCOCA*, Napoli, 2020, vol. IV, 3279 ss.

28 Algoritmi, Intelligenza artificiale e riduzione del tempo per provvedere.

29 M.P. CHITI, *La presenza degli enti pubblici nelle fondazioni di partecipazione tra diritto nazionale e diritto comunitario*, in *I quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, 2007.

30 Significativa di tale trasformazione di pensiero è la privatizzazione di molte università o comunque la costituzione di fondazioni ex d.p.r. n. 254/2001. Sul tema A. MARRA, *Il concetto di autonomia universitaria tra sviluppi storici e prospettive*, in *Dir. amm.*, 2023, 135 ss., si esprime in questi termini: "La fuga dal modello dell'ente pubblico, la crescita esponenziale di soggetti aventi veste privatistica e l'introduzione, anche nelle università statali, di meccanismi di verticalizzazione del potere sono sintomi dell'inadeguatezza dei modelli organizzativi tradizionali a realizzare quelle che, in misura più o meno trasparente, si vanno affermando come le nuove missioni dell'università". Lo stesso A. pone, però, in evidenza l'esigenza di

Ci si può, però, domandare se il buon andamento declinato secondo criteri aziendalistici consenta ancora spazio per il principio della buona amministrazione quale parte dello stesso principio costituzionale che si mantiene autonomo dalle scienze economiche e consente di spostare l'attenzione alla soddisfazione delle aspettative delle persone.

Non sempre l'efficienza fine a se stessa è sinonimo di benessere sociale e l'efficienza in sé non è un valore poiché soltanto la persona umana e la sua dignità costituiscono un valore.

I cambiamenti descritti rischiano, come si approfondirà in seguito, di interpretare l'art. 2 della Costituzione in chiave biopolitica, imponendo una mentalità di governo (governamentalità³¹) liberale, capace di far emergere il solo lato oscuro della sussidiarietà orizzontale³².

Si profila la possibilità di subordinare l'autonomia non soltanto a fondi privati, ma alla *governance* di soggetti privati, o ancora, a soggetti pubblici che agiscono secondo schemi e logiche dell'autonomia privata.

4. Cittadino e imprenditore a confronto, la persona come bene economico

L'introduzione nella Costituzione del principio di sussidiarietà orizzontale e verticale e l'intera modifica del Titolo V del Testo costituzionale ha evidenziato la scelta di investire su una società maggiormente attiva e consapevole, collegata con il territorio e le sue peculiarità, protagonista delle trasformazioni necessarie³³.

Con la globalizzazione il rischio è di pervenire a un risultato di segno op-

tutelare libertà di insegnamento e di ricerca.

31 M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France*, Milano, 2005, 88.

32 Sottolinea F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. amm.*, 1/2020, 4: il legislatore ha il compito di decidere, tra le finalità che la Costituzione consente, quali assumere a compiti pubblici, nonché di scegliere la modalità per assolvere tali compiti. L'azione dei poteri pubblici deve essere contenuta entro i limiti di quanto è necessario per supplire all'inadeguatezza dei privati a provvedere ai bisogni sociali. Sul principio di sussidiarietà orizzontale, G. PASTORI, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, in *Scritti in onore di Giorgio Berti*, II, Napoli, 2005, 1752; G. PASTORI, *La sussidiarietà «orizzontale» alla prova dei fatti*, in A. RINELLA, L. COEN, R. SCARCIGLIA, *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto*, Padova, 1999, 169-171.

33 Il principio di sussidiarietà, si è affermato, si basa sul collegamento di due principi fondamentali della Costituzione: quello che garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità (art. 2 Cost.), e quello che garantisce le autonomie territoriali (art. 5 Cost.)

posto e comportare debole identificazione con il territorio e soprattutto passività nelle scelte politiche e amministrative imposte³⁴.

Un tale cambiamento (de-territorializzazione e standardizzazione) è facilitato *in primis* attraverso l'intelligenza artificiale che facilita la perdita delle peculiarità locali per creare uno spazio omogeneo.

Le piattaforme impongono uniformità e standardizzazione, l'interoperabilità tra reti per il conferimento e il trattamento dei dati toglie indipendenza agli enti locali e demanda ogni potere a livello centrale dove sono prese le decisioni di attuazione dell'agenda digitale nazionale³⁵.

L'arretramento del decentramento è speso a favore dei soggetti privati che si sostituiscono al soggetto pubblico e, per quanto qui interessa, mettono a disposizione le piattaforme tecnologiche³⁶.

I rapporti centro/ periferia si invertono a favore della globalizzazione e impongono un significativo cambiamento politico, istituzionale e culturale.

Così, mentre la digitalizzazione costituisce uno dei terreni di confronto e di scontro più significativi tra Stato e regioni, lo Stato cede sempre più sovranità a poteri internazionali³⁷.

Tale scenario induce a chiedersi se ambiente, clima, salute debbano ormai considerarsi come valori in sé (aventi un valore economico sul mercato) o possono ancora ritenersi tutelati in quanto declinati a servire a un miglioramento del benessere della persona umana. E ancora, resta significativo domandarsi quale spazio nelle valutazioni politiche e amministrative è ancora dedicato alla persona e quanto è, invece, ceduto al privato che opera sul mercato.

L'ormai radicato connubio tra democrazia, mercato e welfare in un'Euro-

34 Solo un elemento può essere dato per acquisito: il terreno su cui si gioca la partita del futuro dei diritti non è più solo quello tradizionale dello Stato-nazione, ma è sul piano globale che si vanno a definire le condizioni concrete entro cui si sviluppano i rapporti di potere e i diritti delle persone. G. AZZARITI, *Verso la democrazia attraverso i diritti*, in *Politica del diritto*, n.1-2, 2013, 3.

35 Costituzione, art. 117, c. 2, lett. r, "coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale" e corrispondenti poteri regolamentari ed amministrativi.

36 G. TROPEA, *Biopolitica e diritto amministrativo del tempo pandemico*, Napoli, 2023; L. AMMANNATI, *I 'signori' nell'era dell'algoritmo*, in *Diritto pubblico*, 2021, 392, sottolinea come il vero problema dell'amministrazione digitale, oltre alle possibili ricadute sui diritti, siano gli oligopoli.

37 C. IANNELLO, *Gli effetti del neoliberismo sul diritto pubblico*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 1/2020.

pa molto attenta alla dimensione economicistica e molto poco sensibile a quella politico-sociale., ha imposto e reso legittimo il bilanciamento tra diritti (compresi i diritti sociali) e perseguimento dell'equilibrio finanziario³⁸.

I cambiamenti in atto sono il risultato di scelte politiche volte a privilegiare interessi e le libertà economiche anche a scapito dei principi affermati nella Carta dei diritti fondamentali³⁹. I diritti sociali sono «il corpo vivo su cui chirurgicamente opera il tentativo di riassetto (dei bilanci pubblici e non solo) imposto ai paesi europei»⁴⁰.

L'individuo diviene un bene economico sottoposto a un potere dello Stato che persegue l'obiettivo primario di agire per aumentarne l'efficienza., in granagggio del funzionamento dello Stato, strumento della sua potenza⁴¹.

Il potere perde di autoritarità, il cittadino si trasforma da suddito a utente e alimenta le dinamiche socio-politiche attuali che lo convertono in un bene fondamentale per la catena di produzione e di riproduzione sociale.

Ecco, quindi, l'assunzione di impegno ed elaborazione di programmi per preservarlo, curarlo, educarlo, inculcargli valori e regole morali, frutto di scienze e tecnologie finalizzate ad evitare contaminazioni nei confronti della popolazione produttiva⁴².

38 Le leggi dell'economia s'impongono su ogni scelta politica e principi e diritti, sociali in particolare sono "ormai abbandonati, sacrificati sull'altare dello sviluppo economico e della crescita senza umanità", G. AZZARITI, *Verso la democrazia attraverso i diritti*, cit., 7.

39 P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2017, 504, sottolinea come sia sempre più sottile il residuo di sovranità degli Stati membri nei confronti dell'Unione. La questione dei diritti sociali dovrebbe vivere anche una dimensione europea perché essi, "oltre ad essere irrinunciabili, inalienabili, indisponibili, intrasmissibili", mirano "ad assorgere al rango di diritti inviolabili".

40 G. FONTANA, *Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 27 novembre 2013, 2 e 3.

41 S. CATUCCI, *Introduzione a Foucault*, Roma-Bari, 2010, 99, si esprime in questi termini: si tratta di un potere silente, quasi dimesso, "che tende ad aumentare l'efficienza degli individui per coinvolgerli in un processo di assoggettamento costante".

42 Ma tali discipline, per la loro fondazione, necessitano di un punto di appoggio, cioè della capacità di stabilire i nodi di intervento, quali condizioni debbano considerarsi fertili e quali dannose e inefficienti, improduttive o degenerative. Si tratta di costituire allora le categorie della normalità e dei dispositivi della normalizzazione, che, attraverso l'esame, oggettiva gli individui, li classifica, li disciplina, li controlla e li colloca lungo una linea evolutiva, che propone un parallelismo tra tale modello di sviluppo del singolo e il tema sociologico del progresso. Questo sistema, una volta estesosi e acquisito, coinvolge non solo le istituzioni politiche, amministrative e educative in un'opera costante di valutazione dei singoli. Questo perché la vigilanza si diffonde come pratica sociale di controllo reciproco tra sorvegliati e sorveglianti, intessendo un reticolo di relazioni asimmetriche e gerarchiche, che si disperdono in ogni direzione lungo i nodi che lo compongono. Così S. CATUCCI, *Introduzione a Foucault*,

L'uomo produttivo deve anche essere facilitato nell'intraprendere la propria attività e l'amministrazione non può divenire un ostacolo o un ritardo. L'interesse privato dell'*homo oeconomicus* diviene criterio direttivo dell'attività di governo e il perseguimento del mero fine individuale, entrando in

combinazione e competizione con gli altri interessi privati, dovrebbe contribuire alla realizzazione dell'interesse pubblico⁴³.

Descrive Foucault che il potere di tipo disciplinare (il potere specifico dello Stato amministrativo) non necessita di violenza o azioni costrittive, poiché gli è sufficiente un controllo minuzioso, continuo e completo sul singolo, sulla sua salute, sui suoi tempi di produzione e organizzazione delle attività, esattamente come avviene con l'intelligenza artificiale a vantaggio di chi detiene e utilizza i dati raccolti.

Secondo la dottrina del neoliberismo in economia tutto ciò che conta è raggiungere il risultato migliore, la massimizzazione dei profitti o dell'utilità. Il mercato seleziona i migliori concorrenti e li mette in condizione di agire liberamente nel perseguire egoisticamente i propri interessi. Questi, pur non in grado di controllare tutte le numerose variabili dovute alla complessità dei sistemi sociali e ai limiti cognitivi della natura umana, agiranno comunque per vincere la competizione. I vincitori saranno premiati e i perdenti avranno il compito di imitare i primi. Il processo di omologazione imporrà di seguire coloro che sono emersi nella migliore realizzazione del risultato⁴⁴.

Il problema che si dimentica risiede, però, nel non volere ammettere che la competizione avvenga mai tra pari. Le disuguaglianze sociali non sono prese in considerazione, eppure rappresentano un dato oggettivo (rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale per favorire il pieno sviluppo della persona umana, art. 3, Cost.)⁴⁵.

Neoliberismo e globalizzazione cavalcano il grave rischio di valorizzare le diversità e incentivare la crescita. Si rischia di creare un percorso destinato a chi

cit., 101.

43 Se il liberalismo "produce e favorisce attivamente delle libertà specifiche (di scambio, di proprietà, di espressione, ecc.) e a tale scopo si trova, nello stesso tempo, a limitare e a rischiare di distruggerne delle altre" O. MARZOCCA, *Perché il governo. Il laboratorio etico-politico di Foucault*, Manifestolibri, Roma 2007, 146

44 Così S. RIZZELLO, *Neoliberismo e cause del disagio dei giovani*, in *Il quotidiano di Puglia*, Lecce, giovedì 9 novembre 2023.

45 S. RIZZELLO, *Neoliberismo e cause del disagio dei giovani*, cit.

può sfruttare posizioni di partenza avvantaggiate che riuscirà ad emergere e omologare gli altri sui propri standard sfruttando posizioni di rendita, consacrando il modello imposto dal potere economico⁴⁶.

Il risultato è di perseguire l'inclusione soltanto tra chi condivide l'obiettivo, contestualmente generando l'esclusione di chi non aderisce a quel "paradigma", ne consegue la lesione delle libertà individuali e la differente veste assunta dall'amministrazione che da soggetto incaricato di garantire l'attuazione del Testo costituzionale diviene l'artefice del ridimensionamento di diritti e libertà nei confronti di parte della popolazione⁴⁷.

Garantire libertà, proprietà, sviluppo sostenibile impone ponderazioni che mai dovrebbero essere sbilanciate unicamente a favore di un interesse di parte, neanche nell'ipotesi in cui questo fosse l'interesse economico⁴⁸.

5. Il giudice amministrativo di fronte al mercato e alla commistione delle scienze

La commistione tra differenti discipline scientifiche, umane ed economiche, ha condotto a considerare la persona quale bene economico e anche il Consiglio di Stato si è recentemente impegnato a fornire risposte sull'identificazione dell'*homo oeconomicus*.

Proprio l'alto Consesso amministrativo, impegnato a garantire effettività di tutela, nel rinviare la definizione del consumatore medio alla Corte di Giustizia, si interroga sulla sua natura e sul suo comportamento, valutando se siano da preferire le teorie economiche (*homo oeconomicus* perfettamente razionale) oppure quelle psicologiche (riprese negli studi economici più recenti) di persona con "razionalità limitata"⁴⁹.

"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 nor-

46 S. RIZZELLO, *Neoliberalismo e cause del disagio dei giovani*, cit.

47 D. DE LUNGO, *Liberalismo, democrazia, pandemia. Appunti sulla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali all'individuo di fronte alla decisione collettiva*, in *Nomosleattualitaneldiritto.it*, 2/2020, 1 ss.

48 Sul rapporto tra scienza del diritto amministrativo e scienze non giuridiche, M. COCCONI, *La scienza del diritto amministrativo e l'utilizzo delle altre scienze sociali*, in *La scienza del diritto amministrativo nella seconda metà del XX secolo*, L. TORCHIA, E. CHITI, R. PEREZ, A. SANDULLI (a cura di), Napoli, 2008, 269 ss.

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

me sulle pratiche commerciali scorrette, ingannevoli e aggressive. Il passaggio dal marketing alla psicologia del consumatore e al neuromarketing richiede un ulteriore sviluppo della tutela?”⁵⁰.

Tanto si è detto e fatto per garantire l'effettività della tutela, ma dinnanzi a tali nuove forme di condizionamento dei comportamenti dei singoli occorre chiedersi se si può ancora ritenere efficiente il livello di tutela garantito.

“Si interviene direttamente sul vivente, condizionandone sogni, aspirazioni, angosce (in altre parole, la tecnica politica liberale è virtuosa se genera desideri sociali con l'apparente consistenza di un'esigenza naturale)”⁵¹.

E' un rischio evidente che la politica subisca una profonda trasformazione per divenire un potere assuefatto da parte dell'economia, che vi si innesta in profondità con la logica della scelta razionale.

Emerge così in tutta evidenza una importante contraddizione: mentre formalmente si consacra il diritto dei *cives* a essere posti al centro dell'agire pubblico, in modo tale che il contenuto delle pretese possa modulare l'esecuzione della funzione pubblica, forzandola a una maggiore attenzione verso la persona ed i suoi bisogni anche di comportamenti amministrativi “buoni” nel senso di “etici” e non solo utili, nello stesso tempo il rapporto politica, scienza e tecnologia sembra aver posto una frattura tra sociale e politico a favore di scelte volte al primato dell'auto-imprenditorialità, competitività, efficienza dell'uomo-impresa.

E' stato sottolineato che l'“economia deve essere al servizio dei diritti e non il contrario”; l'assunto dovrebbe comportare la supremazia della funzione politica sulla funzione economica e una trasformazione della politica che, rispettosa del dovere costituzionale di interpretare e attuare diritti, dimostri la capacità di considerare nuovamente i diritti sociali quali fini e criteri direttivi, contemperando globalizzazione ed esigenza di garantire i diritti della persona e le esigenze della comunità locale, focalizzandosi nella determinazione di un rap-

⁵⁰ 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.; 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”.

⁵¹ P. AMATO, *Tecnica e potere*, Mimesis, 2009, 135.

porto equilibrato tra individuo e società⁵².

Lo Stato, inserito in un dialogo costante e ormai imprescindibile tra i diversi livelli di governo nazionali, a livello europeo e globale deve riuscire a conciliare due aspetti essenziali e contraddittori del principio di sussidiarietà verticale: l'avocazione delle competenze verso l'alto e il decentramento.

Nel primo caso sono privilegiati crescita economica e mercato, mentre il decentramento impone di attuare i principi costituzionali secondo una prospettiva personalistica che interpreti i valori dell'ordinamento sovranazionale in funzione valorizzatrice della persona umana.

6. Le contraddizioni del cambiamento

I vincoli internazionali ed europei hanno ridimensionato le sovranità nazionali, imposto limiti alla spesa pubblica e incentrato l'attenzione sulla crescita del PIL, imponendo l'adeguamento della politica economica nazionale alle indicazioni dell'economia globale⁵³.

La spinta verso la globalizzazione comporta inevitabilmente uniformità e sacrificio delle differenze nonché, prestando attenzioni ai più recenti interventi normativi di riforma, il primato del profitto sull'interesse sociale, l'eliminazione dei controlli in precedenza esercitati sull'impresa da parte dei poteri pubblici con netto ridimensionamento dell'agire amministrativo e il passaggio di molti beni di fruizione collettiva all'uso privato⁵⁴.

Tali trasformazioni del nostro ordinamento, finalizzate a una progressiva liberalizzazione, potenziamento delle imprese e rideterminazione del contenuto dei diritti personali, si pongono in apparente contrasto, come più sopra accennato, con il decentramento e le peculiarità delle realtà locali che avevano imposto la modifica del Titolo V della Costituzione.

52 U. ALLEGRETTI, *Diritto e Stato nella mondializzazione*, Torino, 2002, 273 ss.

53 M. DE BELLIS, *Unificazione, differenziazione e tecnicizzazione nella regolazione europea dei mercati finanziari*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA (a cura di) *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. La tecnicizzazione*, vol. IV, Firenze, 239: "Le risposte ai diversi tipi di crisi che l'UE ha dovuto affrontare a partire dal 2008 – finanziaria, del debito pubblico, economica – si sono caratterizzate per una tendenza ad una progressiva centralizzazione di funzioni: si pensi ai maggiori poteri di controllo sulle finanze statali, attribuiti alla Commissione dal *Fiscal Compact*, dal *Six Pack* e dal *Two Pack*, e a quelli relativi all'assistenza finanziaria degli Stati, propri del Meccanismo europeo di stabilità (Craig, 2012; Ruffert, 2011)".

54 U. ALLEGRETTI, *Diritto e Stato nella mondializzazione*, Torino, 2002, partic. 31, 60 ss., 90 ss. e 133 ss.

Certamente la Costituzione è sufficientemente “elastica”, da rendere possibile una lettura diversa da quella prevalsa finora (democrazia sociale)⁵⁵, alla quale può aggiungersi la convinzione per cui decentramento/globalizzazione non si presentano in antitesi poiché la dimensione globale può divenire forza positiva capace di rafforzare interessi pubblici locali con attività di sostentamento e coordinamento⁵⁶.

Preme, però, osservare come la complessità e il pluralismo degli interessi nella sfera pubblica abbiano in questi anni richiesto di rielaborare nozioni come interesse pubblico, potere, attività amministrativa⁵⁷ e obbligato a porre attenzione all'organizzazione della PA e alla distribuzione delle competenze oltretutto sulla formazione dei funzionari⁵⁸.

Si è tentato di separare attività amministrativa da attività politica, sottolineando la natura tecnica e imparziale dell'agire amministrativo⁵⁹ e di investire sulla qualificazione dell'apparato amministrativo per renderlo idoneo a rispondere alle sempre più complesse esigenze sociali⁶⁰.

Molto è stato fatto in termini di tutela del cittadino nel rapporto con la

55 G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, 12 ss. Per una lettura in chiave individualistica dell'art. 2 Cost., A. ORSI BATTAGLINI, “L'astratta ed infeconda idea”. *Disavventure dell'individuo nella cultura giurispubblicistica. (A proposito di tre libri di storia del pensiero giuridico)*, in *Quaderni fiorentini*, 1988, 570 ss. propone di assumere il principio individualistico come criterio guida per il bilanciamento tra valori costituzionali configgenti e per l'avvio di una trattazione diversa di molteplici temi quali l'autonomia collettiva, la rappresentatività, la legittimazione dei gruppi economici e professionali, la partecipazione e la tutela giurisdizionale.

56 M. BETZU, *I poteri privati nella società digitale: oligopoli e antitrust*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 746: le teorie del costituzionalismo digitale sono espressione, più o meno consapevole, della metanarrazione liberista che propugna una “idea di libertà come coincidente con quella di liberazione dal pubblico, dallo stato, dal potere politico, dalla costituzione, in nome dell'individuo e della migliore delle costituzioni possibili, in questo caso offertaci dalla libera società digitale”.

57 A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere pubblico*, in *Ann. Fac. Econ. e comm. Università di Messina*, 1981, 449 ss.; ID., *A proposito del potere, pubblico e privato, e della sua legittimazione*, in *Dir. amm.*, 2013, 559.

58 M.S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato*, in *Foro it.*, 1979, 297 ss.; G. D'AURIA, *Giannini e la riforma amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1270 ss.; M. R. SPASIANO, *L'organizzazione comunale. Paradigmi di efficienza pubblica e buona amministrazione*, Napoli, 1995, 234 ss.; S. CASSESE, *Le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1985, 378.

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

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

PA, ma davvero poco per migliorare le competenze amministrative e adeguarle a compiti sempre più complessi.

Per ora il legislatore si è limitato all'introduzione di termini brevi, 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, abrogazione del principio dell'inesauribilità del potere amministrativo con un netto ridimensionamento del potere di autotutela, superamento della competenza.

Tali novità normative sono accompagnate da una rivisitazione dei valori sociali e da una rilettura delle libertà (e contestuale introduzione di nuove materie di studio), nonché da spinte e pressioni che sotto l'egida dei pressanti vincoli finanziari mettono in crisi il principio di legalità⁶¹ e lasciano spazio a *soft law* e interpretazione giurisprudenziale⁶².

Argomenta il Consiglio di Stato “nel tempo presente (...) il sistema tende a favorire la liberalizzazione e la deregolamentazione delle attività private, accompagnate da una serie di normative tese allo snellimento dell'azione amministrativa semplificando anche i rapporti tra amministrazioni, come dimostra quanto statuito nell'art. 17 bis (...) nei casi in cui opera il silenzio assenso, l'interesse sensibile dovrà comunque essere oggetto di valutazione, comparazione e bilanciamento da parte dell'amministrazione procedente”⁶³.

Resta, però, da chiedersi se la crisi del principio di legalità non costituisca il presupposto per il rafforzamento di un nuovo potere, indifferente rispetto ad ogni contrapposizione tra interesse pubblico e libertà privata.

Come è stato condivisibilmente osservato “non è seriamente dubitabile che la capacità degli Stati di fornire prestazioni è fortemente mutata, come è largamente considerato in crisi il modello dello Stato sociale di diritto; per altro verso, l'affermazione in sede costituzionale dell'obbligo dell'equilibrio di bilan-

61 F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2008, 9 ss., evidenzia come la crisi del principio di legalità produca effetti decostruttivi per il diritto amministrativo.

62 L.R. PERFETTI, *Is there no alternative?*, in *Power and democracy*, n. 1/2021, 98 e 99, il quale evidenzia altresì come accada, con sempre maggiore frequenza, che una decisione amministrativa possa incidere in modo molto significativo su diritti fondamentali di rango costituzionale nello spazio decisivo della definizione delle condizioni di emergenza.

63 Cons. Stato, parere n. 1640/2016.

cio, pone -a mio modo di vedere- la questione della destinazione delle risorse pubbliche e, quindi, della libertà del legislatore (e del Governo) in sede di indirizzo politico quanto alla spesa pubblica, con effetto diretto sulla sostenibilità dei diritti fondamentali nel tempo in considerazione della sopportabilità del debito pubblico”⁶⁴.

Si potrebbe riflettere se sussista il rischio che bisogni e diritti siano individuati e soddisfatti soltanto se rispondenti a richieste del mercato (si crea il bisogno per vendere la soluzione).

7. Potere pubblico e mercato, il silenzio della PA

L'arte di amministrare lascia il posto a tecniche oggettive⁶⁵, il paesaggio perde il valore di interesse sensibile dinnanzi a esigenze di celerità del provvedere mentre la Costituzione è modificata per introdurre esplicitamente la tutela dell'ambiente e consentire ponderazioni tra diritti e libertà rispettose *in primis* dei dettami sul cambiamento climatico.

Il legislatore, nell'attuare la cd. riforma Madia⁶⁶, si è discostato dalla tradizionale impostazione basata sul riconoscimento di una tutela rafforzata degli interessi sensibili nell'ambito del procedimento amministrativo e di una conseguente disciplina speciale per l'applicazione degli strumenti di semplificazione previsti nella legge sul procedimento amministrativo.

Anche il Consiglio di Stato ha ritenuto possibile “parlare di un ‘nuovo paradigma’: “in tutti i casi in cui il procedimento amministrativo è destinato a concludersi con una decisione ‘pluristrutturata’ nel senso che la decisione finale

⁶⁴ Larghissimo ricorso all'emergenza, a forme di regolazione e *soft law* impongono di tenere nella dovuta considerazione che ogni valutazione discrezionale dell'amministrazione pubblica, quale scelta intorno ad alternative lecite, determina una decisione che non è resa secondo la legge, ma nello spazio vuoto lasciato dal diritto, così L.R. PERFETTI, *Is there no alternative?*, in *Power and democracy*, cit., 97.

⁶⁵ La digitalizzazione di procedure complesse sulla base di soluzioni operative informatizzate (algoritmi) che integrano dati ed informazioni che provengono da fonti differenziate e predefiniscono la decisione sulla base di questi elementi, può comportare una rappresentazione parziale (per difetto o per eccesso) degli interessi coinvolti. La costruzione di moduli istruttori automatizzati che aggregano una pluralità di elementi informativi necessita di una predefinitone dei moduli e dell'effetto di questi elementi sulla decisione finale con il rischio di determinare moduli decisionali rigidi. F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 371; B. CAROTTI, *Algoritmi o poteri pubblici: un rapporto incendiario*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 5 ss. In giurisprudenza, su algoritmi e IA, Cons. Stato, sez. III, 25 novembre 2021, n. 7891.

⁶⁶ L. n. 124/2015 e relativi decreti delegati.

da parte dell'amministrazione precedente richiede per legge l'assenso vincolante di un'altra amministrazione il silenzio dell'amministrazione interpellata, che rimanga inerte non esternando alcuna volontà, non ha più l'effetto di precludere l'adozione del provvedimento finale ma è, al contrario, equiparato ope legis a un atto di assenso e consente all'amministrazione precedente l'adozione del provvedimento conclusivo. (...) il silenzio assenso 'orizzontale' previsto dall'art. 17 bis opera, nei rapporti tra amministrazioni co-decidenti, quale che sia la natura del provvedimento finale che conclude il procedimento, non potendosi sotto tale profilo accogliere la tesi che, prospettando un parallelismo con l'ambito applicativo dell'art. 20 concernente il silenzio assenso nei rapporti tra privati, circoscrive l'operatività del nuovo istituto agli atti che appartengono alla categoria dell'autorizzazione, ovvero che rimuovono un limite all'esercizio di un preesistente diritto. La nuova disposizione, al contrario, si applica a ogni procedimento (anche eventualmente a impulso d'ufficio) che preveda al suo interno una fase co-decisoria necessaria di competenza di altra amministrazione, senza che rilevi la natura del provvedimento finale nei rapporti verticali con il privato destinatario degli effetti dello stesso⁶⁷.

Eppure, come è stato rilevato, la competenza è una sorta di cerniera del sistema nella quale si intersecano il modo di essere e quello di operare dell'amministrazione e si realizzano le dinamiche del suo rapporto con i cittadini: dimensione oggettiva dell'organizzazione, elemento soggettivo dell'attività, parametro di validità degli atti, misura della garanzia degli amministrati. La crescente tendenza alla flessibilità dell'organizzazione in funzione di efficienza dell'attività entra in collisione con la consolidata connessione organo (esterno) - fonte legislativa - tutela individuale⁶⁸.

Certamente tale ricostruzione può essere considerata quale elemento di rigidità e, quindi, ostacolo all'efficienza, ma, indubbiamente, è la sola soluzione conforme al principio di legalità dove la funzione amministrativa è collegata alla previsione normativa.

E se si condivide che sono le esigenze legate alla tutela degli interessi che

67 Cons. Stato, parere 13 luglio 2016, n. 1640.

68 A. PIOGGIA, *La competenza amministrativa. L'organizzazione fra specialità pubblicistica e diritto privato*, Torino, 2001.

fondano il modello organizzativo e le conseguenti garanzie⁶⁹, pare indispensabile investire in termini di organizzazione amministrativa, anziché legittimare il superamento delle competenze.

Il meccanismo del silenzio-assenso orizzontale palesa poi un'altra contrarietà di fondo del legislatore nei confronti dell'inerzia amministrativa, poiché quest'ultima è stigmatizzata al punto tale da ricollegare al silenzio dell'amministrazione interpellata la più grave delle 'sanzioni' e, nello stesso tempo, il più efficace dei 'rimedi', ossia l'equiparazione del silenzio all'assenso con conseguente perdita del potere di dissentire e di impedire la conclusione del procedimento.

Il Consiglio di Stato ha rilevato che il meccanismo del silenzio assenso orizzontale rinviene, sotto il profilo costituzionale, il proprio fondamento nel principio di buon andamento, di cui all'art. 97 Cost., letto 'in un'ottica moderna', che tenga conto anche dell'esigenza di assicurare il 'primato dei diritti' della persona, dell'impresa e dell'operatore economico rispetto a qualsiasi forma di mero dirigismo burocratico⁷⁰.

Certamente tali affermazioni si pongono in contrasto con il radicato collegamento tra il principio di predeterminazione delle sfere di competenza, delle attribuzioni e delle responsabilità dei funzionari (art. 97, co. 2, Cost.), e i principi di imparzialità e di buon andamento⁷¹.

Soltanto la lettura di quest'ultimo principio in chiave strettamente aziendalistica consente quell'interpretazione "moderna" auspicata dal giudice amministrativo il quale ammette che attraverso gli istituti di semplificazione (17-bis e 14-bis, L. n. 241/1990 e .m.) si sia cercato "di raggiungere un delicato punto di equilibrio tra la tutela degli interessi sensibili e la, parimenti avvertita, esigenza di garantire una risposta (positiva o negativa) entro termini ragionevoli all'operatore economico, che, diversamente, rimarrebbe esposto al rischio dell'omissione burocratica"⁷².

Alla tutela dell'interesse pubblico resta il solo rimedio di sollecitare l'avvio del procedimento di autotutela che rimette all'amministrazione procedente, eventualmente, se ravvisa ragioni di illegittimità o inopportunità, nel

69 A. PIOGGIA, *La competenza amministrativa.*, cit.

70 Cons. Stato, parere n. 1640/2016, cit.

71 *Il principio di buon andamento dell'amministrazione nella giurisprudenza della corte costituzionale*, L. IANNUCCILLI, A. DE TURA (a cura di), in *www.cortecostituzionale.it*.

72 Cons. Stato, sez. IV, 2 ottobre 2023, n. 8610, punto 12.1.

breve termine di cui all'art. 21 *nonies* o previo pagamento di indennizzo *ex art.* 21 *quinquies*, la possibilità di incidere sul provvedimento positivo formatosi per silenzio⁷³.

Si ammette, quindi, esplicitamente che i valori e diritti costituzionali possano ridimensionarsi a favore di esigenze differenti⁷⁴: “In tale rinnovata prospettiva ermeneutica, nessun valore o diritto può prevalere in modo radicale e occorre invece individuare un punto di equilibrio che, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza”⁷⁵.

Proprio la necessità di riconoscere un primato alla libertà economica e garantire interpretazioni neolibériste della Costituzione porta il giudice amministrativo a rilevare che “Negli ordinamenti democratici e pluralisti si richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. Così come per i ‘diritti’ (sentenza della Corte cost. n. 85 del 2013), anche per gli ‘interessi’ di rango costituzionale (viepiù quando assegnati alla cura di corpi amministrativi diversi) va ribadito che a nessuno di essi la Costituzione garantisce una prevalenza assoluta sugli altri. La loro tutela deve essere ‘sistemica’ e perseguita in un rapporto di integrazione reciproca. La primarietà di valori come la tutela del patrimonio culturale o dell'ambiente implica che gli stessi non possano essere interamente sacrificati al cospetto di altri interessi (ancorché costituzionalmente tutelati) e che

⁷³ Cons. Stato, sez. IV, 2 ottobre 2023, n. 8610, cit.

⁷⁴ La Corte costituzionale non ha mai qualificato l'iniziativa economica privata come diritto fondamentale e, contrariamente a quanto previsto per molte altre libertà, non è qualificata come inviolabile, ma nei suoi confronti sono imposti vincoli gravosi tanto da ritenerla di rango diverso ed inferiore rispetto alle libertà. M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 582. Il Testo costituzionale è in bilico tra le esigenze di mercato imposte dal legislatore europeo e la tutela dei diritti fondamentali. A. DELL'ATTI, *L'agenda europea per la c.d. economia collaborativa*, in *Rivista della Regolazione dei 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; B. MAMELI, *Il silenzio dell'amministrazione tra mercato e persona*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, n. 2/2022, 691 ss.

⁷⁵ Cons. Stato, sez. IV, n. 8610/2023, cit., punto 14.2.

di essi si tenga necessariamente conto nei complessi processi decisionali pubblici, ma non ne legittima una concezione 'totalizzante' come fossero posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, necessariamente mobile e dinamico, deve essere ricercato - dal legislatore nella statuizione delle norme, dall'amministrazione in sede procedimentale, e dal giudice in sede di controllo - secondo principi di proporzionalità e di ragionevolezza⁷⁶.

L'affermazione apre la strada al rischio che diritti e libertà fondamentali diventino contenitori vuoti di volta in volta riempiti secondo necessità e scienza dominante⁷⁷.

I meccanismi di semplificazione divengono fondamento del buon andamento dell'azione amministrativa, perché consentono interventi tempestivi e minori oneri per i privati; non è, però, conseguenza scontata che gli stessi strumenti di semplificazione garantiscano il rispetto del principio di buona amministrazione e contribuiscano alla migliore realizzazione dell'interesse pubblico e al benessere della persona, ambito che spesso richiederebbe ponderazioni accurate e idonea preparazione dei funzionari.

Il principio del buon andamento pare troppo spesso coniugato unicamente in termini di risultato e tempestività, raramente si volge attenzione al tipo di risultato che è raggiunto e se questo è realmente rispondente alle esigenze della collettività⁷⁸.

76 Cons. Stato, sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167.

77 Il potere biopolitico si esprime attraverso forme che non appartengono in alcun modo alla sfera pubblica e sono da ricondurre a convergere del potere economico e tecnologico G. TROPEA, *Recensione a S. Zuboff, Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Roma, Luiss University Press, 2019 (con una postilla su Privacy e Covid-19), in *PA Persona e Amministrazione*, IV (2020), fasc. 1. Vale la pena menzionare anche i rischi che derivano dai sistemi di *social scoring*, il più recente punto di approdo dell'azione di sorveglianza collettiva promossa dalle amministrazioni statali: "noti anche come social credit systems (SCS), che cominciano ad essere realtà per milioni di cittadini nel mondo. Facilitati dal progresso digitale e, in particolare modo, dallo sfruttamento combinato da parte delle amministrazioni pubbliche di big data, algoritmi e applicazioni di intelligenza artificiale, questi meccanismi attribuiscono punteggi ai cittadini a fronte di loro caratteristiche, condotte e preferenze, consentendone dunque una classificazione e categorizzazione", G. SCIASCIA, *Reputazione e potere: il social scoring tra distopia e realtà*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 317 ss.

78 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

Potere, buon andamento, interesse pubblico rischiano radicali trasformazioni, dove il primo, sempre più interpretato in ottica globale richiede una nuova determinazione delle tecniche di esercizio⁷⁹, mentre l'interesse pubblico è interpretato in considerazione degli obiettivi di mercato, andando profondamente a incidere sul principio di buon andamento sempre più lontano da valutazioni rapportate al livello di benessere⁸⁰.

Alla luce di un'interpretazione evolutiva del principio di precauzione, nell'attività di gestione del rischio, l'amministrazione è oggi chiamata a effettuare un delicato bilanciamento tra l'esigenza di innovazione e la tutela dei diritti fondamentali dell'uomo⁸¹.

8. L'amministrazione inefficiente e il rispetto dei precetti a salvaguardia del mercato

Il diffondersi della prassi di un agire amministrativo vincolato a precetti puntuali, politicamente predeterminati, rafforza l'idea di una PA incapace di applicare i principi dell'agire amministrativo, in balia dei continui cambiamenti normativi e che ha definitivamente rinunciato ad esercitare la propria autonomia organizzativa (principio di autorganizzazione).

Ecco che la dialettica tra differenti diritti e libertà, libertà economica, solidarietà, uguaglianza sociale, può divenire procedimento esclusivamente politi-

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

⁷⁹ L'approccio “nudge”, frutto di recenti elaborazioni delle scienze comportamentali, si sta largamente diffondendo nell'ambito delle politiche regolative pubbliche. 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; G. TROPEA, *Spinte gentili per la pubblica amministrazione?*, cit.; E. DI CARPEGNA BRIVIO, *Il reputation scoring e la quantificazione del valore sociale*, in *www.federalismi.it*, 13 luglio 2022.

⁸⁰ È stato però opportunamente rilevato che, come è nella natura più generale del rapporto tra diritto e società: “la società non è materia inerte senza aspettative, puro *kaos*, che riceve senza fiatare dal diritto il suo ordine. La società è, contemporaneamente, materia attiva e passiva, come, d'altro canto, il diritto è, contemporaneamente, prodotto e produttore di ordine sociale”, G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna, 2008, 22-23.

⁸¹ E. CIBELLA, *Il principio di precauzione nell'ambiente digitale*, in *PA Persona e Amministrazione*, 1/2023, 511 ss. Si veda anche D.U. GALETTA, J.G. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi.it*, 2019, 3, 1 ss.

co, attuato concretamente con formule prestabilite.

Il rischio è, quindi, l'irrimediabile trasformazione del diritto, dove gli interventi legislativi si determinano per effetto di dinamiche di mercato. "Questi non sono interpretabili come momenti di scelta consapevole di agenti tra valori etici antagonisti, ma più che altro come effetti pratici di leggi macroeconomiche. Un altro caso è rappresentato dall'integrazione all'interno del tessuto giuridico tradizionale di norme tecniche, che producono effetti sulla società, in termini di standardizzazione e limitazione della libertà, senza essere imputabili alla volontà di un legislatore"⁸².

La competenza tecnico/scientifica dell'amministrazione è sostituita dal principio di precauzione e da qui il legittimo dubbio: in realtà non si vuole risolvere in via precauzionale il rischio della crisi economica?⁸³

La tutela dell'ambiente, la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni e l'alimentazione non devono divenire valori economici, piegando politica e amministrazione al servizio dell'economia. L'attuazione della Costituzione impone il continuo e delicato bilanciamento dei diritti, alla luce dei canoni di ragionevolezza e proporzionalità⁸⁴, al fine di evitare che questi principi finiscano con il trasformarsi in contenitori vuoti da riempire con regole di mercato⁸⁵.

Nell'art. 2 Cost. è consacrata la complessità assiologica della persona umana, restando implicitamente sottesa l'esigenza di bilanciamento e la necessità di salvaguardare la dignità della persona⁸⁶.

82 G. TROPEA, *Spinte gentili per la pubblica amministrazione?*, in *Il diritto dell'economia*, 1/2022, 62, l'A. aggiunge altresì come "disposizioni ispirate alla teoria del *nudging* che non trattano i consociati come interlocutori razionali, ma piuttosto come cani di Pavlov, prevedibilmente portati per fattori psicobiologici a rispondere a certi input con determinati output".

83 Il principio di precauzione "per di più invocato finanche in assenza di prove certe di ragionevole pericolosità per ingigantire rischi, onde 'assecondare determinate lobbies' (si pensi al caso della Sars) o per guadagnare consensi su politiche difficilmente condivisibili in sé e per sé (si pensi al caso della guerra in Iraq)", si rivela non già una soluzione, quanto piuttosto un ulteriore alimento per la "paura" collettiva, non a caso paragonata efficacemente ad un "incendio che divampa". Così A. LAMBERTI, *Pandemia, approccio precauzionale e diritti fondamentali: normativa emergenziale e giurisprudenza costituzionale tra punti fermi e criticità diffuse*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2/2023., cit.

84 Consolidata giurisprudenza costituzionale afferma che la Costituzione italiana "richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi, nel rispetto dei canoni di proporzionalità e di ragionevolezza" (Corte Cost., sent. 20/2017).

85 A. LAMBERTI, *Pandemia, approccio precauzionale e diritti fondamentali*, cit.

9. Qualche considerazione conclusiva

Si legge nel documento del Consiglio direttivo AIPDA sull'attuazione del Next Generation EU: tale programma impone di “ripensare all'intervento dello Stato in economia e ridisegnare il ruolo del pubblico rispetto alla società, significa anche decidere come collocare la pubblica amministrazione nel processo di rilancio economico e di ripresa sociale”⁸⁷.

In realtà pare che la scelta sia già stata effettuata ponendo lo Stato a diretto servizio dell'economia di mercato⁸⁸: da un lato l'arretramento dell'amministrazione con l'affievolimento delle competenze e dall'altro l'espansione delle regole di mercato alle politiche pubbliche (come recentemente chiarito dalle due pronunce del giudice amministrativo che hanno accompagnato questo lavoro)⁸⁹.

La semplificazione e digitalizzazione dell'amministrazione espone al nuovo rischio della sorveglianza digitale e dei grandi poteri privati mentre, nello stesso tempo, la regolazione soft, tipica del mercato, sperimenta forme inedite, come il già indicato *nudge*, talora declinato nelle innovative forme della *gamification* o del *social scoring*⁹⁰.

In tale contesto di progressivo allentamento dei classici rapporti tra diritto e politica, e di contrapposto accrescimento del legame tra diritto ed economia, si rende evidente il rischio che il diritto e il potere si trasformino in stru-

86 C. M. D'ARRIGO, *Salute (diritto alla)*, in *Enc. Dir.*, V, 2001, 1018: “(...) il contenuto del precetto costituzionale” dell'art. 32 “può essere pienamente inteso solo se inserito nel più ampio contesto di tutela della persona umana delineata principalmente dagli artt. 2 e 3 Cost. La salute, infatti, non è un valore a sé stante; (...) concorre con altri valori fondamentali in rapporto di integrazione e reciproco condizionamento”. Sul rispetto della dignità G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, Intervento al Convegno trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, tenutosi a Roma il 1° ottobre 2007, https://www.associazionedeiconstituzionalisti.it/old_sites/sito_AIC_2003-2010/dottrina/libertadiritti/silvestri.html.

87 In www.aipda.it.

88 G. TROPEA, *Biopolitica e diritto amministrativo del tempo pandemico*, cit., 166.

89 Cons. Stato, sez. IV, 2 ottobre 2023, n. 8610 e Cons. Stato, sez. VI, ordinanza 10 ottobre 2022, n. 8650 (e Corte Giust., 14 novembre 2024, in causa C-646/22, *Compass Banca SPA c. AGCM*).

90 G. SGUEO, *Punteggi, classifiche, premi: è possibile «giocare» con le politiche pubbliche?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 591 ss. Cfr. anche G. SCIASCIA, *Reputazione e potere: il social scoring tra distopia e realtà*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 317 ss; E. DI CAPREGNA BRIVIO, *Il reputation scoring e la quantificazione del valore sociale*, in *Federalismi.it*, n. 18/2022. Come è stato osservato, la biopolitica, quale espressione dell'azione politica, si manifesta senza fare ricorso a dispositivi giuridici G. TROPEA, *Biopolitica e diritto amministrativo del tempo pandemico*, cit.

menti di controllo finalizzato a perseguire interessi dominanti⁹¹.

Da un lato, nuovi strumenti di autodisciplinamento sociale⁹², dall'altro, la costruzione per via tecnologica della convivenza⁹³, dove il potere pubblico abbandona la funzione di garante del godimento pieno di diritti e libertà fondamentali, abbracciando decisioni politiche frutto di compromesso di interessi ed efficiente attuazione. La tecnologia, insieme alla *soft law*, diventa regolamentazione essa stessa e guida l'agire amministrativo.

Resta, però, da chiedersi se la politica possa considerarsi libera. La Costituzione, adattandosi ai cambiamenti, sta mostrando tutta la propria elasticità fino forse a svuotarsi di contenuti e consentire che le decisioni non siano più valutate come costituzionalmente legittime per effetto di una volontà che si è formata e che è stata autorizzata in termini rappresentativi, bensì in forza di quel compromesso tra interessi che la politica sarà in grado di realizzare, ottimizzando la propria prestazione di raccordo o di mediazione efficiente⁹⁴.

Se l'interesse pubblico diviene sempre più soggettivo e indeterminato non può che conseguire incertezza del diritto e una drastica riduzione di tutela del cittadino dinnanzi all'esercizio del potere⁹⁵.

91 Il potere reticolare biopolitico è molto esteso, “non semplicemente nel senso del coinvolgimento dei poteri privati di sorveglianza e controllo, ma ben più nel profondo nel farsi istanza di biopotere la stessa popolazione, ‘corpo docile’ che si auto-limita e controlla” L.R. PERFETTI *Is there no alternative?*, in *Power and democracy. Rivista internazionale di politica, filosofia e diritto*, n. 1/2021, 111; G. TROPEA, *Emergenza, pandemia, sovranità popolare e diritti della persona. Qualche dubbio sulla lettura biopolitica*, in *PA Persona e amministrazione*, IV, 2020, fasc. 2.

92 M. MIRAVALLE, *Gli orizzonti della teoria del nudging sulla normatività: verso un diritto senza sanzioni?*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2020, 1, 441 ss. Il *nudge* finisce per essere il dispositivo del potere, flessibile, fluttuante e mutevole quanto richiede di esserlo l'insieme dei meccanismi che rendono possibili i processi di assoggettamento al potere connotato utilitaristicamente come governo degli interessi. L'influenza paternalistica si impone sulle libertà individuali. Cfr. M. GALLETTI, S. VIDA, *Libertà vigilata. Una critica del paternalismo libertario*, cit., 295.

93 L.R. PERFETTI *Is there no alternative?*, in *Power and democracy*, cit., 111.

94 G. CORSO, *Riflessioni su amministrazione e mercato*, in *Dir. amm.*, 2016, 1 ss.; D. DE LUNGO, *Liberalismo, democrazia, pandemia. Appunti sulla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali all'individuo di fronte alla decisione collettiva*, in *Nomosleattualitaneldiritto.it*, 2/2020, 1 ss.

95 Come già sottolineato, lo stesso ruolo che si è voluto incoraggiare con l'art. 118, co. 4 Cost. (principio di sussidiarietà orizzontale), ovvero che i soggetti privati partecipino attivamente alla realizzazione dell'interesse pubblico con l'espandersi di iniziative pubblico-private, può sfuggire dagli obbiettivi originari e condurre ad uno snaturamento dello stesso interesse pubblico. R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, cit., spec. 231 ss.; D. MARTIRE, *Intelligenza artificiale e Stato costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 2022, 397 ss.; G. TROPEA, *Il contact tracing digitale e l'epidemia: sindrome cinese?*, in *LaCostituzione.info*; G. TROPEA, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in *Federalismi.it – Osservatorio Emergenza Covid-19*; A. VOLPI, *Il disastro come mezzo*, in *Power and Democracy*, n. 2/2020; V. BALDINI,

Esigenze dettate da efficienza economica hanno visto negli algoritmi e nell'automazione del processo decisionale della PA la soluzione ottimale, nella convinzione che la soluzione più idonea fosse rimuovere o ridurre la discrezionalità e l'intervento pubblico in generale⁹⁶.

Il prevalente ruolo giocato dal settore privato nella formulazione delle soluzioni informatiche, poi applicate dai soggetti pubblici può far sorgere il dubbio sul soggetto che controlla il procedimento automatizzato⁹⁷.

Il ridimensionamento dell'agire amministrativo, accompagnato allo sgretolamento del principio di legalità, espansione della politica a scapito dei rigidi limiti costituzionali e diffusione delle regole di mercato sono soluzioni che rappresentano vantaggi, ma anche il forte rischio che la sostituzione all'amministrazione da parte della politica, mediante l'adozione di provvedimenti concreti e l'utilizzo del diritto privato, comporti un diffuso esercizio del potere "senza regole" e il tramonto dello Stato di diritto⁹⁸.

Dignità umana e normativa emergenziale: (in)osservanza di un paradigma formale o (colpevole...) elusione di un parametro (anche) sostanziale? Aspetti problematici di un difficile equilibrio, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2/2020.

⁹⁶ 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 purchè pienamente conoscibile e utile anche per assumere scelte discrezionali, che vanno prese assicurando l'intervento umano. Cfr. I.M. DELGADO, *La riforma dell'amministrazione digitale: Un'opportunità per ripensare la pubblica Amministrazione*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA (a cura di) *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. La tecnificazione*, vol. IV, Firenze; 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.

⁹⁷ Il rischio è che l'apparato tecnologico che offre servizi, algoritmi, piattaforme non solo escluda una co-progettazione politico-democratica ma sfugga altresì al controllo della sfera pubblica, restando appannaggio e ostaggio di *intelligence* privata.

⁹⁸ Osserva F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, cit., 26 ss., il diritto amministrativo senza il principio di legalità appare un diritto senza il suo principio ontologico, un diritto in qualche modo "decostruito".

La scienza ha manifestato l'incapacità di controllare i rischi che essa stessa ha creato, il diritto non si limita più semplicemente a recepire le conoscenze scientifiche, essendo, invece, chiamato ad assolvere una «funzione di critica e di integrazione del sapere scientifico laddove i possibili nessi causali tra potenziali fattori di danno ed effetti pregiudizievoli non siano individuabili ovvero decifrabili sulla scorta di criteri scientifici»⁹⁹.

Rimettere al centro la persona nella sua unicità è il solo passo che consente di evitare di rendere superflua l'amministrazione e addirittura il genere umano in sé considerato a vantaggio dell'IA¹⁰⁰.

⁹⁹ A. LONGO, F. M. DISTEFANO, *Il ruolo del principio di precauzione nella tutela del bene ambiente fra diritto amministrativo e penale*, in *Federalismi.it*, 2019, 7.

¹⁰⁰ G. GALLONE, *Digitalizzazione, amministrazione e persona: per una "riserva di umanità" tra spunti codicistici di teoria giuridica dell'automazione*, in *PA Persona e amministrazione*, 1/2023, 329 ss.