

2020
n. 1

P.A.
Persona e Amministrazione

Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia
Legal Research on Public Administration and Economics

ISSN 2610-9050



1506
UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI URBINO
CARLO BO

P.A. Persona e Amministrazione

Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia
Legal Research on Public Administration and Economics

Direttore scientifico

Luca R. Perfetti, Università di Bari "Aldo Moro".

Comitato di direzione

Antonio Barone, Università di Catania; Massimiliano Bellavista, Università di Siena; Rosa Calderazzi, Università di Bari "Aldo Moro"; Maria Cristina Cavallaro, Università di Palermo; Alberto Clini, Università di Urbino Carlo Bo; Antonio Colavecchio, Università di Foggia; Salvatore Dettori, Università di Teramo; Christine Ferrari-Breeur, Université Lyon III Jean Moulin (Francia); Francesco Follieri, Libera Università Mediterranea – LUM "Jean Monnet" di Casamassima; Pierpaolo Forte, Università del Sannio; Biagio Giliberti, Universitas Mercatorum di Roma; Andrea Maltoni, Università di Ferrara; Luis Medina Alcoz, Universidad Complutense de Madrid (Spagna); Massimo Monteduro, Università del Salento; Michele Trimarchi, Università di Foggia; Giuseppe Tropea, Università Mediterranea di Reggio Calabria; Ewald Wiederin, Universität Wien (Austria).

Redattore centrale

Donato Vese, Scuola Universitaria Superiore IUSS Pavia.

Comitato di redazione

Adrian Bedford; Angelo Bonaiti; Giuseppina Buia, Maximilian Denicolò; Andrea Gemmi, Roberto Franco Greco; Lorian Maccari; Alberto Marcovecchio; Antonio Micello, Chiara Mulinari; Clara Napolitano; Marina Roma; Gloria Sdanganelli; Federico Romoli.

Comitato internazionale di referaggio

Marcos Almeida Cerredá, Universidad de Santiago de Compostela (Spagna); Sandro Amorosino, Università Telematica Internazionale "UniNettuno"; Fabio Giuseppe Angelini, Università Telematica Internazionale "UniNettuno"; Antonio Bartolini, Università di Perugia; Luigi Benvenuti, Università "Ca' Foscari" di Venezia; Luca Bertozzi, Università di Milano; Tomás Cano Campos, Universidad Complutense de Madrid (Spagna); Andrea Carbone, Università "La Sapienza" di Roma; Andrea Crismani, Università di Trieste; Giovanni Maria Caruso, Università della Calabria; Salvatore Cimini, Università di Teramo; Stefano Cognetti, Università di Macerata; Paolofisio Corrias, Università di Cagliari; Guido Corso, Università di Roma Tre; Fulvio Cortese, Università di Trento; Elisa D'Alterio, Università di Catania; Erin Daly, Widener University (Delaware, U.S.A.); Maurizia De Bellis, Università di Roma "Tor Vergata"; Walber de Moura Agra, Universidade Federal de Pernambuco (Brasile); Francesca Di Lascio, Università di Roma Tre; Leonardo Ferrara, Università di Firenze; Luigi Ferrara, Università di Napoli "Federico II"; Fabrizio Fracchia, Università Commerciale "Luigi Bocconi"; Francesco Goisis, Università di Milano; Giuliano Grüner, Università di Roma "Tor Vergata"; Annalisa Gualdani, Università di Siena; Hélène Hoepffner, Université Toulouse 1 Capitole (Francia); Erik Kersevan, Univerza v Ljubljani (Slovenia); Pierdomenico Logroscino, Università di

Bari "Aldo Moro"; Simone Lucattini, Università di Siena; Barbara Mameli, Università del Piemonte Orientale; Giuseppe Manfredi, Università Cattolica del Sacro Cuore; Giulia Mannucci, Università di Firenze; Wanda Mastor, Université Toulouse 1 Capitole (Francia); Marco Mazzamuto, Università di Palermo; Jorge Oviedo Albán, Universidad de La Sabana (Colombia); Nino Paolantonio, Università di Roma "Tor Vergata"; Michela Passalacqua, Università di Pisa; Ricardo Perlingeiro Mendes Da Silva, Universidade Federal Fluminense (Brasile); Sergio Perongini, Università di Salerno; Nicola Pignatelli, Università di Bari "Aldo Moro"; Aristide Police, Università di Roma "Tor Vergata"; Michel Prieur, Université de Limoges, International Center for Comparative Environmental Law (Francia); Anikó Raisz, Miskolci Egyetem (Ungheria); Margherita Ramajoli, Università di Milano Bicocca; Renato Rolli, Università della Calabria; Gianluca Romagnoli, Università di Padova; Francesco Rota, Università del Sannio, Benevento; Stefano S. Scoca, Università per stranieri "Dante Alighieri" di Reggio Calabria; Saverio Sticchi Damiani, Università del Salento; János Ede Szilágyi, Miskolci Egyetem (Ungheria); Gerolamo Taccogna, Università di Genova; Fabrizio Tigano, Università di Catania; Simone Torricelli, Università di Firenze; Francesco Fabrizio Tuccari, Università del Salento; Andrea Tucci, Università di Foggia; Alberto Urbani, Università "Ca' Foscari" di Venezia; Hitoshi Ushijima, Chuo University, Tokyo (Giappone); Dirk Uwer, Hochschule Bonn-Rhein-Sieg; Freien Universität Berlin; Technischen Universität Berlin (Germania); Diego Vaiano, Università della Tuscia, Viterbo; Alejandro Vergara Blanco, Pontificia Universidad Católica de Chile (Cile); Stefano Villamena, Università di Macerata; Nathalie Wolff, Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines (Francia); Alberto Zito, Università di Teramo.

Direttore responsabile

Francesca Mineo

Contatti

Redazione P.A. Persona e Amministrazione

prof. Alberto Clini

Università degli Studi di Urbino Carlo Bo - Dipartimento di Giurisprudenza

via Matteotti, 1 - 61029 Urbino (PU)

Telefono: +39 0722 303250 - Fax: +39 0722 303230

email: redazione.pa@uniurb.it

Edizione on line a cura di

Sebastiano Miccoli

Telefono: +39 0722 303223

e-mail: sebastiano.miccoli@uniurb.it

P.A. Persona e Amministrazione è una pubblicazione on line dell'Università degli studi di Urbino Carlo Bo. Lo sviluppo e la manutenzione di questa installazione di OJS sono forniti da UniURB Open Journals, gestito dal Servizio Sistema Bibliotecario di Ateneo. **ISSN 2610-9050**. Registrazione al Tribunale di Urbino richiesta.



Eccetto dove diversamente specificato, i contenuti di questo sito sono rilasciati con **Licenza Creative Commons Attribuzione 4.0 Internazionale**.

SOMMARIO

POSITION PAPER

Forme della sovranità della persona. Emergenze e poteri..... p. 5

I – SEZIONE MONOGRAFICA

SALVATORE DETTORI, Coordinamento e dovere d’ufficio nella logica dell’interdipendenza amministrativa p. 21

ENRICO CARLONI, Diritti by design. Considerazioni su organizzazione, autonomia organizzatoria e protezione degli interessi p. 51

IPPOLITO PIAZZA, La pretesa a un’amministrazione imparziale. Note sul conflitto d’interessi nel diritto amministrativo p. 63

FABRIZIO FRACCHIA, SCILLA VERNILE, Una rilettura della figura del responsabile del procedimento dal punto di vista dell’illecito erariale p. 83

ALBERTO CLINI, funzione monetaria e organizzazione nell’unione europea p. 103

GIANLUCA ROMAGNOLI, Concorrenza e “complementarietà” delle vigilanze economiche p. 131

ROSA CALDERAZZI, L’organizzazione del capitale nell’impresa bancaria p. 143

ANDREA MALTONI, Condizioni che consentono di ‘equiparare’ un’organizzazione privata ad una organizzazione pubblica nell’esercizio di funzioni amministrative e condizioni etero-imposte da cui conseguono effetti conformativi dell’organizzazione di enti privati per la salvaguardia di interessi pubblici ‘essenziali’ p. 161

ANTONIO BARONE, Emergenza pandemica, precauzione e sussidiarietà orizzontale p. 185

MARIA CRISTINA CAVALLARO, Autodeterminazione del paziente, obiezione di coscienza e obblighi di servizio pubblico: brevi considerazioni sulla struttura del diritto alla salute p. 197

FLAMINIA APERIO BELLA, L’accesso alle tecnologie innovative nel settore salute tra universalità e limiti organizzativi (con una postilla sull’emergenza sanitaria) p. 219

PIERPAOLO FORTE, Diritto amministrativo e *data Science*. Appunti di intelligenza amministrativa artificiale (aai) p. 247

MARGHERITA INTERLANDI, La dimensione organizzativa dell’accoglienza degli immigrati nella prospettiva del diritto ad una “buona amministrazione”: il ruolo

degli enti locali nel bilanciamento degli interessi della persona immigrata e delle comunità “ospitanti”	p. 301
--	--------

II – STUDI

EMILIE CHEVALIER, Standing before French Administrative Courts and Environmental protection: not specific enough for an effective access to Justice?	p. 317
RICARDO PERLINGEIRO, Funzioni amministrative di attuazione, controllo delle decisioni amministrative e protezione dei diritti	p. 331
FABRIZIO TIGANO, Libere riflessioni sulle diverse latitudini e su alcuni tratti problematici relativamente alla funzione di ordine pubblico (<i>Prima Parte</i>)	p. 367
ANDREA GEMMI, La <i>golden power</i> come potere amministrativo. Primi spunti per uno studio sui poteri speciali e sul loro rafforzamento	p. 381
PASQUALE PANTALONE, Regolazione indipendente e anomalie sostenibili al cospetto delle matrici della legalità	p. 421
DONATO VESE, Stato, mercato, nomos. Sulla funzione dell’amministrazione nel sistema produttivo globale	p. 453

III – OPINIONI E RECENSIONI

GIUSEPPE TROPEA, Recensione a S. Zuboff, <i>Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell’umanità nell’era dei nuovi poteri</i> , Roma, Luiss University Press, 2019 (con una postilla su Privacy e Covid-19)	p. 479
ANDREA PANZAROLA, Brevi considerazioni a margine del volume di S. Vaccari, <i>Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo</i> (con prefazione di G. Pastori, Torino, Giappichelli, 2017)	p. 493
FABRIZIO FRACCHIA, Elio Casetta	p. 501
GIOVANNI MODAFFERI, La ricerca scientifica tra stato e mercato: la pubblica amministrazione alla sfida della globalizzazione	p. 505
DONATO MESSINEO, Quattro osservazioni in tema di proporzionalità nella vigilanza bancaria	p. 521
LORIANO MACCARI, Il sindacato del giudice amministrativo sulle questioni tecniche	p. 535
MASSIMO MONTEDURO, L’organizzazione amministrativa: riflessioni sul pensiero di Domenico Sorace	p. 545

FORME DELLA SOVRANITÀ DELLA PERSONA EMERGENZE E POTERI.

1. *Premesse e percorso*

La situazione in atto, caratterizzata dalla pandemia per Covid19, si presta a molti percorsi di analisi, tutti importanti. Tuttavia, quel che sembra rilevante, è non limitare lo sguardo alla situazione contingente e riflettere, invece, sulle linee di tendenza profonde che il presente pone in luce, senza crearle.

Il punto di osservazione che si intende assumere, quindi, è quello per il quale l'attuale situazione di emergenza non fa che accelerare o porre in particolare evidenza processi di fondo che già erano in atto da tempo e che, quindi, non sono destinati a scomparire con il superamento dell'emergenza. Proprio questa natura dei fenomeni, impone una riflessione aperta, non effimera e franca.

Per iniziativa del direttore della *Rivista*, quindi, si è da oltre un mese avviata una discussione che ha visto impegnati una cinquantina di studiosi, prevalentemente accademici, che progressivamente si va indirizzando verso alcune linee di ricerca, un possibile programma di lavoro ed alcune preliminari convinzioni.

Quanto al percorso, conseguentemente alla condivisione di queste pagine, il gruppo di lavoro che si è progressivamente aggregato – a partire dalla direzione della *Rivista* – prevede di realizzare un ciclo di *webinar*, come primo momento di discussione più ampia, al quale seguiranno – nel corso dell'estate – altri momenti di riflessione, dedicati a ciascuna delle linee di ricerca.

I *webinar* già programmati saranno prodotti editoriali della *Rivista*, nella sostanza veri e propri numeri speciali. Con quest'iniziativa la *Rivista* avvia un'ulteriore linea editoriale, anticipando i tempi come ha sempre cercato di fare fin dalla sua fondazione ed in linea con le più autorevoli istituzioni culturali straniere.

Il fascicolo II/2020 della *Rivista* ospiterà i primi brevi interventi dei partecipanti alla ricerca e, soprattutto, i *position papers* dei responsabili delle diverse linee di ricerca.

In séguito, ma sempre in tempi contenuti, si intende dare alle stampe il primo volume di raccolta di studi – naturalmente non coincidenti con i contributi pubblicati dalla *Rivista* – per valutare, poi, il prosieguo della riflessione – facendo un primo punto di sintesi il prossimo inverno.

Elemento di congiunzione delle diverse linee di riflessione e, conseguentemente, delle varie iniziative in programma, resta quello delle forme in cui si declina la sovranità delle persone prevista dall'art. 1 Costituzione. La sovranità per come delineata dalla Costituzione, unitamente al riconoscimento dei diritti fondamentali, non significa soltanto permanente trattarsi della sovranità dei diritti nella loro porzione incompressibile, ma anche funzionalizzazione dell'autorità ai diritti della persona e, quindi, sguardo non neutrale, attivo ri-

spetto alle diverse *forme* nelle quali la sovranità dei diritti della persona si declina.

In altri termini – ed in linea con l'attenzione al ripensamento dell'organizzazione pubblica sulla quale ci si è concentrati in questi ultimi due anni – la sovranità popolare, diversa per verso e per qualità a quella dello Stato, non impone solo di sottrarre alla politica, all'autorità, la dimensione incompressibile dei diritti e funzionalizzare il potere alla massimizzazione del loro godimento. Significa anche discutere di come il potere agisce – ed ecco la questione dell'emergenza, delle fonti, delle garanzie –, si organizza – ed ecco il tema del rapporto tra centro e periferia –, regola il processo sociale di produzione di prestazioni funzionali anche al godimento dei diritti – ed ecco perché occuparsi dell'intervento dello Stato nell'economia – e cambia – sicché il ruolo della tecnica e della tecnologia.

Il confronto tra trattarsi della sovranità dei diritti, funzionalità del potere al loro godimento pieno ed eguale, azione ed organizzazione dell'autorità come luogo razionale di quella massimizzazione e concreta realtà dell'ordinamento è il terreno sul quale le forme della sovranità si confrontano con i fatti di questi anni e di questi mesi.

Forte del suo impianto culturale di base, la *Rivista* sente non solo la responsabilità di avviare e condurre una riflessione non effimera, ma anche quella di interrogarsi e discutere, in modo aperto. La riflessione deve andare in profondità perché solo quello è il luogo in cui il confronto e la dialettica tra opinioni diverse diventano significative, non si semplificano in un'opposizione che non arricchisce nessuna delle posizioni in discussione. Si tratta di un percorso più intenso e meno immediato, ma sperabilmente più fruttuoso e duraturo.

2. Permanenza dell'emergenza ed autoritarismo.

«La tradizione degli oppressi ci insegna che lo “stato di emergenza” in cui viviamo è la regola»⁽¹⁾. Quest'insegnamento – per lo più considerato solo nella sua dimensione filosofica e contestualizzato nella reazione al nazismo – è stato insufficientemente considerato.

L'idea del potere pubblico, nella tradizione occidentale dal secondo dopoguerra, ha riposato a lungo sulla convinzione circa la sua base legale, l'effettività del principio di legalità e dello Stato-di-diritto. In realtà, se si guarda con franchezza alla realtà dell'ordinamento, in aree significative della vita associata, questi riposanti convincimenti non fornivano una spiegazione adeguata della realtà; viene facile pensare ai segmenti derogatori dell'organizzazione del potere (gli “ordinamenti” militare, carcerario, del pubblico impiego, sanitario, etc.), ma, se appena si affina lo sguardo, non si fatica a cogliere come l'ordinamento bancario ed in generale il diritto pubblico dell'economia presentino da molto tempo una radicale deformazione dello Stato-di-diritto.

Oggi è agevole vedere l'impatto dell'emergenza sull'intera vita personale

¹ BENJAMIN, *Über den Begriff der Geschichte*, in *Neue Rundschau*, LXI, Frankfurt 1950, 560.

e collettiva e realizzare la concretezza della ricostruzione bio-politica del potere pubblico ⁽²⁾. Oggi è finalmente venuto il momento in cui una discussione ed una riflessione seria su questi profili diviene possibile, perché il tema è all'attenzione di tutti.

Tuttavia, si tratta di tendenze in atto nel nostro Paese da molto tempo: le crisi ambientali (Ilva, Bagnoli), le grandi opere (Expò2015, il ponte sullo Stretto, le infrastrutture strategiche), le crisi bancarie o delle aziende di rilievo pubblico (Alitalia, ad esempio), le calamità naturali, sono tutti capitoli evidenti di una lunga teoria di leggi-provvedimento, derogatorie, emergenziali. Se si guarda con attenzione, non si fatica a cogliere come la natura emergenziale e derogatoria della legislazione siano una costante, da non meno di un decennio. Allo stesso modo, non è difficile notare come regole emergenziali o derogatorie determinano effetti deformanti immediati, sia sulla teoria delle fonti, sia sulla forma reale di Governo (con l'evidente impoverimento del ruolo delle assemblee elettive, ad esempio), sia sulla protezione giurisdizionale dei diritti (che viene compressa in questi casi, così come un quelli nei quali la legislazione interviene senza il ricorso all'urgenza, ma disciplinando fattispecie così puntuali da rendere i provvedimenti amministrativi conseguenti atti meramente esecutivi). Sia sul piano costituzionale (quanto alle teorie degli organi costituzionali, della rappresentanza, delle fonti), sia su quello amministrativo, gli effetti sono di straordinaria importanza.

La fondazione mistica degli istituti ⁽³⁾ non regge alla forza del fatto ed al riemergere indomito della sovranità ed è, invece, alla fondazione del potere e, per conseguenza, alla sua organizzazione ed ai modi di esercizio della potestà che occorre tornare a guardare.

L'insieme di questi profili pone domande serie circa lo Stato-di-diritto costituzionale, la tenuta del sistema, i modi per far fronte alle carenze e, talora, agli abusi di sovranità cui s'è assistito in questi anni, non solo in questi mesi.

Più ancora, questi eventi mettono in luce problemi di fondo del potere esecutivo. Lo Stato moderno si è storicamente costruito sulla pretesa di disporre del monopolio della capacità giuridica di diritto pubblico, della negazione di autonome e molteplici posizioni soggettive (se non in quanto concesse dalla legge dello Stato) in capo alla persona.

Rispetto a questo punto di partenza, l'Occidente ha reagito dapprima con la teoria dello Stato-di-diritto (travolto, quanto alla sua capacità effettiva di proteggere dall'abuso dell'autorità, dalle dittature europee del Novecento), poi attraverso l'affermazione dei processi democratici e tecniche di protezione costituzionale dei diritti fondamentali. Con il primo movimento, si è cercato di disciplinare con il diritto la forza del potere del sovrano divenuto Stato, con il secondo di impossessarsi e consegnare alla rappresentanza politica questo stesso potere e di porre delle difese rafforzate, sul piano costituzionale, sia a tutela

² FOUCAULT, *Il faut défendre la société*, Paris, Gallimard, 1997, (soprattutto le lezioni 11, 18 e 25 febbraio 1976) e ID., *Naissance de la Biopolitique*, Paris, Gallimard, 2004.

³ DERRIDA, *Force de loi. Le « Fondement mystique de l'autorité »*, Paris, Gallimard, 1994.

dell'ordinamento stesso che della dimensione fondamentale della persona e dei suoi diritti.

Entrambi i movimenti vengono tipicamente, strutturalmente messi a repentaglio nei momenti di emergenza, ed è troppo facile accorgersi come, perciò, il ricorso a dichiarare necessità urgenti sia una tentazione insita nelle dinamiche di potere. Uno degli impegni storici del Diritto post-moderno è stato perciò rivolto a imbrigliare questa tentazione, e non pochi sono i risultati già ottenuti al riguardo dalle scienze giuridiche.

Ma ciò non toglie che anche nella crisi sanitaria in atto l'emergenza sia stata enormemente dominante rispetto al Diritto; sono già disponibili studi molto seri che analizzano i comportamenti, discutono con attenzione la validità degli atti, ed in particolare dei provvedimenti assunti dal Presidente del Consiglio (come organo monocratico), misurano l'impatto sulla teoria delle fonti. Tuttavia, pur senza indagare a fondo in questa sede, non sembra necessario ricorrere ad una lunga argomentazione per riconoscere l'assoluta evidenza della riduzione, che a taluni appare un azzeramento, dello Stato-di-diritto, l'irrilevanza della rappresentanza politica sia nei suoi ruoli di argine, che in quelli di decisione ed indirizzo (enormemente rimessi – nella dimensione di scelta – a tecnici ad essa estranei), la compressione dei diritti fondamentali intorno al pericoloso limite della necessità.

Tutti questi elementi interrogano gli intellettuali e gli studiosi sul piano culturale non meno che su quello tecnico scientifico. A prescindere dalla diversità dei punti di partenza, delle prospettive e delle ricostruzioni di ciascuno circa il sistema, è questo il momento di analizzare e discutere in modo aperto dei problemi e delle soluzioni.

Almeno per ora, non vi sono ragioni per pensare ad un uso strumentale, politico, dell'emergenza. Tuttavia, una volta che il sistema abbia dato prova di poter essere travolto, non si può escludere un uso strumentale dell'emergenza in futuro, ed occorre proseguire nel cammino che riconduca la sovranità nel suo alveo costituzionale anche nei momenti di necessità, consentendo un nuovo modo di intendere l'antica consapevolezza della sua dimensione nuda e decisionale, capace del potere di sospendere l'ordinamento: se il sovrano è popolare, ne deve conseguire un modo coerente anche della sua capacità di essere tale di fronte alle emergenze ⁽⁴⁾.

Si colloca qui l'urgenza – avvertita dalla *Rivista* fin dalla sua fondazione – di provare a rileggere la sovranità (art.1, Cost.) come funzione popolare esercitata non solo attraverso la rappresentanza, ma in diverse *forme* secondo il dettato costituzionale, e radicandola anzitutto nel riconoscimento dei diritti fondamentali della persona (art.2, Cost.) come permanente trattenersi (di parte) della sovranità nei diritti, e nella loro complessità; per questo la *Rivista* ha cercato di rileggere il potere e l'organizzazione dello Stato come funzioni della società, sicché il ruolo legittimo dell'autorità è solo quello di massimizzare il godimento

⁴ Essendo noto che si è autorevolmente affermato che il sovrano, invece, è chi possa dichiarare l'urgenza ed assumere i pieni poteri; SCHMITT, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, Berlin, 1922

dei diritti della persona e bilanciare (anche attraverso la legge) la componente comprimibile di quei diritti, e le tutele che ne conseguono.

Si trattava di un'urgenza che muoveva dal riconoscimento di due concomitanti profondissime crisi: quella della democrazia rappresentativa e quella del ruolo di garanzia dello Stato (e, nella specie, dello Stato-di-diritto costituzionale), travolto dalla globalizzazione e dalla sua incapacità di operare sulla distribuzione della ricchezza.

Oggi, l'urgenza di riaprire la riflessione circa la sovranità può trovare maggiore condivisione.

Così come non sembra difficile intendere l'urgenza di un serio discorso sulla discrezionalità. Le idee (da più di un secolo) correnti su quest'ultimo aspetto, sostanziano la discrezionalità intorno all'interesse pubblico, il quale tuttavia resta ancora una realtà giuridica troppo spesso indefinita, con la conseguenza che non si è ancora riusciti ad eliminare la sensazione di una discrezionalità come mero esercizio di autorità non regolato dal diritto e, quindi, violenza. La questione, oggi, si fa urgente. Infatti, se un evento catastrofico naturale è un fatto oggettivo, la sussistenza della pandemia è, invece, discrezionale. Oggi non si fatica a condividere che il presupposto dell'emergenza – essendo su scala mondiale – esista. Tuttavia, una volta ammesso che il potere possa esercitare la sovranità sospendendo l'ordinamento senza osservanza delle garanzie costituzionali sulla base di un accertamento discrezionale, sarà difficile discuterne in futuro, quando le condizioni di esercizio appaiano più fragili ed il ricorso all'emergenza, strumentale. Occorre perciò studiare la discrezionalità nelle urgenze, aiutandola a riferirsi, di nuovo, alla sovranità popolare costituzionale, e a sapere trattare adeguatamente gli ausili delle conoscenze scientifiche e tecniche, nella loro dimensione plurale, complessa, ed in funzione politicamente consultiva.

I problemi che si sono appena accennati sono significativi non solo nella prospettiva dell'identificazione (dell'accertamento, quindi) del fatto emergenziale, ma anche delle misure di risposta pubblica.

I principi fondamentali condivisi a livello europeo – primi tra tutti ragionevolezza, proporzionalità, precauzione – sono preziosi strumenti nella gestione dell'emergenza, e strumenti adeguati alla garanzia dei diritti personali. Questo profilo è ancora più evidente per la fase successiva alla crisi, in un contesto nel quale la Costituzione riconosce diritti inviolabili – come porzione della sovranità popolare, non dello Stato, permanentemente trattenuta e non declinata nella sola rappresentanza.

3. La prova dell'organizzazione pubblica, costituzionale ed amministrativa.

L'organizzazione del potere pubblico mostra, da anni, almeno tre linee di profonda crisi.

La prima è da collocare nelle relazioni tra organi costituzionali e rappresentanza politica e tra poteri dello Stato tra loro. È evidente la crisi della rap-

presentanza, in tutto il mondo occidentale. È altrettanto riconosciuta la crisi del parlamentarismo. È censita da tempo la concentrazione del potere nelle mani degli esecutivi. Si tratta di profili di crisi che nella situazione attuale mostrano tutto il loro rilievo; il Parlamento è assente, il Governo muto, il Presidente del Consiglio dei Ministri agisce come organo monocratico, attraverso atti normativi non imputabili alla collegialità del Governo.

Più radicalmente ancora, se il potere pubblico è funzione della società (e non dello Stato), nella teoria dell'organizzazione non si può non tenere conto della radicale fragilità mostrata (da decenni) da parte della società stessa – che spesso ha espresso più domanda di autorità che esercizio di libertà – e della altrettanto radicale tendenza alla pubblicizzazione in atto. Non si tratta tanto di segnalare – ciò che è, peraltro, evidente – come nella gestione dell'emergenza, a fronte di un'opera più che meritoria del terzo settore a favore delle persone malate o sole, le provvidenze pubbliche l'hanno interamente trascurato. Più significativamente – ed a fronte di una notevole capacità di reazione della società nell'ambito della libertà, a sostegno dei bisogni di istituzioni sanitarie pubbliche e private – si è di fronte ad una pubblicizzazione delle relazioni sociali di rilievo generale largamente diffusa: dalla ricostruzione in senso pubblicistico della soggettività giudica privata ove esprima rilievo pubblico o sia partecipata da soggetti (soggettivamente) pubblici, alla perversione del contratto con controparte pubblica, all'attrazione di accordi e intese alla sfera del potere e non del consenso e via enumerando. Non è un caso che di fronte alla crisi le proposte siano andate intensamente nella direzione di pubblicizzare rapporti e soggetti, così come – concretamente, e solo per fare un esempio – la sospensione dei termini procedurali sia stata espressamente prevista (solo) a garanzia dell'autorità pubblica che procede.

In secondo luogo, da molto tempo sono indicate le ragioni della profonda crisi del regionalismo, nonostante la riforma del Titolo V della Costituzione. Non serve qui ricapitolarne le ragioni e le tappe. Nella situazione attuale sono così evidenti le crisi dei raccordi tra Stato e Regioni e del ruolo costituzionale ed istituzionale di queste seconde, che ogni argomentazione sarebbe inutile. Tuttavia, è proprio su questo crinale che l'organizzazione pubblica ha mostrato più crepe; sia sul versante dell'amministrazione di bisogni (la salute e la sicurezza) di rilievo nazionale in contraddizione con le misure assunte in sede locale, sia su quello (rilevante, di nuovo, sulla teoria delle fonti) degli interventi ulteriormente restrittivi degli enti regionali e locali, sia (significativo della relazione tra società e autorità) della gara al maggiore autoritarismo crescente tra autorità locali (fino a raggiungere caratteri teatrali).

La questione rileva da molti punti di vista, a partire dalla capacità dell'organizzazione di assolvere alla sua funzione (al suo dovere) di protezione dei diritti fondamentali, all'uso delle risorse, ai raccordi istituzionali.

Da un terzo punto di vista, è l'organizzazione amministrativa a mostrare la sua (non recente) crisi. Perduta la sua funzione servente al potere politico (ma non superata ed anzi sempre pronta a riemergere) e scomparsa la pressione democratica che la poteva far configurare come funzione della società in senso

politico, l'amministrazione non è certo ancora diventata funzione della società in senso giuridico, non ha avuto la capacità di rappresentarsi, orientarsi e organizzarsi come funzione del sovrano (il popolo) per il raggiungimento dei suoi fini (il godimento dei diritti fondamentali secondo libertà ed uguaglianza). Lungi dall'esser stata in grado di trasformarsi in funzione in senso obiettivo – ed orfana degli elementi che la qualificavano in senso soggettivo – l'organizzazione si è mossa in questi decenni alla ricerca di efficacia ed efficienza, non solo senza riuscirci affatto, ma soprattutto senza che fosse individuato il parametro alla luce del quale verificare se l'organizzazione fosse efficace ed efficiente (salvo l'evidente e minimale criterio del risparmio di risorse).

Un'organizzazione smarrita, che non trova il suo razionale unitario, non solo non potrà essere né efficace né efficiente, ma soprattutto non sarà in grado di amministrare la straordinarietà – già in affanno con l'ordinarietà. E, quindi, presenterà la risposta più semplice e meno coerente con il suo profilo costituzionale di funzione della società, della libertà e dei diritti: chiudere; sospendere i termini dei procedimenti e non agire.

4. Tecnologia e pensiero

Così come per gli elementi di preoccupazione che si sono – sia pure solo allusivamente e brevemente – segnalati non mancano elementi promettenti, allo stesso modo si deve dire del mutamento di paradigma in atto, in direzione della tecnologia. Se l'autorità pubblica aveva visto grandemente erodere il suo ruolo di governo dal mercato, dalla finanza, dalla globalizzazione, non si fatica a capire come il baricentro si sia rapidamente spostato verso la tecnologia. E' ormai un dato di esperienza la rapida trasformazione dei processi di lavoro – e, quindi, di produzione e distribuzione del sapere e della ricchezza. Il cambio di paradigma, lo spostamento del luogo dell'arena pubblica, della produzione e dello scambio, sono così evidenti che non mette conto argomentare. Tuttavia, anche in questo caso, si tratta di tendenze da tempo in atto, che sono solo state rese evidenti ed accelerate.

Non si tratta di elementi di scarso interesse per gli studiosi interessati al dibattito della *Rivista* e più in generale degli intellettuali. Non si tratta di fornire l'ennesima descrizione di fenomeni (come i *big data*) già ben conosciuti e comunque non propriamente giuridici, ovvero di aggiungersi alla riflessione circa la difficile relazione tra tecnologia e diritto alla riservatezza.

Piuttosto, si tratta di andare avanti (ed oltre) rispetto a temi verso i quali la riflessione era già avviata. Primariamente, il tema si pone con riferimento al suo collegamento con quello, già posto, dell'emergenza; anche in Paesi di democrazia matura ed antica convinzione (come gli Stati Uniti e la Francia) circa lo Stato-di-diritto, negli ultimi due decenni, si sono dovute registrare compressioni del tutto inaccettabili della libertà personale attraverso norme speciali collegate ad emergenze (nella specie, terroristiche).

Si tratta di un profilo che, al netto di episodi di tortura o detenzione illegale, si è potentemente collegato con l'uso della tecnologia, come strumento

per indagare e misurare comportamenti, opinioni, attitudini, con una lesione profonda del contenuto incompressibile di diritti umani fondamentali, senza quasi alcun controllo (o possibilità di controllo) quanto all'uso degli strumenti di raccolta dei dati ed al loro utilizzo. L'applicazione massiccia di strumenti tecnologici si è dimostrato tale da rendere difficilissimi il controllo democratico e quello giudiziale, la reazione alle violazioni, la stessa percezione degli attentati alla libertà non solo e non tanto grazie alla narrazione dello scambio tra libertà e sicurezza, ma più profondamente per ragione della capacità di conformazione del pensiero e della percezione dei fatti (ed informazione intorno ad essi).

Come per il potere pubblico in generale – per il quale la generale mancanza di una effettiva base legale in assenza di una determinazione univoca del concetto di interesse pubblico è stata, invece, percepita per lo più in relazione a segmenti limitati dell'ordinamento – queste gravi limitazioni delle libertà con massiccio utilizzo di strumenti tecnologici è apparso confinato verso categorie di persone di per sé potenzialmente pericolose; al di là dell'inaccettabilità di questo approccio, è chiaro che dal punto di vista della costruzione del consenso è apparsa accettabile la limitazione della libertà a fronte del bisogno di sicurezza soprattutto perché la sfrontata noncuranza per i diritti fondamentali colpiva frange della popolazione che potevano (per ragioni etniche, religiose o politiche) essere avvertite come potenzialmente legate al terrorismo e, comunque, numericamente minoritarie. In altri termini, la grave violazione delle libertà personali è stata largamente accettata perché avvertita come relativa alle libertà altrui. Il problema, invece, è che la rottura del sistema di garanzie delle libertà vale per la libertà di ciascuno non per ragioni etiche ma per via del funzionamento dei dispositivi di comando dell'autorità.

La situazione in cui oggi ci si trova pone in evidenza, infatti, la natura generale della compressione dei diritti fondamentali, giacché non è possibile marginalizzare le persone per etnia, religione o opinioni politiche rispetto alla possibile infezione virale.

Ecco, di nuovo, il fatto che la situazione presente consente di evidenziare ciò che è in atto da tempo. Ecco, ancora, che l'uso della tecnologia consente un passaggio di paradigma, di scala, e pone al centro della riflessione temi che fino a tempi recenti venivano avvertiti come limitati – ovvero, ai quali si dedicava una minoranza degli studiosi, tra i quali molti di quelli che la *Rivista* riunisce e ritenuti dagli altri scarsamente rilevanti. Più ancora, non si può non avvertire come una volta scassato il sistema delle garanzie, sia pure con la convinzione che ciò riguardi circostanze eccezionali, limitate nel tempo o quanto alla categoria delle vittime della compromissione dei diritti, ciò possa accadere ancora e su scala generale.

Vi sono, però, anche profili autonomi del rilievo dell'evoluzione digitale nelle questioni dell'oggi. L'ultimo numero edito della *Rivista* contiene una discussione a più voci circa il problema dei beni (pubblici) immateriali. L'immaterialità dei processi, dei beni, dello scambio, degli oggetti di regolazione pubblicistica o protezione giuridica è un profilo il cui rilievo appare evidente proprio per ragione di ciò che stiamo vivendo. La crisi accelera la percezione

del passaggio da fisico ad immateriale ed il rilievo della revisione delle nostre categorie giuridiche.

Ed ancora. Non solo immateriale. La trasformazione rapida delle relazioni sociali – e della stessa produzione e trasmissione del pensiero – attraverso reti virtuali, altera significativamente lo spazio sociale. Ne derivano conseguenze sui servizi pubblici (ad esempio, di trasporto), sull'urbanistica e l'edilizia (con l'affermarsi di modi di abitare “funzionali” già ampiamente in atto, con la specializzazione di porzioni dell'abitazione privata e riduzione della fruizione degli spazi di lavoro esterni al comparto che si abita, con la conseguenza di diversi disegni degli spazi collettivi, a verde, etc.), sulla percezione dei contenuti del diritto di proprietà, sull'ambiente.

La stessa relazione tra tecnologia e sapere è fortemente mutata; basterebbe per molti di noi misurare l'esperienza dei corsi universitari su piattaforme digitali. Non serve molto per capire che la didattica universitaria si rende più fruibile ma si semplifica, amplia le sue possibilità di arrivare a molti, ma distingue (e rende elitaria) quella che si accompagna ad una istruzione più teorica e profonda condotta in presenza e attraverso confronti e discussioni. Non ci vuol molto per vedere concretizzarsi ipotesi già studiate pochi anni fa da autorevoli istituzioni culturali nord-americane (istruzione telematica per molti – molti di più degli attuali fruitori di corsi universitari – orientata al lavoro, educazione teorica per pochi – destinati a formare una *élite* – in poche istituzioni autorevoli con obbligo di residenza di professori e studenti).

Tutto ciò senza spingersi – per il momento – su terreni più larghi ed incerti – cui pure la *Rivista* ha dedicato attenzione fin dal suo primo fascicolo – come quello dell'intelligenza artificiale e del suo rilievo per le decisioni pubbliche.

Il rilievo della tecnologia non potrà far trascurare la questione della relazione tra potere e scienza (o, più in generale, sapere). È, infatti, piuttosto evidente come il Governo si sia mostrato incapace di muovere dalle conoscenze scientifiche per assumere decisioni politiche – piuttosto rimettendosi alle prime, che, in disparte la loro non univocità, certo non possono sostanziare decisioni di governo giacché assumono solo alcuni dei beni giuridici da bilanciare nella decisione pubblica.

Non si tratta dell'unico elemento rilevante (e preoccupante) della relazione tra sapere e potere. E', infatti, agevole notare nella nostra giurisprudenza il movimento opposto, sicché attraverso la clausola dell'interesse pubblico, è frequente veder prevalere la “verità” della ricostruzione del fatto attraverso l'atto di autorità (coperta dalla valutazione circa l'interesse pubblico) piuttosto che la nuda verità dei fatti materiali, per come conoscibili attraverso la scienza (solo recentemente e solo quanto al sindacato sugli atti dell'Agcm si riesce a censire un'attenuazione di questa tendenza).

Si tratta – da questo punto di vista – di questioni rilevanti in tutta la fase successiva a quella più critica dell'emergenza, giacché non è difficile scorgere come la rinuncia alla decisione politica con integrale remissione alla scienza nel momento più drammatico della crisi rischia di vedere rapidamente invertita la

polarità appena usciti da questa situazione – con la probabilità che fatti opinabili siano resi certi attraverso la clausola dell'interesse pubblico, tornando verso la tendenza – sbagliata quanto la prima – a ritenere che l'autorità (o il potere) possa creare verità.

5. Regolazione ed intervento nell'economia.

Del tutto evidenti, poi, sono le implicazioni della crisi in atto sulla disciplina dell'economia. Effetti immediati si sono già avuti, essendo già accaduto il mutamento dei modi della produzione. Molte regole giuridiche cui eravamo abituati sono state travolte (basti pensare alla segretezza del voto assembleare nelle società di capitali ove previsto, reso impossibile da adunanze telematiche senza adeguata preparazione).

Ma, naturalmente, anche su questo versante, sono in gioco tendenze più profonde dell'ordinamento.

Innanzitutto, appare evidente da ben oltre un decennio il movimento di reazione alle privatizzazioni ed alle liberalizzazioni realizzate a cavallo del millennio: la natura dei soggetti giuridici è riletta costantemente in senso pubblicistico, norme derogatorie sono introdotte con frequenza, accordi e contratti di cui sia parte un soggetto pubblico sono rilette in deroga al diritto comune. In secondo luogo, la sfiducia verso la società e la libertà ha determinato una frequente pretermissione della sussidiarietà orizzontale e del ruolo del terzo settore. Ancora: l'intera area dell'iniziativa spontanea della società è stata circondata da regolazioni pubblicistiche, autorità, agenzie governative, controlli, requisiti, standard.

E' proprio nel settore della disciplina dell'economia che ci si è maggiormente allontanati dal modello costituzionale: norme derogatorie sono state introdotte per fronteggiare crisi; norme speciali per settori industriali di pubblico interesse (banche e servizi pubblici soprattutto) ovvero opere pubbliche o eventi; *soft law* e *soft regulation* si sono diffuse, con un difficile rapporto con lo Stato-di-diritto; agenzie governative (basti pensare a quella del farmaco o ad ANAC) si sono inserite con l'uso di questi strumenti, pur prive delle caratteristiche riservate alle autorità indipendenti; tratti pubblicistici si sono inseriti a forza – con l'affermazione di interessi pubblici "immanenti" – da parte della giurisprudenza.

Lo schema costituzionale (artt. 41 e 43) per il quale spetta alla società, attraverso il processo economico e l'impresa (lucrativa o sociale), conseguire il risultato di fornire beni e servizi che non contrastano con diritti individuali (come quello alla salute) o costituiscono beni o servizi necessari per il godimento di dimensioni dei diritti fondamentali o sociali, appare quasi dimenticato. In quello schema l'intervento pubblico – in funzione di regolazione e sulla base della legge – è richiesto laddove il risultato non si raggiunga ed occorra, quindi, intervenire con programmi e controlli perché i beni e servizi necessari al godimento dei diritti fondamentali siano prodotti a condizioni accessibili e affidabili; solo di fronte al fallimento della regolazione dell'economia privata, dovranno

intervenire i poteri pubblici. Questi decenni hanno segnato, invece, una direzione difficilmente riconducibile a quello schema. Eppure, proprio quello schema corrisponde ad un modello di protezione dei diritti fondamentali attraverso la realizzazione di un dispositivo che renda fruibili le prestazioni necessarie al godimento di libertà e diritti sociali senza carico per la finanza pubblica.

La finanza pubblica costituisce un ulteriore snodo problematico.

Non si fatica a capire come le risorse pubbliche siano strutturalmente necessarie per assicurare il godimento dei beni e servizi necessari a rendere effettive alcune dimensioni dei diritti fondamentali (agevole l'esempio della salute o dell'educazione). La risposta immediata alla crisi è stata nel senso di prevedere sussidi, provvidenze, di spendere (o prevedere di spendere) risorse pubbliche a pioggia. Ma, se solo si affina lo sguardo non si può non notare (il *bonus* di 80 euro, il reddito di cittadinanza, etc.) che si tratta di tendenze da tempo in atto. Si tratta (si è trattato) di sussidi al consumo. Si tratta di misure da considerare correttamente attratte all'ambito della discrezionalità politica. Tuttavia, così come la dimensione essenziale dei diritti fondamentali deve essere sottratta alla scelta politica, allo stesso modo i «*livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale*» (art. 117 Cost.) devono poter essere finanziati stabilmente, sicché la regola costituzionale della sostenibilità del debito pubblico attiene alla garanzia dei diritti fondamentali.

Le risposte correnti – non solo da noi – sembrano orientate verso stimoli economici, nazionalizzazioni e pubblicizzazioni, sussidi. Per la porzione in cui si tratta di libere scelte politiche non importano alle nostre ricerche – ed i recentissimi risultati sul *rating* del debito pubblico nazionale mostrano una loro qualche utilità; laddove, invece, siano contraddizione del sistema costituzionale di intervento nell'economia, del suo collegamento strettissimo con la struttura dei diritti fondamentali e del loro effettivo godimento, la questione interroga la *Rivista* e gli studiosi che hanno dato avvio a queste linee di ricerca. Sostenibilità del debito pubblico ed economia sociale di mercato sono elementi della struttura costituzionale e non libera scelta politica.

Proprio questi elementi – oltre alla dialettica tra pubblico e privato già ricordata – costringono alla riflessione sulla relazione tra salute (come diritto della persona e come organizzazione di prestazione) e struttura economica. Il dibattito sembra essere rapidamente andato nella direzione della loro opposizione. Tuttavia, si tratta di una prospettiva che convince poco e che dipende dalla semplificazione economia=profitto (o speculazione) salute=costo (o provvidenza) pubblico. L'opposizione appare poco convincente se si imposta diversamente la relazione tra pubblico e privato e se si ragiona della struttura delle norme costituzionali sull'economia come strutturalmente simmetriche al contenuto delle pretese che sostanziano i diritti fondamentali. Anche in questo caso, non è eludibile il proseguire nella riflessione circa le formule organizzative, stante la cattiva prova di sé data dal sistema in essere.

6. PROGRAMMA DEI WEBINAR.

Il lavoro di ricerca si è avviato, da parte dei promotori dell'iniziativa – siano essi appartenenti agli organi della *Rivista* ovvero esterni – da varie settimane.

Il primo prodotto (anche editoriale) di questo lavoro saranno quattro *webinar*, destinati ad avviare il dibattito e il percorso di ricerca in una dimensione pubblica e strutturalmente aperti al contributo dall'esterno.

Il programma segue la definizione dei tavoli di lavoro già avviati. Proprio per ragione del metodo, aperto, di discussione, i *webinar* si svolgeranno intorno ad interrogativi alimentati da un *chairman* cui sarà anche affidata la prima sintesi. I webinar saranno un prodotto editoriale della *Rivista* e saranno pubblicati come supplemento sul sito istituzionale ojs.uniurb.it/index.php/pea

PROGRAMMA DEI WEBINAR.

26 giugno 2020, dalle ore 15 alle ore 16.15

EMERGENZA, PANDEMIA E LORO DIMENSIONI ORGANIZZATIVE, TRA CRISI DEL REGIONALISMO E DELL'ORGANIZZAZIONE SANITARIA.

chairman: Guido Corso

discussant: Nicola Pignatelli, Salvatore Dettori, Michele Trimarchi, Francesco Rota.

la partecipazione potrà avvenire direttamente cliccando sull'invito che sarà circolato ovvero collegandosi al canale YouTube <https://www.youtube.com/watch?v=hoQpWqvOeOk> di Università Mercatorum con la cooperazione della quale l'evento è organizzato

3 luglio 2020, dalle ore 15 alle ore 16.15.

EMERGENZA, PANDEMIA, SOVRANITÀ POPOLARE E DIRITTI DELLA PERSONA.

chairman: Giovanni Pitruzzella

discussant: Aldo Schiavello, Massimo Monteduro, Giuseppe Tropea, Antonio Barone, Luca R. Perfetti.

la partecipazione potrà avvenire direttamente cliccando sull'invito che sarà circolato ovvero collegandosi al canale YouTube <https://www.youtube.com/watch?v=hoQpWqvOeOk> di Università Mercatorum con la cooperazione della quale l'evento è organizzato

25 settembre 2020, dalle ore 15 alle ore 16.15.

EMERGENZA, PANDEMIA ED INTERVENTO DELLO STATO NELL'ECONOMIA

chairman: Guido Alpa

discussant: Nino Paolantonio, Andrea Maltoni, Francesco Marone, Margherita Interlandi, Rosa Calderazzi, Carla Acocella, Fabio Angelini.

9 ottobre 2020, dalle ore 15 alle ore 16.15.

EMERGENZA, PANDEMIA, TECNOLOGIA E VALUTAZIONI TECNICHE

DELL'AUTORITÀ PUBBLICA.

chairman: Massimo Luciani

discussant: Vito Velluzzi, Maria Cristina Cavallaro, Pierpaolo Forte, Francesco Follieri, Gerolamo Taccogna, Barbara Mamelì, Luigi Ferrara.

7. CALL-FOR-PAPER

Nel quadro delle ricerche che si stanno avviando, ancora vivace la riflessione preliminare dei suoi promotori, molte saranno le iniziative di confronto e quelle editoriali.

Fin da ora si è in grado di anticipare che la sezione monografica del volume VII (2/2020) della *Rivista PA Persona e Amministrazione* (<http://ojs.uniurb.it/index.php/pea>) sarà dedicato alle riflessioni intorno ai temi preliminarmente appuntati in questo primo *position paper*.

Si invitano gli studiosi interessati ad inviare a redazione.pa@uniurb.it la presentazione (contenuta in 400 parole) dell'intervento che intendono sottoporre alla *Rivista* entro il 30 luglio 2020, fin da ora avvertendo che la direzione della *Rivista* valuterà le proposte esclusivamente in relazione al percorso in ricerca in atto ed alla qualità scientifica della proposta; l'autore la cui proposta sia accettata assume, oltre a tutti gli impegni del Codice etico della *Rivista*, quello di consegnare il suo lavoro per la sottomissione a referaggio, adeguato alle specifiche redazionali della *Rivista*, entro e non oltre il 30 ottobre 2020.

I
SEZIONE MONOGRAFICA

SALVATORE DETTORI
Professore Associato di Diritto amministrativo
presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Teramo
sdettori@unite.it

COORDINAMENTO E DOVERE D'UFFICIO NELLA LOGICA DELL'INTERDIPENDENZA AMMINISTRATIVA

COORDINATION AND OFFICIAL DUTY IN THE RATIONALE OF ADMINISTRATIVE INTERDEPENDENCE

SINTESI

Nell'ambito della più ampia riflessione sull'organizzazione e sull'azione amministrativa, alla nozione di coordinamento amministrativo non viene tendenzialmente riconosciuta una portata precettiva obbligatoria e vincolante per i destinatari della norma sull'attività amministrativa. Sia che si collochi nella fase procedimentale di adozione del provvedimento esplicazione della funzione amministrativa, sia che si innesti nelle dinamiche di raccordo tra indirizzo politico e attività amministrativa, infatti, il coordinamento è stato ricondotto ad uno dei presupposti fattuali o extra-giuridici che possono solo contribuire alla formazione della fattispecie giuridicamente vincolante. Alla luce di tali premesse, lo scritto offre un mutamento di prospettiva al fine di (i) rinvenire il fondamento del coordinamento amministrativo come precetto autonomo rispetto alla normativa sul procedimento, (ii) definire i contenuti di tale precetto e (iii) individuare le possibili conseguenze della violazione dello stesso. Centrali in tale senso sono, da un lato, il dovere di ufficio, inteso come comportamento imposto al singolo funzionario prima e al di là dell'attività svolta in ambito procedimentale e, dall'altro, i profili dinamici della competenza, che assume il ruolo di indirizzo dell'attività dei pubblici uffici. Il coordinamento come regola mira proprio a gestire l'interdipendenza tra i vari uffici amministrativi nell'esercizio delle rispettive competenze extra-procedimentali, al fine di garantire la più adeguata soddisfazione dell'interesse pubblico. E la recente legislazione emergenziale istitutiva della figura del "Commissario straordinario" rappresenta la manifestazione normativa ultima del concetto di coordinamento appena delineato.

ABSTRACT

In the context of the studies on the administrative organization and activities, the administrative coordination has not been considered as a binding and mandatory rule. It is indeed limited to be a factual premise for the final binding decision adopted by the administration, if (a) the coordination is imposed within the administrative proceeding in which the decision is taken, and (b) it is necessary to coordinate the political will and the subsequent administrative action. In view of the above, the essay proposes a change of perspective to (i) find the legal basis of a binding rule of coordination autonomous from admin-

istrative proceeding, (ii) define the content of such rule, and (iii) identify the consequences of the breach of the coordination rule. To these purposes, the official duty – which identifies the administrative officer's obligations beyond the activities carried out within the proceedings – and the single officer's competence in its dynamic profiles – which direct the activity of the public offices – are crucial. Administrative coordination as a binding rule of conduct aims precisely to manage the interdependency of public offices, which exercise their respective competences outside the proceeding, in the most adequate way to satisfy the public interest. The recent covid-19 regulation, which institutes the special commissioner for the emergency, represents the last example of rules of law on the administrative coordination as described above.

PAROLE CHIAVE: Coordinamento – Doveri d'ufficio – Interdipendenza amministrativa – Organizzazione – Normativa Covid-19

KEYWORDS: Coordination – Official duty – Administrative interdependence – Organization – Covid-19 regulation

INDICE: 1. La difficile concettualizzazione del coordinamento amministrativo. – 2. La ricostruzione del coordinamento nella prospettiva dell'organizzazione. – 3. Segue: nella prospettiva della funzione. – 4. Coordinamento ed indirizzo. – 5. I limiti delle prospettive indicate e la definizione del coordinamento in termini di risultato. – 6. La conferma dei suddetti limiti. – 7. La necessità di un mutamento di prospettiva. – 8. Il presupposto di tale mutamento: la centralità del dovere d'ufficio. – 9. Comportamento doveroso e competenze. – 10. Comportamento doveroso e coordinamento. – 11. La regola del coordinamento. – 12. Coordinamento ed attuazione delle decisioni amministrative. – 13. Il dovere di coordinamento rafforzato. – 14. La declinazione della prospettiva: coordinamento ed emergenza sanitaria. – 15. Considerazioni conclusive e prospettive di sviluppo dell'indagine.

1. La difficile concettualizzazione del coordinamento amministrativo.

L'esigenza di una riflessione sul coordinamento amministrativo muove da una semplice constatazione: ossia che quello del coordinamento è un concetto che continua a risultare invero oltremodo sfuggente, quando addirittura non se ne affermi l'irrelevanza per il diritto o comunque se ne metta in discussione l'apprezzabilità a livello dogmatico¹. Nonostante infatti i molti studi signi-

¹ Nel 1982, nella premessa ad un lavoro collettivo in ricordo di Vittorio Bachelet, Massimo Severo Giannini osservava che «...cosa sia il coordinamento amministrativo non lo sa nessuno»: M.S. GIANNINI, *Premessa*, in G. AMATO, G. MARONGIU (a cura di), *L'amministrazione della società complessa. In ricordo di Vittorio Bachelet*, Bologna, 1982, p. 16. Nel medesimo lavoro Sabino Casseese considerava che «il coordinamento non appare, a questo punto, né un fine da raggiungere solo con strumenti giuridici, né una esigenza indispensabile»: S. CASSESE, *Il coordinamento prima e dopo Bachelet*, p. 22; Mario Nigro affermava: «la mia idea è che non esista una nozione tecnico-giuridica precisa di coordinamento; che si tratti di una nozione fortemente ideologizzata e che, con questo valore, indichi uno stato di reciproca mistificazione o un'esigenza di partecipazione: dipende dal contesto in cui si colloca»: M. NIGRO, *I rapporti tra coordinamento e indirizzo*, p. 29; secondo Giorgio Bertì: «Parola o idea di crisi, mai concetto, il coordinamento non ha mai consentito dunque elaborazioni nette e convincenti: chi lo ha studiato si è trovato a ripercorrere la crisi di cui la parola è allo stesso tempo l'espressione e l'effetto»: G. BERTÌ, *Il coordinamento, parola-*

ficativi sul tema², nessuna tra le riflessioni che la dottrina ci ha consegnato ha infatti trovato piena condivisione ovvero ha determinato sviluppi tali da potersi affermare a livello di teorica dominante. D'altra parte è stato dai più riconosciuto come il coordinamento amministrativo integri un concetto di difficile definizione unitaria³, nell'ambito del quale sono state (e continuano ad essere) ricomprese eterogenee fattispecie di organizzazione ed esercizio dell'azione amministrativa⁴, fino alla considerazione nell'ambito della figura in questione di ogni fenomeno di necessaria interazione tra elementi dell'ordinamento la cui esistenza sia finalizzata alla produzione di un determinato effetto giuridico.

In ragione dell'eterogeneità delle fattispecie che il coordinamento dovrebbe spiegare, è dunque risultato invero difficile immaginare alcuna portata non solo prescrittiva, ma altresì descrittiva di tale concetto, che vada oltre il senso più strettamente letterale della parola e dunque il rinvio ad una fattispecie relazionale e funzionale alla determinazione di un fine.

Ciò nonostante di coordinamento si continua a parlare e sul coordinamento si continua ciclicamente a riflettere. L'argomento torna infatti periodicamente al centro del dibattito dottrinale, generalmente in concomitanza con le svolte più significative che in ambito pubblicistico hanno interessato la ricostruzione concettuale e dogmatica dell'interazione tra soggetti dell'ordinamento. A ben vedere, infatti, la dottrina ci ha consegnato i più approfonditi contributi sul coordinamento amministrativo a partire dalla metà del secolo scorso, nell'ambito della riflessione sull'organizzazione amministrativa, che in quegli anni ha posto le basi e consolidato la definizione teorica dei concetti di direzione ed attività direttiva⁵. Successivamente, il coordinamento ha vissuto un nuovo momento di gloria quando, negli ultimi due decenni del secolo scorso, si è intensificato il dibattito sul procedimento amministrativo e dunque sulla relazione che in esso si ha tra interessi pubblici e privati⁶.

simbolo tra gerarchia ed equiordinazione, p. 32.

² Una ricostruzione compiuta della riflessione della dottrina italiana in tema di coordinamento amministrativo è operata da F. CORTESE, *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche ed interpretazioni*, Milano, 2012.

³ G.D. COMPORI, *Il coordinamento infrastrutturale, Tecniche e garanzie*, Milano, 1996, pp. 72 ss., rappresenta la difficoltà di una «definizione in termini unitari di una nozione che unitaria non è, scomposta come appare in una molteplicità di figure diverse».

⁴ Osserva A. AZZENA, *Per la definizione del coordinamento e della sua rilevanza giuridica*, in G. AMATO, G. MARONGIU (a cura di), *L'amministrazione della società complessa*, cit., p. 37, che «il coordinamento si sostanzia in forme profondamente diverse... e che di fronte a tale varietà di forme sarebbe preferibile parlare, non di coordinamento, ma piuttosto di coordinamenti».

⁵ V. BACHELET, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, Milano, 1957; G. BERTI, *In margine al dibattito sul coordinamento nel campo dell'azione dello Stato e degli enti locali*, in *Coordinamento e collaborazione nella vita degli enti locali (Atti del VII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, 17-20 settembre 1959)*; V. BACHELET, *Coordinamento*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. X, Milano, 1962, pp. 630 ss.

⁶ G. AMATO, G. MARONGIU (a cura di), *L'amministrazione della società complessa. In ricordo di Vittorio Bachelet*, cit.; F. PIGA, *Coordinamento*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, Vol. VII, 1988; F. MERUSI, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *Diritto amministrativo*, 1993, p. 24 ss.; G.D. COMPORI, *Il coordinamento infrastrutturale. Tecniche e garan-*

La riflessione sul coordinamento amministrativo ha dunque trovato la sua massima espressione in dottrina a margine di quelli che probabilmente possono definirsi i più rilevanti punti di svolta della dogmatica pubblicistica che ha interessato, negli ultimi settanta anni, rispettivamente l'organizzazione e l'azione amministrativa.

Tale circostanza non può essere un caso: essa acuisce invece la sensazione di trovarsi dinanzi ad un concetto a cui non si può rinunciare ogni qualvolta si intervenga sugli istituti e sulle teoriche fondamentali del diritto amministrativo. E ciò probabilmente in quanto, a prescindere dalla natura e dalla portata che di volta in volta gli è stata attribuita, il coordinamento amministrativo è concetto in grado di cogliere più di altri l'essenza sia dell'organizzazione, sia dell'azione amministrativa.

Questa è la ragione – a parere di chi scrive – per cui nella figura del coordinamento amministrativo è stata spesso cercata la regola capace di spiegare i diversi fenomeni di interazione tra soggetti dell'ordinamento, nonché tra le azioni da questi compiute.

Il risultato degli sforzi ricostruttivi compiuti dalla dottrina che si è occupata del tema appare però solo parzialmente soddisfacente.

Lo è di certo quando si pensi al coordinamento quale concetto multiforme nel quale possono essere ricomprese una pluralità di fattispecie che riguardano sia l'organizzazione, sia l'azione amministrativa, il cui comune denominatore è integrato da due fondamentali aspetti, che possono essere considerati quali vere e proprie invarianti: (i) la circostanza che si tratti di fattispecie di interazione tra elementi dell'ordinamento (indifferentemente soggetti, azioni o interessi); (ii) la circostanza per cui attraverso le suddette fattispecie si realizza una riconduzione ad unità delle istanze eterogenee che rilevano in ogni vicenda amministrativa, sia che questa si osservi dal punto di vista dell'organizzazione, sia dell'azione amministrativa⁷.

I limiti degli approdi della dottrina appaiono invece più evidenti quando ci si riferisca a quelle ricostruzioni teoriche che nel coordinamento amministrativo hanno riconosciuto una regola dell'organizzazione e dell'azione amministrativa. Il concetto è divenuto infatti sempre più sfumato, fino quasi a dissolversi, quando nell'analisi delle diverse fattispecie in cui lo stesso dispiega i suoi effetti ci si è spostati dal piano meramente descrittivo a quello più propriamente prescrittivo, con la conseguente necessità di attribuire alla regola del coordinamento un effetto apprezzabile in termini vincolanti per i suoi destinatari. Sul punto si avrà modo di tornare diffusamente nel prosieguo.

zie, cit.

⁷ V. BACHELET, *Coordinamento*, in *Enciclopedia del diritto, cit.*, pp. 631-632, osserva come «il "coordinare" è in certo senso manifestazione tipica di una società democratica e pluralistica, che intende ottenere l'armonico orientamento di individui, gruppi, istituzioni verso fini determinati, senza però annullare la libertà o l'iniziativa di tali individui, gruppi o istituzioni». Osserva l'A. che il coordinamento, «una volta caratteristico delle attività e degli organi più squisitamente politici, è ormai una figura generale che si applica anche alle attività e agli organi amministrativi e va quindi ricostruita appunto come un istituto di teoria generale del diritto pubblico».

La difficoltà di definizione del coordinamento amministrativo e di inquadramento dello stesso tra le categorie della sistematica pubblicistica trova conferma nelle prospettive più significative in cui si è tentato di spiegare il fenomeno, che, in estrema sintesi, è stato tradizionalmente ricondotto: (i) ad una relazione organizzativa; (ii) all'esercizio di un potere avente ad oggetto di volta in volta rapporti organizzativi, piuttosto che l'agire amministrativo; (iii) al risultato delle suddette relazioni o azioni.

2. La ricostruzione del coordinamento nella prospettiva dell'organizzazione.

Le difficoltà di definizione della portata giuridica del coordinamento amministrativo ha impedito la collocazione della figura non solo nell'ambito di una precisa teorica dell'agire dei pubblici poteri, ma a ben vedere anche all'interno delle tradizionali partizioni della scienza del diritto amministrativo. Non è infatti circostanza dirimente, tale dunque da esaurire e risolvere la questione, la constatazione per cui nelle trattazioni manualistiche, da quelle più risalenti a quelle più recenti, il coordinamento sia generalmente inquadrato nell'ambito dell'organizzazione amministrativa e segnatamente all'interno della riflessione sulle relazioni organizzative.

Il dato peraltro non può essere sottovalutato ed ha anche una giustificazione storica assolutamente plausibile: nel momento infatti in cui il modello della gerarchia è stato messo in discussione in quanto non più in grado di esaurire le fattispecie relazionali nell'ambito dell'organizzazione dei pubblici poteri, il coordinamento si è rivelato strumento utile, se non addirittura necessario, per la tenuta unitaria dell'esercizio della funzione amministrativa e dunque, in ultimo luogo, al fine di evitare pericolose svolte anarchiche nel sistema delle relazioni tra soggetti pubblici dell'ordinamento. A differenza del modello gerarchico, basato sul potere di ordine e dunque sull'assenza di autonomia del soggetto subordinato, al coordinamento è stato infatti tradizionalmente associato il mantenimento di tale autonomia in capo ai soggetti dell'ordinamento che agiscono per la cura del fine comune. In poche parole, attraverso il coordinamento diveniva possibile convogliare verso la medesima direzione l'esercizio della funzione attribuita alle diverse articolazioni dell'amministrazione senza che queste dovessero necessariamente rinunciare alla loro autonomia e senza dunque mettere in discussione le singole competenze attribuite dalla legge.

L'esigenza di coordinamento si è fatta peraltro sempre più pressante dal momento in cui, per un verso, lo Stato si è assunto l'onere della ricostruzione post bellica intervenendo direttamente sulla promozione del sociale e sullo sviluppo economico e, per altro verso, il modello pluralistico è stato ritenuto l'opzione preferibile per l'assetto amministrativo del Paese⁸. In tale contesto

⁸ In tema di pluralismo amministrativo, per tutti, U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, 1996; F. RIMOLI, *Pluralismo e valori costituzionali. I paradossi dell'integrazione democratica*, Torino, 1999. Il rapporto tra coordinamento e pluralismo amministrativo è ben colto già da G. PASTORI, *Coordinamento e governo di una società complessa*, in G. AMA-

appariva evidente come l'unità amministrativa avrebbe potuto essere garantita esclusivamente tenendo sotto controllo l'organizzazione e come a tal fine lo strumento della gerarchia risultasse palesemente insufficiente. Per tale ragione si pensò al coordinamento, che da figura assolutamente indefinita (almeno nella sua portata giuridica), assunse dignità di concetto rilevante per l'ordinamento giuridico, spendibile nell'organizzazione, ma espandibile anche all'azione amministrativa⁹.

Il coordinamento consentiva infatti innanzitutto di spiegare l'introduzione e l'istituzionalizzazione sia di nuove soggettività, sia di strumenti giuridici che, quali vere e proprie "strutture di coordinamento"¹⁰, avevano quale fondamentale funzione proprio quella di garantire il mantenimento dell'unità dell'azione amministrativa. Allo stesso tempo, acquisita la propria attitudine giuridica, il coordinamento poteva rivolgersi all'attività per spiegarla nella dimensione dell'interazione tra i diversi soggetti coinvolti nelle singole vicende amministrative e dunque tra gli interessi di cui tali soggetti erano portatori. La duttilità della figura permetteva peraltro di superare agevolmente ogni questione che potesse porsi quale ostacolo alla possibilità di ampliamento dell'applicazione della stessa¹¹. Si pensi in tal senso alla questione relativa alla collocazione del coordinamento nell'ambito delle fattispecie di sovraordinazione, piuttosto che di equiordinazione, che fu risolta in via generale a favore di tale ultima opzione, non senza però riconoscere l'operatività della figura anche a fronte di rapporti diseguali¹².

TO, G. MARONGIU, *L'amministrazione della società complessa. In ricordo di Vittorio Bachelet, cit.*, p. 128.

⁹ La definizione della specialità del coordinamento è dunque avvenuta attraverso l'attribuzione a tale figura della medesima qualificazione giuridica della gerarchia. Il coordinamento è stato quindi considerato quale figura organizzatoria, in contrapposizione con la gerarchia per il diverso presupposto fondante determinato dall'indipendenza delle istanze che di volta in volta interagivano nelle singole vicende amministrative. Sul punto M.S. GIANNINI, *Intervento*, in *Coordinamento e collaborazione nella vita degli enti locali, Atti del V Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 1961, p. 114.

¹⁰ V. BACHELET, *Coordinamento*, in *Enciclopedia del diritto*, cit., pp. 633, ove si fa riferimento ai comitati dei ministri o agli atti di concerto.

¹¹ L'opportunità di guardare oltre il modello di coordinamento-direzione è ad esempio ben colta da M. D'ALBERTI, *Coordinamento amministrativo: immagini per la ricerca di un concetto*, in G. AMATO, G. MARONGIU, *L'amministrazione della società complessa. In ricordo di Vittorio Bachelet, cit.*, p. 60, ove si fa in particolare riferimento alla figura del "coordinamento plurilaterale" fra amministrazioni pubbliche, che assume la forma di un "autocoordinamento multilaterale". La duttilità del concetto ne ha peraltro consentito l'applicazione anche nella prospettiva del processo amministrativo: sul tema G. BERTI, *Connessione e giudizio amministrativo*, Padova, 1970, ove alla connessione è attribuita natura di strumento di coordinamento di differenti atti formali funzionali alla definizione del rapporto tra amministrazione pubblica e cittadino.

¹² V. BACHELET, voce *Coordinamento*, cit., pp. 630 ss., il quale propende per inquadrare il coordinamento tendenzialmente come figura di sovraordinazione, distinguendo peraltro tra cooperazione o collaborazione, accordi o intese e coordinamento (in senso tecnico), ove di quest'ultimo sarebbe preferibile parlare quando il collegamento e l'intesa siano istituzionalizzati dal legislatore in strutture amministrative giuridicamente preordinate. In particolare, secondo Bachelet, il coordinamento integrerà una figura di sovraordinazione quando ad un'autorità determinata è affidato il potere di indirizzo nei confronti di autorità o enti alla stessa sottoposti,

3. Segue: nella prospettiva della funzione.

Fu dunque fin da subito percepito come la prospettiva dell'organizzazione fosse assolutamente riduttiva per le potenzialità che la figura del coordinamento amministrativo era in grado di esprimere. La richiamata flessibilità del concetto rendeva infatti possibile il ricorso al coordinamento per spiegare non solo le relazioni tra soggetti pubblici nella dimensione organizzativa dell'ordinamento, ma anche le relazioni tra i diversi interessi coinvolti in ogni singola vicenda amministrativa¹³. Tale ultima prospettiva costituiva peraltro un'evoluzione ovvero, meglio, un precipitato logico della precedente: l'interazione tra soggetti dell'ordinamento implica e determina infatti necessariamente una corrispondente interazione tra le attività da questi svolte e dunque tra gli interessi che i medesimi soggetti hanno in cura¹⁴.

Attraverso l'organizzazione, oggetto del coordinamento diviene dunque la funzione stessa, di volta in volta indicata attraverso il riferimento all'agire amministrativo ovvero agli interessi che tale agire mette in relazione ovvero ancora al risultato della suddetta relazione¹⁵.

Calato nella dimensione dell'agire amministrativo, il coordinamento valica quindi i confini della relazione organizzativa, per essere apprezzato, per un verso, in termini di energia positiva volta alla sollecitazione della interazione tra diversi soggetti pubblici (o tra i corrispondenti interessi) e funzionale alla determinazione della scelta amministrativa e, per altro verso, quale regola o principio dell'agire amministrativo nel contesto pluralistico di relazioni tra soggetti dell'ordinamento.

Si tratta peraltro di aspetti differenti, ma complementari della medesima prospettiva concettuale.

Nel primo caso, del coordinamento amministrativo viene valorizzata la componente dinamica, il *dovere essere* della funzione il cui esercizio sarà possibile attraverso il "potere di coordinamento" attribuito all'amministrazione procedente.

Nel secondo caso, il coordinamento è apprezzato nella dimensione dell'*essere*, quale regola fondamentale propria sia dell'organizzazione, sia

ma dotati di autonomia.

¹³ La commistione tra la dimensione organizzativa e quella funzionale del coordinamento amministrativo si ritrova peraltro già nelle argomentazioni della migliore dottrina che si è occupata del tema. Mi riferisco innanzitutto alla riflessione di Vittorio Bachelet che distingue espressamente tra la trattazione degli organi di coordinamento e, dall'altra, degli atti di coordinamento.

¹⁴ È scontato il riferimento alla distinzione tra amministrazione in senso soggettivo ed oggettivo ove, in tale ultima prospettiva, l'organizzazione si identifica con lo svolgimento della funzione. Su tale distinzione, F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1996.

¹⁵ Dell'evoluzione di tale prospettiva dà compiutamente conto F. CORTESE, *Il coordinamento amministrativo*, cit., il quale a tal proposito richiama peraltro la riflessione che ha preso le mosse dalla concettualizzazione della discrezionalità amministrativa ed è giunta al riconoscimento della funzione del coordinamento nel procedimento amministrativo quale regola di interazione degli interessi rilevanti in ciascuna vicenda amministrativa.

dell'azione amministrativa¹⁶, che nella riflessione della dottrina più avveduta è considerata quale strumento di riduzione ad unità della complessa realtà sociale¹⁷. Attraverso l'operatività di tale regola si compie peraltro la sintesi massima tra «il momento del comune cooperare verso fini unitari e quello della libertà e dell'autonomia di ciascuno degli attori», entrambe declinazioni irrinunciabili ed inseparabili dell'esercizio della funzione¹⁸.

In tale ultima prospettiva ho peraltro affrontato il tema del coordinamento amministrativo in un contributo di oramai quasi vent'anni fa, a margine di una riflessione sulla conferenza di servizi¹⁹. In adesione alla ricostruzione del coordinamento in termini di regola dell'attività, condizione necessaria dell'agire amministrativo in situazione di pluralismo²⁰, osservavo in particolare che attraverso tale figura il potere amministrativo recupera la propria valenza unitaria nella definizione dell'interesse concreto determinato dall'interazione di tutti gli interessi coinvolti in ciascuna vicenda amministrativa²¹. In tale contesto attribuivo quindi al coordinamento una funzione regolatrice degli interessi utile a fissarne il valore relativo nel procedimento. A tal fine ricorrevo al modello euristico del cosiddetto pluralismo comprensivo, il quale teorizza la connotazione flessibile degli interessi e di conseguenza la determinazione del valore degli stessi in ragione della reciproca interazione²². Nella prospettiva indicata, il

¹⁶ Secondo la definizione di F. PIGA, *Coordinamento (principio del)*, cit., il coordinamento è «principio, regola generale dell'organizzazione della funzione amministrativa e dell'azione pubblica».

¹⁷ In tal senso è d'obbligo rinviare alla riflessione di G. MARONGIU, *Il coordinamento come principio politico di organizzazione della complessità sociale*, contributo del 1982, ora in ID., *La democrazia come problema*, I. Diritto, amministrazione ed economia, Tomo 1, Bologna, 1994, p. 185, il quale osserva come «nei modelli concettuali e pratici della vecchia amministrazione il coordinamento come principio e come nozione è francamente incomprensibile; nel nuovo schema di una società complessa, che è amministrata ma che anche si autoamministra, il coordinamento è un principio necessario e il suo stesso concetto perde le sue molte oscurità».

¹⁸ G. MARONGIU, *Il coordinamento come principio politico di organizzazione della complessità sociale*, cit., p. 185.

¹⁹ S. DETTORI, *La conferenza di servizi come regola di coordinamento dell'azione amministrativa: spunti ricostruttivi*, in T.A.R., 2, 2002, pp. 107-141.

²⁰ Sul punto, G.D. COMPORI, *Il coordinamento infrastrutturale*, cit., p. 92, il quale definisce il pluralismo come «modo di essere statico dell'ordinamento», mentre il coordinamento ne rappresenterebbe un «momento dinamico e relazionale».

²¹ Osservavo quindi che la «reale difficoltà della dottrina a convergere su una nozione unitaria di coordinamento ateneva allora non alla sua natura giuridica, ma alla qualificazione in senso tipizzante delle diverse forme di manifestazione della regola, che comunque doveva avere come necessario presupposto una preconstituita o costituenda relazione tra soggetti giuridici, nonché l'esercizio di potere attraverso la funzione amministrativa».

²² È il modello del pluralismo comprensivo teorizzato da M. ROSENFELD, *Interpretazioni. Il diritto tra etica e politica*, ed. it. 2000, Bologna. Esso si fonda sulla convinzione che le società moderne siano caratterizzate da un pluralismo di fatto, che deve essere sostenuto e incoraggiato. Secondo Rosenfeld il pluralismo comprensivo consente di evitare sia il rischio del monismo («definito grossomodo come la tesi che esista una sola concezione del bene corretta, e che tutte le preferenze valutative debbano essere giudicate in relazione a quella concezione») e del relativismo («ossia la tesi che tutte le preferenze valutative siano in definitiva puramente soggettive»). In tale contesto Rosenfeld afferma che gli interessi sono flessibili nel senso che, in quanto soggetti ad adattamenti e trasformazioni, sono influenzati da bisogni e desideri e possono essere modellati da concezioni del bene e pun-

coordinamento poteva dunque essere apprezzato quale strumento di gestione della complessità con funzione di autocontrollo del sistema, finalizzato alla massimizzazione del valore dell'interesse, nell'ottica della riconduzione dell'azione amministrativa alla realizzazione del fine pubblico²³.

In ogni caso, appare evidente come, considerato il coordinamento nella prospettiva funzionale, il terreno privilegiato in cui questo poteva esplicare la propria forza mediatrice tra le rappresentate esigenze di cooperazione e quelle di autonomia degli attori amministrativi non poteva che essere innanzitutto il procedimento amministrativo, luogo-tempo ove l'interazione degli interessi si forma e si trasforma in decisione amministrativa. E ciò sia che del concetto in esame venisse valorizzata la componente del *dovere essere*, piuttosto che quella dell'*essere*. È dunque nella dinamica del procedimento amministrativo che il coordinamento trova il privilegiato ambito di applicazione, dove il concetto può misurarsi quale regola di interazione di interessi ed allo stesso tempo strumento di riduzione della complessità.

4. Coordinamento ed indirizzo.

Nella dimensione dell'esercizio della funzione il coordinamento amministrativo ha trovato la più significativa applicazione quando lo si è considerato elemento caratterizzante l'attività di indirizzo amministrativo. Nella migliore teorizzazione che la dottrina ha fornito di tale prospettiva è infatti attraverso il potere di indirizzo che la scelta discrezionale è stata in grado di assurgere a sintesi della corretta ponderazione degli interessi ed ancora prima a sintesi tra la regola organizzativa – attraverso cui sono chiamati a raccolta tutti gli interessi ritenuti rilevanti nel procedimento – e la regola funzionale, attraverso cui si orienta il contenuto della decisione. In questa dimensione è quindi attraverso il coordinamento che si fissano i confini ed i limiti invalicabili della scelta amministrativa.

È noto che in tal senso la riflessione di Vittorio Bachelet ha costituito un punto di svolta fondamentale sul tema del coordinamento amministrativo: questo, quale principio connotante l'indirizzo, viene considerato lo strumento utile e necessario a selezionare gli interessi ed a “distribuire” i valori politici all'amministrazione che agisce, senza che questi perdano la loro forza politica. Così inteso, il coordinamento mantiene quindi una stretta connessione con

ti di vista, attraverso la socializzazione e altri rapporti intersoggettivi (p. 332). Secondo l'Autore, la determinazione del valore di ciascun interesse passa peraltro attraverso una prima fase caratterizzata dal riconoscimento di una originaria uguaglianza valoristica di tutti gli interessi che confluiscono nel procedimento, che si concretizza nel rifiuto di abbracciare o favorire alcuna particolare “concezione del bene” (indicata quale norma di primo livello) ed una seconda fase, in positivo, dove il rapportarsi dei singoli interessi tra loro (attraverso le norme di secondo livello dettate dal pluralismo comprensivo) definirà il reale valore attribuito a ciascun interesse nel singolo procedimento.

²³ Così osservavo in S. DETTORI, *La conferenza di servizi come regola di coordinamento dell'azione amministrativa: spunti ricostruttivi*, cit., a cui mi si consenta ancora di rinviare.

l'esercizio della funzione, seppure a fronte di un mutato contesto applicativo: l'esigenza di riconduzione ad unità della funzione amministrativa non riguarda più il campo limitato della complessità determinata dall'interazione degli interessi nel procedimento, ma si estende ai rapporti tra la componente politica e quella più propriamente gestionale di ogni singola amministrazione.

È altresì noto che l'intuizione di Bachelet è stata oggetto di successivo affinamento in dottrina, che ha coinciso con il riconoscimento dell'autonomia concettuale della fase attuativa dell'indirizzo politico e dunque con la riflessione sull'attività di direzione²⁴. Il coordinamento diviene dunque concetto utile a spiegare il contenuto di tale attività, garantendo che «*il fine politico penetri nell'attività amministrativa senza peraltro adulterarne la struttura e corromperne la funzione*»²⁵. In tale prospettiva il coordinamento assicura dunque il raccordo tra indirizzo politico ed esecuzione del medesimo, integrando il contenuto dell'attività direttiva ed attraverso tale attività assumendo autonomia concettuale²⁶. È quindi matura nella riflessione che si sta analizzando la consapevolezza che l'attività amministrativa, in quanto attività volta alla realizzazione di fini tramite mezzi, ha acquisito una dimensione globale e se assume rilevanza per il diritto, «*tale rilevanza trova la sua giustificazione nel fatto che tutti gli atti ed i comportamenti che in essa confluiscono hanno un comune indirizzo*». Di conseguenza, quanto «*nella definizione giuridica dell'attività appare un po' nebulosamente come coordinamento di atti, è in realtà un coordinamento di meccanismi relazionali di mezzi allo scopo*». In tale contesto, la formulazione della «*scala di valori*» che presiede la singola decisione avviene obbligatoriamente attraverso l'adozione di un indirizzo, la cui assunzione «*è una decisione; ma una decisione destinata ad influire non sull'esecuzione, ma sulla stessa deliberazione, a porsi, cioè, a sua volta come regola delle regole in ordine all'apprezzamento che dovrà essere compiuto rispetto ai vari interessi dedotti in gioco*»²⁷.

5. I limiti delle prospettive indicate e la definizione del coordinamento in termini di risultato.

È indubbio che, in tutte le prospettive in cui il fenomeno è stato osserva-

²⁴ Sul tema siamo notoriamente debitori alla riflessione di G. MARONGIU, *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, ora in ID., *La democrazia come problema*, I. Diritto, amministrazione ed economia, cit., p. 109 ss. La fondamentale intuizione da cui Marongiu muove la propria analisi è magistralmente sintetizzata nella seguente considerazione: «*la funzione d'indirizzo non nasce e muore nell'ambito del potere e delle decisioni politiche; essa si realizza come una forza dinamica che parte dalle sedi in cui il potere è politico – quindi responsabile socialmente – e si prolunga, via via, nelle diverse funzioni, legislative ed amministrative, assumendo forma ed efficacia diverse, ma non perdendo niente della sua forza iniziale*» (pp. 256-257).

²⁵ G. MARONGIU, *ult. op. cit.*, pp. 282-283.

²⁶ G. MARONGIU, *ult. op. cit.*, pp. 261-262, il quale osserva: «*Collocandosi all'interno della fenomenologia dell'indirizzo e della sua attuazione, si ipotizza, infatti, che sussista un momento – operativo ed ideale – che non si confonde né con la determinazione dell'indirizzo medesimo, né con la sua concreta esecuzione: un'attività, cioè rivolta a promuovere e coordinare la realizzazione di indirizzi dati; non a legiferare, dunque, o ad amministrare per il raggiungimento di determinati fini, ma ad agire sulla legislazione e sulla amministrazione perché queste si muovano nella direzione voluta dall'indirizzo prescelto*».

²⁷ G. MARONGIU, *ult. op. cit.*, p. 286.

to, il coordinamento amministrativo ha fornito una precisa chiave di lettura per l'interpretazione delle diverse istanze che convergono nell'ordinamento di diritto pubblico e rispetto alle quali l'ordinamento medesimo deve fornire risposte adeguate.

Nelle diverse declinazioni proposte del concetto, il coordinamento è stato infatti sempre assunto come paradigma di riferimento dell'interazione tra le pubbliche amministrazioni che agiscono in contesti policentrici²⁸. Tale comune denominatore del coordinamento ha costituito quindi la più rilevante invariante delle ricostruzioni che la dottrina ha proposto del fenomeno: sia dunque che questo venisse osservato dal punto di vista dell'organizzazione, sia che lo si analizzasse dal punto di vista della funzione amministrativa, in ogni caso del coordinamento veniva costantemente colta la capacità di armonizzazione di istanze eterogenee e dunque, da ultimo, di riduzione della complessità determinata dal pluralismo giuridico. Su tale punto fermo si innestavano quindi le diverse argomentazioni in merito alla natura attribuibile al concetto, di volta in volta rappresentato in termini di relazione organizzativa, di fattispecie espressione di potere, di regola o principio dell'organizzazione e/o dell'azione amministrativa.

Ciò detto, a mio avviso tutte le diverse prospettive che si sono passate in rassegna mostrano dei limiti insuperabili che impediscono al coordinamento di dispiegare completamente la propria potenzialità di figura non solo giuridicamente rilevante, ma anche in grado di incidere con forza prescrittiva sulla realtà materiale. Sia ben chiaro: gli sforzi della dottrina che si è occupata del tema non solo debbono essere grandemente apprezzati, innanzitutto in quanto hanno consentito di annoverare il coordinamento nell'ambito del giuridicamente rilevante, ma costituiscono senza dubbio la base per ogni ulteriore riflessione che si voglia condurre sulla figura.

I limiti delle analisi compiute mi sembrano però altrettanto evidenti: essi riguardano per un verso il contenuto del coordinamento e segnatamente la sua rilevanza giuridica in termini di capacità di produrre effetti nella realtà materiale e, per altro verso, la portata prescrittiva di tali effetti, ossia la possibilità per gli stessi di imporre comportamenti obbligatori e vincolanti²⁹.

²⁸ In tal senso si riferisce alla realizzazione di un "principio unitario", G. MARONGIU, *Gli strumenti legislativi ed amministrativi del coordinamento e della programmazione*, contributo del 1961 ora in ID., *La democrazia come problema. Diritto, amministrazione ed economia*, cit., pp. 67 ss.

²⁹ Sul concetto di rilevanza giuridica un tributo obbligato va reso al pensiero di A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939; ID., *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941. L'Autore propone in particolare una visione fasica dell'operatività della norma, donde il fenomeno della causalità giuridica viene scandito temporalmente, rilevando dapprima il momento dell'attribuzione della giuridicità al fatto da parte della norma e solo successivamente la funzione di produzione dell'effetto. Critica tale impostazione F.G. COCCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979, pp. 35 ss., per il quale se la premessa unanimemente condivisa è che il processo di qualificazione giuridica intercorra tra due soli termini, non è di conseguenza possibile parlare di scansione temporale, né tantomeno in fasi, del processo di produzione dell'effetto giuridico. La verifica del fatto conforme alla descrizione normativa, e quindi rilevante giuridicamente in quanto qualificato, opera sulla norma che, non più condizionata, può a sua volta spiegare la sua funzione di regolazione di interessi. Non vi

Tali limiti, peraltro, risultano maggiormente evidenti, se non addirittura amplificati, quando il coordinamento è apprezzato nella prospettiva dell'esercizio della funzione e segnatamente quale regola dell'interazione dei diversi interessi che vengono in rilievo in ciascuna vicenda amministrativa.

Ciò avviene per una ragione che ritengo evidente: nella prospettiva in questione appare infatti difficile distinguere la regola del coordinamento da quelle più generali poste, a livello di diritto positivo, dalla disciplina della funzione amministrativa. In conseguenza di tale commistione, il coordinamento è destinato inevitabilmente a configurarsi quale regola senza precetto ovvero a mutuare il precetto dalla disciplina normativa della funzione, sia da quella del procedimento amministrativo³⁰, sia dalla disciplina che regola ogni fenomeno di connessione o presupposizione anche al di fuori della sede procedimentale³¹.

Insomma, quando attraverso il coordinamento si vogliono spiegare le fattispecie di interazione di interessi nel procedimento, ci si accorge che la regola di tale interazione non presenta alcun contenuto prescrittivo ovvero alcun contenuto prescrittivo differente rispetto a quello che è possibile trarre dalla disciplina normativa del procedimento.

Privo di forza vincolante autonoma, il concetto di coordinamento è destinato quindi a perdersi nello stesso concetto di funzione amministrativa. Ciò porta in definitiva ad affermare che la regola del coordinamento è dunque regola senza contenuto ovvero senza contenuto prescrittivo, descrittiva del fenomeno o al massimo rilevante in termini di metaregola che assume la valenza prescrittiva e dunque la forza vincolante degli istituti del procedimento amministrativo.

Alle medesime conclusioni si giunge peraltro quando il coordinamento si collochi nella dimensione dell'indirizzo politico amministrativo, considerando la figura quale connotato dell'attività direttiva. Anche in tale prospettiva deve infatti ritenersi che il coordinamento non mostri alcuna autonoma forza prescrittiva immediatamente vincolante ovvero – parimenti a quanto sopra evidenziato in merito al coordinamento degli interessi procedimentali – che tale forza sia tratta dalle regole proprie della disciplina della funzione e nel caso di specie precisamente dell'attività di indirizzo.

sono quindi due momenti diversi in cui la norma attribuisce valore giuridico prima al fatto e successivamente all'effetto, ma solo il verificarsi di una condizione che crea il presupposto per la produzione dell'effetto giuridico.

³⁰ Tale ultima opzione si avvera, ad esempio, quando si pensi alla conferenza di servizi in termini di fattispecie di coordinamento. In tal caso il coordinamento amministrativo assurge a *genus* (di fattispecie regolatrici delle diverse istanze procedimentali), del quale la conferenza di servizi costituisce una *species*, con la conseguenza che la regola resa dal coordinamento risulta esclusivamente quella imposta dalla disciplina procedimentale della conferenza.

³¹ Sul tema della connessione si rinvia, per tutti, a M. RAMAJOLI, *La connessione nel procedimento amministrativo*, Milano, 2002; sul rapporto di presupposizione sia consentito invece rinviare a S. DETTORI, *Il rapporto di presupposizione nel diritto amministrativo. Contributo allo studio della funzione complessa*, Napoli, 2006.

D'altra parte anche la dottrina che ha meglio teorizzato l'applicazione del coordinamento all'attività di indirizzo ha infine riconosciuto, come già evidenziato, che l'assunzione dell'indirizzo – e dunque per precipitato logico, anche del coordinamento che ne è componente consustanziale – è una decisione destinata a influire non sull'esecuzione, ma sulla deliberazione e che si pone di conseguenza come regola delle regole e dunque come metaregola.

Se così è, appare evidente come la regola espressa dal coordinamento attraverso l'attività direttiva si configuri come elemento qualificante di una regola sulla produzione normativa. Si tratta quindi di una regola che esplica i suoi effetti su una norma sulla produzione di altra norma. Di conseguenza, anche quando si volesse definire il coordinamento applicato all'attività di indirizzo politico amministrativo quale regola della funzione, tale regola non potrebbe esprimere alcun contenuto precettivo nei confronti della fattispecie finale che possa dirsi autonomo ed indipendente rispetto al contenuto determinato dall'atto di direzione³².

Insomma, in nessuna delle richiamate prospettive il coordinamento può dirsi integrare una regola autonoma e dunque in grado di per sé di determinare un effetto vincolante nei confronti dei destinatari. Né nella prospettiva che attribuisce al coordinamento portata di regola della funzione, posto che in tal caso la regola è data dalla stessa disciplina procedimentale dell'azione amministrativa, né nella prospettiva che colloca il coordinamento amministrativo nell'attività direttiva, ove la regola è data dalla stessa forza vincolante della direzione rispetto all'attività amministrativa che si colloca a valle della stessa.

A maggior ragione il coordinamento non è in grado di integrare alcuna regola autonoma quando si escluda che la figura possa integrare sia un potere – e dunque corrispondere all'esercizio di amministrazione attiva – sia un tipo di relazione organizzativa, ma corrisponda solo al risultato di relazioni sia di sovraordinazione sia di equiordinazione³³. In questa diversa prospettiva, il coordinamento viene dunque collocato nell'ambito dei meccanismi giuridici di natura organizzativa predisposti dall'ordinamento al fine dell'armonizzazione delle diverse attività attraverso il raccordo tra figure soggettive, ma, per essere un risultato e non un tipo di relazione organizzativa, viene osservato che esso può essere raggiunto anche a prescindere da tali relazioni³⁴.

6. La conferma dei suddetti limiti.

L'assenza del carattere prescrittivo della regola del coordinamento elaborata dalla dottrina può dimostrarsi anche quando si osservi il fenomeno nella prospettiva strutturale della teoria della fattispecie precettiva, secondo cui il

³² Sul punto G. MARONGIU, *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, cit., p. 287 ss.

³³ F.G. COCA, *Il coordinamento*, in L. MAZZAROLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, terza ed., Bologna, 2001, pp. 624-625.

³⁴ F.G. COCA, *Il coordinamento*, cit., p. 625.

provvedimento amministrativo, al pari della legge, della sentenza e dell'atto negoziale, integra una norma sulla produzione di altra norma³⁵. Questa attribuisce rilevanza giuridica al fatto, considerato nel suo insieme di elementi provenienti sia dalla realtà extragiuridica che da altra precedente attività giuridica, qualificandolo normativamente non appena si verifichi la condizione determinata dalla corrispondenza nella realtà extragiuridica di un insieme di elementi fattuali con quanto contenuto nella descrizione normativa. Nel momento in cui si avrà tale corrispondenza, la norma diverrà in concreto operativa, applicando al fatto divenuto rilevante lo schema di regolazione di interessi previsto nella fattispecie precettiva³⁶.

Quando dunque si voglia applicare lo schema descritto all'attività amministrativa ove venga in rilievo una fattispecie di coordinamento si avrà che quest'ultima, rispetto alla fattispecie precettiva determinata dalla decisione provvedimento, integrerà necessariamente un elemento (fattuale) della realtà extragiuridica, il quale, se ritenuto rilevante dalla norma, in esito al descritto processo di produzione giuridica avrà ingresso nella fattispecie principale. Ebbene, se pure è vero che con tale ingresso il coordinamento diviene elemento costitutivo della fattispecie precettiva, contribuendo a determinare le condizioni per la produzione dell'effetto, è altrettanto vero che tale effetto è immediatamente ascrivibile alla fattispecie principale e certamente non al coordinamento.

Quanto appena osservato anche in questo caso vale sia con riguardo alla prospettiva che applica il coordinamento alle fattispecie procedimentali, sia a quella che invece colloca il fenomeno nella dinamica del rapporto tra indirizzo politico ed attività amministrativa di gestione. Nel primo caso, la fattispecie principale, a cui è collegato l'effetto precettivo, sarà determinata infatti dal provvedimento, mentre nel secondo caso sarà determinata dall'atto di indirizzo o di direzione; in entrambi i casi il coordinamento integrerà quindi esclusivamente un elemento della realtà extragiuridica, che assumerà rilevanza giuridica in ragione della qualificazione normativa, e che in tal senso contribuirà alla definizione della fattispecie precettiva, alla quale però sarà unicamente ascrivibile la produzione dell'effetto giuridico vincolante.

7. La necessità di un mutamento di prospettiva.

Il coordinamento amministrativo potrebbe però essere osservato in una prospettiva differente rispetto a quelle finora sondate, nella quale il concetto sia valorizzato in una dimensione applicativa in grado di acquistare una propria autonomia ed incidere nella produzione degli effetti della decisione amministrativa.

³⁵ Si fa ovviamente riferimento alla ricostruzione di F.G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979.

³⁶ Secondo la prospettiva in esame la norma svolge quindi una funzione di selezione degli interessi rilevanti per il diritto e consente la produzione dell'effetto giuridico solo quando si verifichi la suddetta corrispondenza tra gli elementi selezionati nella stessa e l'evento fattuale extragiuridico. In tal senso sempre F.G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, cit.

va.

Si tratta di una prospettiva che, per quanto sia caratterizzata da elementi di assoluta discontinuità con il passato, presenta comunque taluni significativi profili di contatto – ivi comprese talune invarianti – rispetto alle tradizionali ricostruzioni del coordinamento amministrativo offerte in dottrina.

In particolare, resta ferma la pretesa di spiegare il fenomeno nella dimensione dell'esercizio della funzione amministrativa, così come resta fermo l'oggetto del coordinamento, integrato dalle fattispecie di interazione tra eterogenee istanze dell'ordinamento.

Pur rimanendo quindi nella dimensione dell'agire amministrativo, il tentativo è quello di sganciare il coordinamento dalle regole della funzione, per verificarne invece la possibilità di un fondamento differente e dunque autonomo rispetto alle dinamiche relazionali del procedimento ed alla relativa normativa di riferimento.

Intrapresa la nuova via, sarà quindi necessario valutare: (i) se il coordinamento possa esprimere una regola ulteriore ed autonoma rispetto alla disciplina del procedimento amministrativo e quale sia il fondamento di tale regola; (ii) in caso di esito positivo di tale accertamento, quale sia il contenuto di tale regola e se tale contenuto possa esprimere un precetto vincolante per i destinatari della stessa; (iii) in ultimo, quali conseguenze la violazione di detta regola possa determinare, sia in termini di validità della decisione amministrativa, sia, eventualmente, in termini di responsabilità in capo alla pubblica amministrazione che agisce.

8. Il presupposto di tale mutamento: la centralità del dovere d'ufficio.

La risposta al primo dei quesiti sopra posti necessita di un'indagine preliminare: la possibilità che il coordinamento esprima una regola autonoma rispetto a quelle poste dalla normativa sul procedimento amministrativo passa infatti attraverso il preliminare accertamento di un fondamento (e di conseguenza di una disciplina) del comportamento amministrativo sottratto ed autonomo rispetto alle regole del procedimento³⁷. L'esito positivo di tale accerta-

³⁷ Il riconoscimento di uno statuto autonomo del comportamento amministrativo rispetto alle regole del procedimento necessita peraltro della previa convinta affermazione dell'autonomia dell'attività amministrativa rispetto al provvedimento. Sul punto, F.G. COCA, *Attività amministrativa*, in Enc. dir., Agg. I, Milano, 2000, p. 85, ove è osservato: «In definitiva si può affermare, da un lato, che è in crescita la rilevanza giuridica dell'attività amministrativa come tale, al quale da nozione meramente ricognitiva evolve in nozione giuridica (ponendosi come fattispecie accanto all'atto e al provvedimento); dall'altro che l'attività amministrativa, rimanendo tale, sostanzia numerose diverse fattispecie giuridiche».

In una prospettiva di valorizzazione del comportamento amministrativo si colloca la puntuale riflessione di E. ZAMPETTI, *Contributo allo studio del comportamento amministrativo*, Torino, 2012, specialmente p. 222 ss. L'A., mostrata come la categoria del comportamento elaborata in sede di teoria generale sia «la più idonea a ricomprendere un fenomeno amministrativo caratterizzato da un'azione complessa, procedimentalizzata, irriducibile al solo momento provvedimentale, oggettivamente funzionalizzata in vista della sintesi razionale tra l'astratto interesse pubblico e i concreti bisogni della collettività o comunque del soddisfacimento dell'interesse generale» (pp. 224-225). In tale prospettiva, viene ricono-

mento implica peraltro a sua volta il superamento di quello che è divenuto un vero e proprio dogma in tema di disciplina della funzione amministrativa, ossia la corrispondenza biunivoca concettuale tra comportamento amministrativo ed agire amministrativo procedimentalizzato e di conseguenza tra le relative regole³⁸. Tale corrispondenza impedisce infatti di riconoscere la possibilità di una disciplina del comportamento amministrativo diversa ed ulteriore rispetto a quella posta con la normativa sul procedimento amministrativo e dunque, per quel che concerne la questione su cui si indaga, di riconoscere la possibilità di un fondamento del coordinamento amministrativo autonomo rispetto alla suddetta normativa.

Ebbene, ho già avuto modo di osservare come il dogma in questione possa essere superato quando nell'approccio alla dinamica dell'agire amministrativo alla tradizionale prospettiva del potere si preferisca quella del dovere amministrativo ed in particolare del dovere d'ufficio, ossia del comportamento a cui il funzionario pubblico è tenuto in ragione dell'ufficio pubblico che ricopre³⁹.

Si è peraltro consapevoli che quello che si va proponendo è un cambio di paradigma radicale: non si tratta infatti di anteporre il dovere al potere nel diagramma di flusso che spiega l'agire amministrativo – operazione di per sé già

sciuto che «il complessivo comportamento tenuto dall'amministrazione nell'esercizio del potere sia oggetto di un fenomeno di pluriqualeficazione che individua all'interno dell'azione amministrativa due distinti nuclei comportamentali. Un primo nucleo si riflette direttamente nella decisione finale e assume rilevanza nella valutazione di legittimità del provvedimento; un secondo nucleo rimane estraneo e non si traduce nel provvedimento assumendo piuttosto rilevanza nella valutazione di liceità» (pp. 226-227). L'A. osserva quindi che «Anche ove ampiamente intesa, la nozione di comportamento può tuttavia mantenere una propria utilità ed autonomia dall'affine nozione di attività. Anzitutto, perché riesce meglio ad identificare quei fatti ommissivi che più difficilmente sarebbero inquadrabili nel concetto di attività, generalmente impiegato per qualificare gli atti ma non anche quei comportamenti che atti non sono. In secondo luogo, perché, diversamente dalla nozione di attività, la nozione di comportamento sembra più idonea a qualificare quei tratti di azione amministrativa che assumono rilevanza anche isolatamente e non necessariamente in via unitaria insieme con altri atti» (p. 229).

³⁸ Sul punto si consenta il rinvio a S. DETTORI, *Esercizio legittimo del potere di revoca e doveri di comportamento della pubblica amministrazione*, in *Diritto Amministrativo*, 2017, 4, 861 ss., ove osservavo come la richiamata corrispondenza biunivoca concettuale tra comportamento amministrativo ed agire amministrativo procedimentalizzato abbia reso assai difficoltoso teorizzare la possibilità di una violazione di regole e principi comportamentali diversi da quelli posti dalla legge sul procedimento.

³⁹ Ciò è possibile attraverso la radicalizzazione e lo sviluppo delle acquisizioni di quella dottrina che, mediante la valorizzazione della distinzione tra l'agire procedimentale in senso stretto e l'agire per la formalizzazione provvedimentale, ha riconosciuto una dimensione di autonomia delle norme procedimentali rispetto alla loro necessaria funzionalizzazione alla decisione amministrativa. Anche la dottrina più progressista che ha immaginato che la violazione di regole comportamentali potesse determinare un effetto autonomo e dunque non necessariamente apprezzabile in termini di validità del provvedimento, non si è infatti mai discostata dalle norme per l'esercizio della funzione di cui alla legge sul procedimento amministrativo. Lo sforzo compiuto in tal senso dalla dottrina è quindi stato infatti importante, ma non sufficiente al riconoscimento in capo al comportamento amministrativo di una base normativa alternativa alla disciplina normativa del procedimento. Così osservavo in S. DETTORI, *Esercizio legittimo del potere di revoca e doveri di comportamento della pubblica amministrazione, cit.*, pp. 882 ss.

complessa e non unanimemente accettata – ma di andare ancora oltre, riconoscendo che la doverosità dell'agire amministrativo non può esaurirsi nell'esigenza di adozione della decisione provvedimento, così come rappresentata a livello di diritto positivo dall'art. 2 della legge sul procedimento amministrativo, né tantomeno, in via ancora più generale, nel ricorso doveroso all'esercizio del potere per la realizzazione dell'interesse pubblico⁴⁰.

Vi è infatti una doverosità che anticipa l'agire amministrativo e ne costituisce il presupposto: essa è data dal dovere d'ufficio, espressione della forza dinamica che scaturisce dall'ufficio pubblico in quanto soggettività attributaria di competenze il cui esercizio è imposto al funzionario che agisce per l'amministrazione.

La questione non è di poco momento: ai fini della prospettiva che si vuole sondare risulta infatti necessario riconoscere l'autonomia del dovere d'ufficio rispetto al più generale concetto di doverosità dell'azione amministrativa e quindi scongiurare la possibilità di considerare il primo quale *species* della seconda⁴¹.

A ben vedere però, quelli di cui si va dicendo sono due concetti assolutamente distinti, seppure complementari e dal contenuto per certi aspetti coincidente. Ciò è quanto peraltro riconosciuto nella magistrale riflessione di Franco Ledda, che collocando il dovere d'ufficio nel momento *dell'agire per l'esercizio del potere* e non nella fase successiva dell'esercizio del potere, ne afferma chiaramente l'autonoma rilevanza giuridica⁴², con la conseguente distinzione tra il dovere «*generico e fondamentale, avente a contenuto il perseguimento degli scopi assegnati alla amministrazione pubblica*» ed i «*doveri giuridici specifici*» relativi al «*concreto oggetto*

⁴⁰ La questione del rapporto tra potere e dovere è probabilmente tra le più rilevanti e discusse nell'ambito del diritto pubblico ed in questa sede non può essere affrontata neppure per cenni. Appare però evidente che la prospettiva che si va delineando nel testo presuppone un approccio alla dinamica dell'agire dei pubblici poteri che pone al centro il dovere, di cui il potere costituisce un mero strumento utilizzabile dall'amministrazione (solo) in presenza dell'eventuale ostacolo alla realizzazione (doverosa) del fine pubblico sorto per la salvaguardia di uno specifico interesse privato. Tale costruzione è ottimamente resa nella riflessione di M. MONTEDURO, *Il provvedimento amministrativo: natura e caratteri*, in G. Carloti – A. Clini (a cura di), *Diritto amministrativo*, Tomo primo – Parte sostanziale, Santarcangelo di Romagna (RN), 2014, p. 105 ss., il quale propone ed argomenta una “dorsale” giuridica rappresentata dalla sequenza che lega interesse pubblico/dovere/potere/procedimento/provvedimento. Sul tema della doverosità amministrativa, si rinvia, per tutti, ai contributi di F. GOGGIAMANI, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino, 2005; A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e pubblica amministrazione*, Milano, 2005; A. COLAVECCHIO, *L'obbligo di provvedere tempestivamente*, Torino, 2013; S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, 2016.

⁴¹ Tale ultima opzione risulta peraltro senza dubbio utile per spiegare il rovesciamento del paradigma potere-dovere a favore di quello dovere-potere: inteso in tal senso il dovere d'ufficio rafforza infatti l'idea che il momento doveroso anticipi quello dell'esercizio del potere e che dunque il primo costituisca il presupposto del secondo.

⁴² F. LEDDA, *Il rifiuto del provvedimento amministrativo*, Torino, 1964, 86, ove nell'ambito della distinzione tra l'esercizio del potere giuridico e l'agire per l'esercizio del potere, l'insigne Maestro affermava che il contenuto del dovere d'ufficio non si identifica con il primo, ma ricomprende l'azione precedente, «*che assume giuridico rilievo anche quando il potere non venga realizzato*» e che «*ha però una funzione propulsiva, se così può dirsi, rispetto all'atto di esercizio*».

dell'ufficio»⁴³.

È dunque nella (ed in relazione alla) nozione di ufficio che il dovere del funzionario pubblico acquista una propria dimensione di autonomia rispetto all'agire doveroso funzionale alla soddisfazione dell'interesse pubblico attraverso l'adozione della decisione amministrativa. Nel dovere d'ufficio si compie infatti la massima sintesi tra la dimensione oggettiva e quella soggettiva dell'agire amministrativo. Con la prima ci si riferisce alla radicalizzazione nell'ambito dell'organizzazione amministrativa della figura dell'ufficio-organo, resa possibile con il passaggio dalla teorica della rappresentanza a quella dell'imputazione organica e successivamente con la valorizzazione del lavoro professionale⁴⁴. Con la seconda si fa invece riferimento a quella dimensione dell'agire del funzionario pubblico in cui questi esprime la propria professionalità a beneficio della collettività degli amministrati. In questo senso il dovere d'ufficio è certamente modalità di esercizio della funzione, ma la sua disciplina non è data dalla regola di tale esercizio (e dunque dalla regola procedimentale), ma da una differente regola che ha quale oggetto il comportamento professionale del funzionario pubblico⁴⁵.

9. Comportamento doveroso e competenze.

L'autonomia del dovere d'ufficio rispetto al concetto di doverosità dell'azione amministrativa apre dunque le porte al conseguente riconoscimento di un fondamento autonomo del comportamento amministrativo che del primo sia esplicazione. È infatti evidente che il funzionario pubblico agirà in adempimento al proprio dovere a prescindere dalle regole (variabili e contingenti) dell'agire amministrativo che l'ordinamento pone per garantire la realizzazione (doverosa) dell'interesse pubblico.

Tanto mostrato, si tratta a questo punto di verificare in concreto se l'attività di coordinamento possa dirsi ricompresa nell'ambito del comportamento amministrativo a cui il funzionario pubblico è tenuto in adempimento del proprio dovere d'ufficio. L'esito positivo di tale verifica consentirà infatti di ricondurre altresì al dovere d'ufficio la sussistenza di un fondamento autonomo del coordinamento amministrativo e dunque la possibilità che il fenomeno possa trovare contenuto e disciplina al di fuori delle regole del procedimento amministrativo.

⁴³ F. LEDDA, *op. cit.*, p. 87, ove si osserva che «il dovere cui si riferisce tale insegnamento è quello, generico e fondamentale, avente a contenuto il perseguimento degli scopi assegnati alla amministrazione pubblica: mentre se si ha riguardo a una realtà determinata, cioè ad un concreto oggetto dell'ufficio, l'esercizio del potere (mero strumento di realizzazione degli scopi anzidetti) è a propria volta assicurato dalla legge mediante la imposizione di doveri giuridici specifici».

⁴⁴ G. MARONGIU, *L'ufficio come professione. Saggio sul rapporto di impiego con lo Stato*, in Id., *La democrazia come problema, I. Diritto, amministrazione ed economia*, Tomo 2, Bologna, 1994, p. 117.

⁴⁵ Così già in S. DETTORI, *Esercizio legittimo del potere di revoca e doveri di comportamento della pubblica amministrazione*, cit., p. 897, ove peraltro richiamavo la prospettiva in tal senso sondata da G. MARONGIU, *Funzionari e ufficio nell'organizzazione amministrativa dello Stato*, ora in Id., *La democrazia come problema, I. Diritto, amministrazione ed economia*, Tomo 2, Bologna, 1994, p. 276.

Ebbene, ritengo che tale esito positivo sia possibile quando nell'ambito della riflessione che si sta svolgendo sull'ufficio e sul connesso dovere del funzionario pubblico, il primo sia considerato nella prospettiva dinamica in cui i ruoli attribuiti alle singole articolazioni dell'amministrazione entrano inevitabilmente in contatto.

Il passaggio di *status* dell'ufficio da una condizione statica a quella dinamica si spiega peraltro efficacemente attraverso il ricorso al concetto di competenza, elemento di congiunzione tra l'organizzazione e l'esercizio della funzione, in grado di proiettare l'ufficio nella prospettiva dell'agire amministrativo. Ciò a condizione però che la competenza venga apprezzata in una dimensione qualitativa, quale rappresentazione del contenuto dell'agire amministrativo ovvero, meglio, della direzione in cui quest'ultimo deve essere orientato al fine della realizzazione dell'interesse che ciascun soggetto pubblico ha in cura⁴⁶.

In tale prospettiva l'ufficio gioca peraltro un ruolo fondamentale, posto che la rappresentata dimensione qualitativa della competenza «emerge, innanzi tutto in termini di idoneità dell'ufficio a costituirsi come punto di riferimento organizzativo di determinati interessi sotto diversi profili»⁴⁷.

Attraverso la competenza l'organizzazione si salda dunque strettamente con l'azione, che si esprime necessariamente quale azione doverosa dell'ufficio. L'ufficio agisce quindi in ragione della propria competenza, che non è però solo misura di distribuzione del potere, ma modalità di esercizio della funzione, espressione di «una relazione qualitativa fra l'attribuzione di un certo compito ad una certa frazione dell'organizzazione e il modo in cui l'interesse alla base della funzione sarà perseguito»⁴⁸. La competenza dunque, nella dimensione dell'ufficio, non può che corrispondere alla porzione di attività amministrativa che quest'ultimo deve doverosamente esercitare al fine della soddisfazione del fine pubblico.

Per un verso quindi l'ufficio consente alla competenza di innalzarsi dalla

⁴⁶ Mi riferisco alla prospettiva assunta nella riflessione di A. PIOGGIA, *La competenza amministrativa. L'organizzazione tra specialità pubblicistica e diritto privato*, Torino, 2001, in particolare pp. 157 ss., ove nella competenza si riconosce un «concetto che travalica la dimensione quantitativa dell'ambito degli atti imputabili, per divenire progressivamente valore qualitativo concernente l'organizzazione degli interessi?». Ciò è possibile con il riconoscimento della specialità dell'organizzazione amministrativa ragione della qualità e della natura degli interessi affidati alla cura dei pubblici poteri. L'evoluzione della riflessione in questa direzione, osserva l'A. nel contributo in esame, ha condotto quindi a considerare la competenza «come compito di ponderazione fra l'interesse perseguito in via primaria e gli altri interessi tutelati dall'ordinamento, acquistando la dimensione dinamica di una forza propulsiva dell'azione amministrativa» (p. 178). Secondo l'A., dunque, la competenza deve considerarsi «non più soltanto come limite relativo alla dimensione del potere che ciascun ufficio può esprimere nell'azione esterna, ma principalmente come indicazione della direzione che quel potere deve seguire nel suo esercizio» (p. 185).

⁴⁷ A. PIOGGIA, *La competenza amministrativa. L'organizzazione tra specialità pubblicistica e diritto privato*, cit., 192. Nel medesimo senso l'A. osservava come «attribuire e distribuire competenze non è solo un modo di collegare alla capacità giuridica statale la capacità di agire dei suoi organi, ma rappresenta il momento in cui l'astratto interesse diviene compito di un ufficio e, quindi, concreta doverosità nell'esercizio di una funzione ad esso attribuita» (pp. 180-181).

⁴⁸ A. PIOGGIA, *La competenza amministrativa. L'organizzazione tra specialità pubblicistica e diritto privato*, cit., 205.

staticità della definizione tradizionale di unità minima del potere spettante a ciascuna articolazione amministrativa ad una differente dimensione dinamica, nella quale determina l'indirizzo dell'attività dei pubblici uffici. Per altro verso, la competenza – come sopra intesa – consente all'ufficio di mettere in relazione le attribuzioni doverose del ruolo assegnato con l'interesse che nel concreto dovrà essere soddisfatto. Insomma, la competenza orienta la doverosità dell'attività dell'ufficio ed allo stesso tempo l'ufficio, attraverso il comportamento doveroso del funzionario, consente alla competenza di essere apprezzata nella dimensione dinamica dell'agire amministrativo necessaria per la realizzazione dell'interesse pubblico.

10. Comportamento doveroso e coordinamento.

Lo stretto collegamento che nella prospettiva appena ricordata si è dato tra dovere d'ufficio e competenza determinerà dunque, quale immediata conseguenza, che ciascun ufficio dell'amministrazione sarà ragionevolmente portato ad agire (doverosamente) per conformarsi all'indirizzo dato dalla propria competenza.

Il rischio determinato da tale atteggiamento è peraltro palese nel momento in cui la realizzazione del fine pubblico preveda l'interazione tra più uffici: in tal caso, infatti, la tensione di ciascun ufficio alla massimizzazione della propria competenza potrebbe condurre ad un risultato non ottimale in termini di soddisfazione dell'interesse finale. Da ciò l'esigenza che il comportamento amministrativo che costituisce espressione del dovere d'ufficio contenga necessariamente in sé la regola dell'interazione tra (le competenze de)i singoli uffici.

Ebbene, tale regola è dettata dal coordinamento amministrativo: essa, nella prospettiva che si va sondando, si configura dunque quale regola tecnica che dispone come la competenza debba essere esercitata nel caso concreto quando l'agire amministrativo si collochi in un contesto di interazione.

Si tratta dunque di una regola che impone all'ufficio di considerare il proprio agire – e dunque la propria competenza – in termini di frammento del fine ultimo che dovrà essere soddisfatto con l'intervento del pubblico potere e che intercetta altri frammenti del medesimo fine e dunque altre competenze.

In tale dimensione il coordinamento rileva dunque certamente quale strumento posto a garanzia della corretta interazione tra i diversi soggetti coinvolti nell'operazione amministrativa: ma, attenzione, esso non detta la regola del confronto procedimentale, ossia del *modus operandi* a cui l'amministrazione si deve conformare affinché tutti gli interessi acquisiti nel procedimento abbiano il loro spazio di considerazione nell'ottica dell'adozione della migliore decisione finale. Tale regola è infatti posta dalla disciplina normativa del procedimento.

Il coordinamento, in quanto espressione del dovere d'ufficio, detta invece la regola del comportamento amministrativo volta innanzitutto ad imporre a ciascun ufficio di agire tenendo conto delle competenze degli altri, evitando così i rischi della massimizzazione delle singole competenze rilevanti in ogni vicenda amministrativa. Si badi bene, non si tratta di una regola che prescrive dei

limiti all'esercizio delle competenze, indicando il confine che ciascun ufficio non può superare pena l'invasione nella competenza dell'altro. Il coordinamento costituisce infatti un'attribuzione, un carattere del comportamento amministrativo del funzionario pubblico che lo orienta alla migliore interazione in fattispecie amministrative complesse. Ed in quanto stretta derivazione del dovere d'ufficio tale attribuzione avrà carattere necessitato ed appunto doveroso.

11. La regola del coordinamento.

A questo punto si può tentare di indicare il contenuto della regola espressa dal coordinamento amministrativo.

A tal fine, va in sintesi ricordato che: (i) in quanto regola che trova fondamento nel dovere d'ufficio, essa non potrà che avere ad oggetto il comportamento dei funzionari pubblici; (ii) in quanto regola del coordinamento, essa interesserà fattispecie caratterizzate dalla interazione tra soggetti amministrativi; (iii) sarà in ogni caso una regola differente rispetto a quelle dettate dalla normativa sul procedimento amministrativo.

Tanto considerato, la questione verte in buona sostanza sulle caratteristiche del comportamento a cui il funzionario pubblico dovrà conformarsi affinché la regola in questione possa dirsi rispettata. Ebbene, nella prospettiva che si va proponendo tale regola non potrà che prescrivere innanzitutto un dovere in capo al funzionario pubblico di acquisizione dello scenario di contesto in cui si inserisce l'agire di ciascuna articolazione amministrativa che operi in un sistema di interazione⁴⁹. A ciò seguirà un ulteriore dovere di condivisione delle acquisite informazioni di contesto con gli altri uffici operanti nella medesima vicenda amministrativa. Da ultimo, ciascun ufficio sarà tenuto alla rielaborazione di tali informazioni in senso utile a garantire la massimizzazione delle proprie competenze in una dimensione di interazione e dunque di reciprocità.

Si tratta dunque certamente di un comportamento che impatta fortemente sulla razionalità amministrativa e sulle modalità in cui la stessa è spesa dal funzionario pubblico preposto all'ufficio. Questi sarà infatti tenuto ad operare tenendo conto di tutte le variabili relazionali che possano risultare in qualche modo rilevanti nel caso di specie, garantendo un costante e completo flusso di informazioni tra articolazioni amministrative e dunque modellando il proprio agire su quello degli altri soggetti coinvolti nell'interazione.

In tal senso, il coordinamento amministrativo rileva nella dimensione dinamica del dovere d'ufficio e dell'esercizio delle competenze. Peraltro, da quanto detto appare evidente come l'agire del funzionario che corrisponda alla regola del coordinamento non sia completamente definibile a priori negli adempimenti che di volta in volta dovranno essere doverosamente compiuti, dipendendo in parte dal comportamento degli altri attori del sistema. Di conse-

⁴⁹ La definizione da parte del funzionario pubblico dello scenario di contesto in cui si colloca il proprio agire impone, tra l'altro, lo svolgimento di un processo conoscitivo in cui si prefigurino gli effetti della decisione che si andrà ad assumere. Sul tema specifico, R. LA BARBERA, *La previsione degli effetti. Rilevanza giuridica del progetto di provvedimento*, Torino, 2001.

guenza, il coordinamento assume natura e portata di regola dell'agire ed allo stesso tempo di regola della regola (metaregola ovvero, meglio, regola di produzione di altra regola) che potrà essere diversamente declinata nell'ambito della discrezionalità esercitata dal funzionario pubblico. Ciò potrà peraltro avvenire sia nella fase dell'agire amministrativo funzionale all'adozione della decisione finale, sia nella fase di attuazione di tale decisione. L'esercizio del dovere d'ufficio, e di conseguenza il comportamento del funzionario che assicura il coordinamento delle competenze, si esplica infatti evidentemente in tutta la vicenda amministrativa ed anzi nella fase di attuazione della stessa gioca un ruolo particolarmente rilevante.

12. Coordinamento ed attuazione delle decisioni amministrative.

I processi di attuazione della decisione amministrativa costituiscono un importante banco di prova per saggiare la tenuta della prospettiva che si è proposta. Lo sviluppo della riflessione in tale direzione implica però talune (breve) precisazioni preliminari, ma soprattutto la necessità di prendere posizione sul concetto di attuazione della decisione e dunque sul perimetro e sul contenuto di tale momento dell'agire amministrativo.

L'idea stessa di processi di attuazione comporta innanzitutto che una decisione sia stata assunta e che questa sia produttiva di effetti. Tali effetti però non corrispondono alla fissazione dell'assetto definitivo degli interessi di volta in volta in rilievo in ciascuna vicenda amministrativa. Ciò significa che la determinazione del risultato amministrativo passa attraverso un'ulteriore attività, non necessariamente affidata agli stessi soggetti che hanno assunto la decisione, ma anzi spesso ad (una pluralità di) operatori chiamati ad agire per la realizzazione materiale del fine peraltro già definito in sede di decisione.

Utilizzando un noto paradigma, può dunque affermarsi che quelle di cui si va dicendo non sono decisioni sui mezzi, ma decisioni sui fini, ossia decisioni che, in un'ottica sistemica, costituiscono la prima rilevante specificazione delle finalità astrattamente previste nelle norme di riferimento e talvolta parcellizzate in ragione del pluralismo amministrativo⁵⁰. Attraverso tali decisioni si ha dunque certamente la definizione dell'interesse concreto, da un punto di vista della determinazione del valore prevalente a cui l'azione amministrativa deve conformarsi, ma la realizzazione ultima dell'effetto, che porta alla modifica della realtà materiale, passa attraverso un'ulteriore attività, sempre di competenza di soggetti pubblici.

Ebbene, l'attuazione della decisione amministrativa è integrata da tale at-

⁵⁰ Su tale distinzione è d'obbligo il rinvio a H.A. SIMON, *Administrative behaviour*, New York, 1947, (trad. it. *Il comportamento amministrativo*, Bologna, 1967). Peraltro, anche G. MARONGIU, *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, cit., p. 286, nella costruzione dell'attività direttiva, si riferiva al "coordinamento di meccanismi relazionali di mezzi allo scopo": in tale prospettiva però la determinazione dell'indirizzo influiva non sull'esecuzione, ma sulla stessa deliberazione che l'amministrazione avrebbe adottato.

tività, che può definirsi dunque di tipo “gestionale ed operativo”⁵¹. Essa rimane peraltro tradizionalmente fuori dai modelli normativi che spiegano l'esercizio della funzione⁵², nonostante nella stessa spesso si riscontri la maggiore esigenza di raccordo tra i molteplici soggetti che sono chiamati ad operare per la realizzazione del risultato amministrativo.

L'attuazione della decisione presenta infatti una serie di incertezze determinate dalla varietà ed eterogeneità delle operazioni che in tale fase dell'agire amministrativo sono compiute⁵³, nonché dalla connessa discrezionalità che l'amministrazione è chiamata ad esercitare⁵⁴.

Ebbene, l'attività di coordinamento è dunque innanzitutto volta ad indirizzare e dirigere tale discrezionalità e, di conseguenza, a ridurre le suddette incertezze.

Ciò sarà possibile, in primo luogo, attraverso la circolazione delle informazioni disponibili e dunque attraverso l'eliminazione delle asimmetrie informative che possano sorgere tra le diverse articolazioni amministrative coinvolte nell'esecuzione della decisione. Il che significa che sarà onere di ciascun soggetto coinvolto nell'attività di esecuzione, per un verso fornire il proprio contribu-

⁵¹ Afferma l'esigenza di un coordinamento che riguardi gli aspetti gestionali ed operativi dell'agire amministrativo G. PASTORI, *Coordinamento e governo di una società complessa*, in G. AMATO, G. MARONGIU, *L'amministrazione della società complessa. In ricordo di Vittorio Babelet*, cit., 131. Pastori si chiedeva in particolare come si potesse fare fronte al rischio di aumento della burocratizzazione della società a causa della progressiva democratizzazione della stessa. A tale domanda rispondeva rappresentando la necessità di «realizzare non grandi organizzazioni ed apparati pubblici dipendenti dal potere politico, ma organizzazioni il più possibile obiettivate, che sono sì pensate unitariamente in relazione agli scopi cui servono, ma che sono costituite (come già, ad esempio, la legge istitutiva del servizio sanitario nazionale) da più soggetti, sia pubblici che privati, dagli stessi cittadini sia individualmente che nelle formazioni sociali. Il che significa realizzare in termini di coordinamento quelli che altrimenti sarebbero organismi ed apparati unitariamente strutturati. Si tratta di un coordinamento non più sul piano del governo e dei processi decisionali più elevati, bensì di un coordinamento con riguardo agli aspetti gestionali ed operativi».

⁵² Così A. LIPPI – M. MORISI, *Scienza dell'amministrazione*, Bologna, 2005, 107, secondo cui: «Nel senso comune, il processo di attuazione viene usualmente considerato come una fase scontata e automatica del processo amministrativo. Ciò accade perché la maggior parte dell'interesse viene, invece, prestata al processo decisionale reputato il baricentro della funzione amministrativa».

⁵³ A. LIPPI – M. MORISI, *Scienza dell'amministrazione*, cit., 108, ove si osserva: «Contrariamente a ciò che si pensa di solito, invece, i processi di attuazione sono la fase della funzione amministrativa più ambigua e incerta» per una serie di motivi: (i) «poiché l'attuazione è il momento in cui si esercitano genericamente i mezzi stabiliti in precedenza per raggiungere i fini»; (ii) perché «nel corso dell'attuazione si possono presentare eventi imprevisi che mettono a dura prova il progetto adottato»; (iii) perché «l'attuazione è comunque un fatto incerto e ambiguo poiché contraddistinto da una cifra di operazioni, da volumi di attività, da quantità di risorse, tecnologie, persone estremamente più numerosi che nel processo decisionale». Viene dunque osservato che: «Si potrebbe addirittura dire che l'incertezza che la decisione cerca di ridurre attraverso la scelta e l'eliminazione delle alternative, viene nuovamente incrementata quando le decisioni devono essere tradotte in risultati».

⁵⁴ È oramai generalmente condiviso che anche in fase di attuazione della decisione vi siano in capo all'operatore più o meno ampi margini di discrezionalità, che impongono un'attività di «controllo del processo di attuazione». Così, ancora, A. LIPPI – M. MORISI, *Scienza dell'amministrazione*, cit., 108-109, ove si parla di «un metaforico dilemma sull'attuazione che consiste in ciò che definiamo modalità di controllo del processo di attuazione. Ciò significa decretare la misura mediante la quale i comportamenti dei membri dell'organizzazione devono fare seguito alle decisioni assunte secondo delle disposizioni precise e quanto, invece, sono lasciati alla discrezione degli operatori».

to informativo circa le modalità ed i termini di svolgimento dell'attività esecutiva di propria spettanza e, per altro verso, quello di acquisire le corrispondenti informazioni dagli altri soggetti con cui si deve relazionare.

Con riguardo poi al comportamento del funzionario pubblico consistente, come detto, nell'orientare la discrezionalità che si spende nell'esecuzione della decisione, vengono in rilievo i tipi di coordinamento e controllo dei processi di attuazione indicati nella riflessione dottrinale della scienza dell'amministrazione. Si tratta di meccanismi di coordinamento distinti a seconda del livello di discrezionalità dell'agire amministrativo⁵⁵: in particolare, quando l'esecuzione della decisione presenti più ampi margini di discrezionalità, il coordinamento sarà integrato da un processo che è stato definito di "adattamento reciproco" e che consiste in una vera e propria contrattazione tra le diverse articolazioni dell'amministrazione coinvolte nell'operazione⁵⁶.

Ebbene, le regole del coordinamento poste a disciplina del comportamento tenuto dal funzionario pubblico al fine di garantire tale contrattazione certamente non corrispondono, né possono essere evidentemente assimilate, a quelle poste a disciplina dell'agire amministrativo nel procedimento. E ciò sia in considerazione del diverso ambito di applicazione delle suddette regole (da una parte l'agire per l'adozione della decisione e dall'altra per l'esecuzione della stessa), sia, e soprattutto, per quanto finora mostrato, in termini di fondamento e contenuto delle stesse.

13. Il dovere di coordinamento rafforzato.

La prospettiva che si è cercato di proporre colloca dunque il coordinamento amministrativo nell'ambito del dovere d'ufficio e delle regole comportamentali che di questo sono diretta espressione. Ogni qualvolta dunque il funzionario preposto all'ufficio dovrà agire in un contesto di interazione con altre soggettività chiamate a contribuire alla realizzazione dell'interesse pubblico, dovrà necessariamente operare secondo la regola del coordinamento. Insomma il coordinamento amministrativo è fattispecie implicita nell'agire doveroso dell'ufficio pubblico.

⁵⁵ A. LIPPI, M. MORISI, *Scienza dell'amministrazione*, cit., 109 ss., richiamano a tal proposito la tipologia di meccanismi di coordinamento e controllo di H. MINTZBERG, *La progettazione dell'organizzazione aziendale*, Bologna 1996, ove, con grado di discrezionalità decrescente, distingue tra: (i) l'adattamento reciproco; (ii) la supervisione diretta; (iii) la standardizzazione ex ante. Ebbene, a ciascuno di tali tipi corrisponde il riconoscimento di regole di interazione tra soggetti a cui spetta operare per l'attuazione di decisioni amministrative che implicano l'esercizio di discrezionalità. Nel primo caso si tratta di regole "informali e mutevoli" oggetto di continua contrattazione tra i decisori; nel secondo "l'attuazione viene compiuta seguendo le indicazioni di un supervisore", il quale ne definisce, potendo assumere "nuove decisioni mentre la produzione è in corso"; nel terzo la discrezionalità è ridotta al minimo in ragione di "premesse comportamentali che esauriscono l'universo delle incertezze".

⁵⁶ Osservano A. LIPPI, M. MORISI, *Scienza dell'amministrazione*, cit., 109, che l'adattamento reciproco «è la modalità di coordinamento e controllo mediante la quale due o più membri di un'organizzazione attuano le decisioni assunte attraverso una mutua solidarietà sancita per mezzo di una contrattazione pressoché continua su metodi, risorse, tecnologie e quant'altro può servire a raggiungere lo scopo».

Tanto detto, non può però tacersi del fatto che talvolta l'ufficio pubblico è attributario di una espressa funzione di coordinamento, ossia viene direttamente investito dalla norma di compiti corrispondenti alla gestione dell'interazione tra diversi soggetti dell'ordinamento. In tali ipotesi, peraltro, è talvolta la norma stessa che definisce la regola del coordinamento, indicando quali sono i suddetti compiti e quali dunque sono gli adempimenti a cui l'ufficio deve assolvere affinché possa dirsi correttamente eseguito il coordinamento. Altre volte invece la norma si limita a prescrivere genericamente lo svolgimento di un'azione di coordinamento, affidandone la definizione del contenuto, nonché l'esercizio ad un determinato soggetto amministrativo.

Ebbene, in entrambi tali casi l'attività di coordinamento non integrerà un elemento qualificante il comportamento amministrativo volto all'esercizio della competenza dell'ufficio, ma coinciderà con quest'ultima. Sono dunque le ipotesi in cui il legislatore affida la responsabilità della gestione dell'interazione ad uno o più soggetti determinati, con la differenza che in un caso il contenuto della regola del coordinamento è dato espressamente dalla norma, mentre nell'altro è affidato alla determinazione discrezionale del soggetto dalla stessa indicato.

In ogni modo, con l'espressa previsione normativa di una funzione di coordinamento l'ordinamento riconosce la necessità di una regolazione rafforzata dell'interazione tra i diversi soggetti di volta in volta coinvolti nella vicenda amministrativa, tanto più quando indica le modalità della stessa che, a quel punto, divengono vincolanti per il soggetto che agisce.

14. Declinazione della prospettiva: coordinamento ed emergenza sanitaria.

Un esempio tratto dall'attualità rende l'idea dei concetti e delle categorie su cui si sta riflettendo.

Il tema è quello dell'attuazione delle decisioni assunte per fare fronte all'emergenza sanitaria determinata dal Covid-19. Si tratta di un caso limite e dunque assai significativo al fine della dimostrazione della tenuta della prospettiva proposta: le decisioni in questione non solo provengono infatti da differenti livelli di governo, ma sono anche dirette ad una pluralità eterogenea di esecutori.

In particolare, tra le molteplici disposizioni adottate viene in esame l'art. 122 del D.L. 17 marzo 2020, n. 18⁵⁷, che ha previsto la nomina di un Commissario straordinario per l'attuazione ed il coordinamento delle misure occorrenti per il contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica, indicando tra i compiti del Commissario quello di acquisire e sostenere la produzione dei beni strumentali utili a contenere e contrastare l'emergenza, nonché, nello specifico,

⁵⁷ "Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19", pubblicato nella Gazz. Uff. 17 marzo 2020, n. 70, Edizione straordinaria, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, L. 24 aprile 2020, n. 27.

quello di individuare i fabbisogni e procedere all'acquisizione ed alla distribuzione di farmaci, delle apparecchiature e dei dispositivi medici e di protezione individuale. La norma prevede quindi che il Commissario provveda al potenziamento della capienza delle strutture ospedaliere, raccordandosi con le regioni, le province autonome e le aziende sanitarie, nonché, più in generale che collabori con le regioni e le supporti nell'esercizio delle relative competenze in materia di salute.

Al Commissario straordinario sono quindi attribuite sia una serie di funzioni di amministrazione attiva, consistenti nella diretta attuazione delle misure contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica, sia funzioni di espresso coordinamento e raccordo di quei soggetti il cui contributo all'esecuzione delle suddette misure è necessario.

Ebbene, nella fattispecie in esame si ritrovano tutte le tipologie di coordinamento di cui si è finora argomentato.

Innanzitutto, si ritrova il coordinamento quale espressione del dovere d'ufficio, posto che il Commissario nell'esercizio delle numerose funzioni di amministrazione attiva che gli sono attribuite sarà tenuto a interagire con una pluralità di amministrazioni e dunque, per quanto in precedenza mostrato, sarà tenuto ad un comportamento rispettoso della regola di tale interazione dettata dal coordinamento.

In secondo luogo, nella norma in esame si ritrova una fattispecie di coordinamento "rafforzato", posto che l'art. 122 attribuisce espressamente al Commissario compiti di coordinamento: la disposizione in esame è infatti rubricata «*Commissario per il coordinamento delle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica COVID-19*» e, per altro verso, come ricordato, attribuisce espressamente al Commissario compiti di raccordo con amministrazioni appartenenti a diversi livelli di governo del territorio. In tali ipotesi l'attività di coordinamento non risulta dunque solo implicita nel dovere d'ufficio del funzionario che agisce, ma è espressamente indicata quale funzione con un'autonomia e separata rilevanza.

In terzo luogo, nell'art. 122 la funzione di coordinamento è prevista sia con riguardo all'agire amministrativo volto all'adozione della decisione amministrativa, sia con riguardo all'attuazione di decisioni già adottate. Si pensi infatti ancora, per il primo tipo, ai compiti di amministrazione attiva attribuiti al Commissario (ad esempio l'organizzazione, l'acquisizione ed il sostegno alla produzione dei beni strumentali utili a contenere e contrastare l'emergenza), che impongono un'attività di coordinamento funzionale all'adozione delle relative decisioni, e, per il secondo tipo, all'espressa attribuzione al Commissario della funzione di coordinamento delle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica, attività dunque relativa all'attuazione di decisioni già assunte.

In ogni caso, e dunque a prescindere dai tipi di coordinamento previsti dalla norma in esame, appare evidente come l'effettività di quest'ultima non possa essere garantita esclusivamente dall'applicazione delle regole del procedimento, ma passi attraverso l'agire (e dunque il comportamento) del Commis-

sario corrispondente alla regola del coordinamento espressione del dovere d'ufficio di tale funzionario. Nel caso di specie tale regola imporrà al Commissario e comunque a tutti i soggetti coinvolti nell'attuazione delle misure in questione reciproci obblighi di informazione al fine della definizione dello scenario fattuale e normativo in cui operare, nonché reciproci obblighi di indicazione e condivisione dei tempi e dei modi delle azioni da svolgere in modo da evitare adempimenti superflui ed inutili, oltre che evidentemente antieconomici.

15. Considerazioni conclusive e prospettive di sviluppo dell'indagine.

A questo punto è possibile svolgere qualche considerazione di sintesi in merito ai risultati dell'indagine svolta e fornire qualche indicazione per lo sviluppo della stessa.

Ritengo che nelle pagine che precedono sia innanzitutto emerso che mentre possediamo un collaudato schema teorico per spiegare i fenomeni dell'interdipendenza dentro l'organizzazione – costruito ed affinato in un contesto storico diverso dal presente, nel quale le interdipendenze tra le azioni delle pubbliche amministrazioni (e dunque tra gli interessi pubblici assegnati in cura alle medesime) venivano certamente in rilievo, ma non assumevano il carattere di un dato strutturale di tipo sociale, prima ancora che politico e giuridico – non disponiamo ancora di uno schema teorico adeguato per spiegare il medesimo fenomeno relazionale, quando questo integri un elemento strutturale tipico di una società complessa qual è quella attuale.

A fronte di tale constatazione, ci si è dunque posti in una prospettiva che riconosce nel coordinamento il concetto su cui fare leva per ricostruire una teorica delle interdipendenze amministrative che possa dirsi sostenibile da un punto di vista logico-giuridico, nonché funzionale a spiegare le relazioni tra i diversi soggetti pubblici dell'ordinamento in un'ottica di sistema non solo giuridico, ma innanzitutto sociale.

Il ricorso quasi ossessivo alla figura del coordinamento che si ha nella legislazione degli ultimi decenni, lungi dall'essere ascrivibile ad una moda linguistica, segnala infatti un'esigenza che nasce dalla società, recepita a livello normativo, ma ancora ostica a livello teorico-dogmatico. Se mi si passa il termine, quello del coordinamento è uno dei pochi casi in cui una "prassi normativa" è in uno stadio più avanzato rispetto alla corrispondente ricostruzione scientifica e dottrinale.

La prospettiva che si è proposta ha dunque consentito di superare le perplessità evidenziate in merito alla possibilità di definizione di uno statuto giuridico autonomo del coordinamento amministrativo. Ciò è stato possibile conducendo il coordinamento su un terreno dove potesse esprimere la propria potenzialità senza confondersi con (ed essere condizionato dal) l'esercizio della funzione procedimentale. L'affrancamento dalla disciplina della funzione ha consentito peraltro il riconoscimento del carattere prescrittivo della regola del coordinamento che trova fondamento nel dovere d'ufficio e dunque nella disciplina degli obblighi comportamentali del funzionario pubblico.

Può dunque dirsi realizzato l'obiettivo che ci si era posti con il presente studio, ossia quello di contribuire a chiarire la portata concettuale del coordinamento amministrativo, ricercando nelle molteplici fattispecie che vengono tradizionalmente ricondotte a tale figura quei tratti comuni utili ai fini ad un inquadramento dogmatico e sistematico della stessa, nonché ai fini della spiegazione del diritto positivo che disciplina le fattispecie di interazione tra soggetti pubblici.

Nondimeno, ove si concordi con l'impostazione proposta, la stessa potrà determinare (auspicabili) ulteriori sviluppi della riflessione. Indico in particolare tre declinazioni del coordinamento che può risultare interessante approfondire.

La prima riguarda la possibilità di utilizzare il coordinamento quale parametro utile alla misurazione della *performance* del funzionario pubblico. Ed infatti, nel momento in cui si ammette l'autonoma rilevanza giuridica degli obblighi comportamentali di cui alla regola posta dal coordinamento amministrativo, nonché la stretta connessione tra tali obblighi e l'agire amministrativo in contesti di interdipendenza amministrativa, appare evidente come la quantità e la qualità dell'adempimento dei suddetti obblighi possano costituire elementi di valutazione dell'esercizio (doveroso) dell'azione del funzionario pubblico⁵⁸.

La seconda linea di sviluppo della riflessione potrebbe riguardare la valutazione degli effetti derivanti dalla violazione delle regole del comportamento – ovvero degli *standard* comportamentali – a cui il funzionario pubblico è tenuto a fronte di fattispecie ove l'agire amministrativo preveda l'interazione tra diverse soggettività pubbliche⁵⁹. Assai interessante sarebbe, in particolare, non solo

⁵⁸ Sul rapporto tra organizzazione amministrativa e valutazione della *performance* del funzionario pubblico, A. ZITO, *Interesse pubblico e strumenti organizzativi per la valutazione delle performance: il problema del miglioramento dell'efficienza e dell'efficacia delle pubbliche amministrazioni*, in A. CONTIERI, F. FRANCIOSI, M. IMMORDINO, A. ZITO (a cura di), *Interesse pubblico e disegno organizzativo delle pubbliche amministrazioni* (Atti del convegno dell'Università degli Studi di Palermo - 20 e 21 febbraio 2009), Napoli, 2010, pp. 1-12.

⁵⁹ La violazione delle regole del comportamento previste dal coordinamento potrebbe in via di principio rilevare in termini di invalidità dell'assetto interessi che si è determinato in esito all'esercizio dell'attività di coordinamento ovvero in termini di ristoro risarcitorio nei confronti di quei soggetti che provino di avere subito un danno dalla suddetta attività. In tale prospettiva è peraltro opportuno ricordare quanto evidenziato circa il fatto che l'attività di coordinamento riguarda l'intera vicenda amministrativa e dunque sia l'agire per la decisione, sia l'agire per l'attuazione della decisione. Solo nel primo caso dunque la violazione della regola sul coordinamento potrà eventualmente determinare l'invalidità della decisione amministrativa provvedimento. Una considerazione a parte merita invece la possibilità di un ristoro risarcitorio, il cui riconoscimento a livello di tutela nei confronti dell'agire amministrativo nel nostro ordinamento incontra ancora, come noto, significative resistenze e restrizioni. Nonostante infatti le recenti aperture della giurisprudenza amministrativa, la risarcibilità di un danno ulteriore rispetto a quello determinato dall'illegittimità accertata del provvedimento amministrativo viene tradizionalmente confinata a limitate ipotesi di violazione dei doveri di correttezza e buona fede oggettiva che determinano un pregiudizio all'affidamento ingenerato nel privato dall'esercizio dell'azione amministrativa. Certamente vanno peraltro tenute presenti le indicazioni della giurisprudenza – richiamate anche nella nota decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 5 del 2018 – che in più occasioni ha affermato che anche nello svolgimento dell'attività autoritativa, l'amministrazione è tenuta a rispettare non soltanto le norme di diritto pubblico (la

l'accertamento nel caso di specie di una tutela di tipo risarcitorio, ma, attraverso gli obblighi comportamentali espressi dalla regola del coordinamento, riflettere sulla definizione di un principio generale che ammetta la risarcibilità del danno causato al privato dalla violazione dei suddetti obblighi.

La prospettiva che si è mostrata potrebbe infatti costituire un punto di svolta in tale direzione, in ragione innanzitutto della ricordata portata autonoma della regola dettata dal coordinamento rispetto alla disciplina del procedimento amministrativo. La violazione degli obblighi comportamentali previsti da tale regola potrà infatti assumere rilevanza in termini di tutele disponibili a prescindere dal giudizio sulla decisione e dunque dall'illegittimità di quest'ultima⁶⁰.

La terza linea di sviluppo della riflessione potrebbe infine riguardare l'accertamento dei punti di contatto tra la regola del coordinamento ed il principio di effettività declinato nell'ambito dell'azione amministrativa ed inteso dunque quale principio che esprime la funzionalizzazione della prescrizione al fine e la conseguente capacità dell'amministrazione di perseguire quest'ultimo in maniera piena⁶¹.

cui violazione implica, di regola, l'invalidità del provvedimento e l'eventuale responsabilità da provvedimento per lesione dell'interesse legittimo), ma anche le norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illegittime frutto dell'altrui scorrettezza.

⁶⁰ A. ROMANO TASSONE, *La responsabilità della p.a. tra provvedimento e comportamento (a proposito di un libro recente)*, in *Dir. amm.*, 2/2004. Se peraltro, come mostrato, gli obblighi connessi all'esercizio dell'attività di coordinamento qualificano il dovere d'ufficio del funzionario pubblico nella dimensione dinamica dell'interazione tra soggetti dell'ordinamento, garantendo l'effettività del risultato amministrativo, è indubbio che in un contesto, qual è quello attuale, dove il risultato amministrativo è misurato innanzitutto attraverso parametri di effettività, il tempo appare maturo per porre l'amministrazione dinanzi ad una responsabilità per la violazione di quelle regole comportamentali volte proprio a garantire l'effettiva soddisfazione dell'interesse concreto che venga in rilievo in ciascuna vicenda amministrativa. Sul punto, E. ZAMPETTI, *Contributo allo studio del comportamento amministrativo*, cit., pp. 230-231, secondo il quale la nozione di comportamento amministrativo proposta presenta implicazioni sia «sul riparto giurisdizionale (rappresentando, sotto questo profilo, lo strumento per verificare se siano maturi i tempi di un'estensione della giurisdizione amministrativa a tutte le ipotesi in cui, a prescindere dal carattere autoritativo o meno dell'azione, si avverta la presenza di un comportamento astrattamente orientato alla soddisfazione dell'interesse generale)», sia sul «profilo dell'effettività della tutela, in relazione a quei tratti di attività amministrativa – generalmente irriducibili all'archetipo provvedimentale – in cui le ordinarie garanzie procedurali appaiono recessive rispetto alle esigenze della semplificazione e dell'efficienza».

⁶¹ Per quanto detto, si è fermamente convinti che l'applicazione delle regole del coordinamento amministrativo possa contribuire a superare i limiti e le strettoie del formalismo procedimentale a favore di una tutela sostanziale dei diritti e degli interessi dei destinatari dell'azione amministrativa. Sul conflitto tra "legalità formale procedurale" e "legittimità sostanziale dell'agire amministrativo", si segnala la riflessione di M. BELLAVISTA, *Determinazione, decisione, procedura*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2017, 1. Per una compiuta e solida rappresenta-

zione della prospettiva della funzionalizzazione dell'organizzazione e (dell'azione amministrativa) al godimento dei diritti fondamentali della persona si rinvia peraltro al recente contributo di L.R. PERFETTI, *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, in *Il diritto dell'economia*, 2019, 1, 43-70. Nella medesima prospettiva, sempre di recente, si colloca la riflessione di D. VESE, *L'efficienza dell'organizzazione amministrativa come massimizzazione dei diritti fondamentali*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2019, 1. Il ruolo delle istituzioni amministrative nella prospettiva del rispetto della dignità della persona è puntualmente messo in luce nella riflessione di A. ZITO, *Dall'epoca del cambiamento al cambiamento d'epoca: il ruolo delle pubbliche amministrazioni nella prospettiva del giurista*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2019, 1.

ENRICO CARLONI

Professore ordinario di diritto amministrativo
presso il Dipartimento di Scienze politiche dell'Università degli studi di Perugia
enrico.carloni@unipg.it

DIRITTI BY DESIGN. CONSIDERAZIONI SU ORGANIZZAZIONE, AUTONOMIA ORGANIZZATORIA E PROTEZIONE DEGLI INTERESSI

RIGHTS BY DESIGN. CONSIDERATIONS ON ORGANIZATION, ORGANIZATIONAL AUTONOMY AND THE PROTECTION OF INTERESTS

SINTESI

Lo scritto riflette sul ruolo dell'organizzazione per la garanzia dei diritti, sul rapporto di condizionamento reciproco tra diritti ed organizzazione, e sul ruolo che gioca l'autonomia organizzatoria nella ricerca di un equilibrio tra vincoli organizzativi, limiti di risorse ed esigenze di massimizzazione dei diritti. Ne emerge l'idea di diritti sempre più affidati all'organizzazione, in un contesto nel quale emergono nuove tensioni tra la scelta di massimizzare in sede organizzativa alcuni diritti (protetti "by design") e la capacità delle amministrazioni di assicurare, non ultimo attraverso scelte organizzative, adeguata soddisfazione ai diversi diritti che ha di fronte.

ABSTRACT

The paper reflects on the role of the organization in guaranteeing rights, on the relationship of reciprocal conditioning between rights and organization, and on the role that organizational autonomy plays in the search for a balance between organizational constraints, resource limits and the needs of maximizing rights. The idea of rights increasingly entrusted to the organization emerges, in a context in which new tensions emerge between the choice to maximize certain rights in the organization (protecting them "by design") and the ability of administrations to ensure, not least through organizational choices, adequate satisfaction to the various rights it faces.

PAROLE CHIAVE: Pubblica amministrazione, organizzazione amministrativa, autonomia organizzatoria, diritti "by design".

KEYWORD: Public administration, Administrative organization, Organizational autonomy, Rights "by design".

INDICE: 1. Premessa – 2. L'organizzazione produce e definisce i diritti – 3. Priorità dei diritti o priorità dell'organizzazione – 4. Le scelte organizzative e l'equilibrio tra diritti e risorse – 5. Strategie di regolazione e priorità organizzative

1. Premessa

Nell'introdurre queste brevi note, una considerazione (e una *excusatio*) preliminare: visti i temi trattati, le questioni meriterebbero ben altro approfondimento. Si può dire, in questi termini, che questo scritto è più una "premessa ad uno studio" che uno studio sul rapporto tra organizzazione e protezione degli interessi, condotto, senza pretesa di completezza, cercando di cogliere alcuni nodi ed alcune tendenze.

Il convegno di Urbino¹ che è stata l'occasione per mettere per la prima volta a fuoco queste note orienta, in ogni caso, la trattazione nel senso di dare prevalenza agli elementi di stimolo, sollecitazione al dibattito, apertura al confronto, rispetto a quelli certo non meno importanti di completezza di approfondimento e organicità di trattazione.

Il rapporto tra organizzazione e diritti è complesso: i diritti discendono dall'organizzazione (che li garantisce ed a ben vedere li definisce), ma l'organizzazione discende dai diritti (è costruita e si giustifica in vista della loro tutela), che ne sono il *prins* logico. Le vicende recenti ce ne danno plastica rappresentazione: è la effettiva disponibilità di postazioni di terapia intensiva a proporsi come metro per definire la reale consistenza del diritto alla salute (e alla vita) nella pandemia Covid-19; le strutture e le postazioni di terapia intensiva vengono però aumentate in ragione dell'esigenza di dare più ampia copertura del diritto alla salute.

Dall'esempio fatto si può cogliere come divenga però controverso lo stesso punto logico di partenza: che da un lato pare corretto doversi individuare, in ogni caso, nel diritto, ma che d'altra parte non può essere definito, già prima che garantito, in assenza dell'organizzazione. Quale che sia la risposta rispetto alla domanda che è sottesa a queste riflessioni, resta comunque innegabile la centralità dell'organizzazione. Questa centralità è però la risultanza di questioni diverse, non è un monolite: sono molte le sfaccettature, le problematiche, e non meno le tensioni, le trasformazioni che investono questo discorso. Una problematica che nel suo complesso può essere colta con alcune brevi riflessioni, poste in termini qui sin troppo assertivi e meritevoli di ben altro sviluppo.

Prendo un riferimento dal c.d. "pregiudizio di sopravvivenza", che si lega alla storia² di un matematico, Abraham Wald ed alle sue osservazioni sugli aerei colpiti dalla contraerea nemica. Gli aerei venivano, in sostanza, riparati, rinforzando le parti colpite, finché Wald non si rese conto che gli aerei colpiti erano in ogni caso quelli tornati alla base, quindi colpiti in punti non vitali, da qui l'esigenza di rafforzare anzitutto (al contrario) le parti che non si presentavano come colpite: quelle il cui danneggiamento determinava a ben vedere l'abbattimento dei velivoli. Così nel costruire il discorso giuridico sui diritti solo

¹ X Convegno di studi giuridici, su *Diritti, funzione e organizzazione* (Urbino, 14-15 novembre 2019).

² Raccontata ad esempio da R. CASATI, *Rinforzate le parti bianche!*, in *Il Sole 24 ore*, 13 luglio 2014.

a partire dalla loro tutela nel processo, ma (a scalare) persino nell'attività: un diritto non riconosciuto dall'organizzazione (o, di converso, per il quale non esiste una costruzione organizzativa che lo riconosca e ne permetta l'emersione) semplicemente non arriva a trovare consistenza e quindi forma di protezione. Ciò che giunge alla nostra attenzione è spesso solo una parte delle questioni, dei diritti non assicurati, la cui tutela è possibile in quanto vi sia un servizio, una prestazione, ma prima ancora un'organizzazione. Non giungono a richiedere protezione attraverso forme di ricorso, in sintesi, non solo le storie "di successo" (o quelle rispetto alle quali il costo del ricorso, specie giurisdizionale, appare eccessivo rispetto al beneficio atteso), ma anche le storie di più grave insuccesso, in cui mancano le condizioni (organizzative) minime per attivare una strategia di tutela.

2. L'organizzazione produce e definisce i diritti

Senza giungere a ritenere assorbite le questioni dell'attività in quelle dell'organizzazione³, va in ogni caso riconosciuto che la effettività dei diritti risiede tanto nella "prefigurazione astratta" (l'organizzazione) quanto nella concreta vicenda che veda coinvolta l'amministrazione nel regolarli mediante i suoi atti (l'attività). Tacendo d'altro, è attraverso l'organizzazione che spesso si individua l'interesse da curare e soprattutto si determinano i modi per curarlo: l'interesse a protezione necessaria è individuato dalla legge, ma spesso non solo soddisfatto ma anche in concreto definito da scelte organizzative. È quindi a partire dall'organizzazione (sia pure non esaurendo qui il discorso) che è corretto muovere nel riflettere sulla effettiva soddisfazione degli interessi dei quali pure l'ordinamento richiede protezione.

Una prima notazione collegata a queste considerazioni è quella della continuità nella funzione amministrativa, delle questioni di organizzazione e di quelle di azione⁴: si può tracciare un confine nelle vicende concrete tra ciò che precede l'azione e ciò che si sviluppa nel suo farsi, e quindi tra organizzazione ed attività, ma in termini di garanzia effettiva dei diritti e degli interessi la scelta è rimessa al momento della conformazione delle regole che inquadrano la fattispecie, ed in questo senso il confine è frutto di una scelta di diritto positivo che mostra la volontà di collocare la protezione in un momento preliminare e slegato dalla specifica vicenda o nel corso del suo articolarsi. Vero è poi che, come già ravvisava Nigro, «organizzazione ed attività sono invece, come sappiamo, due facce della stessa moneta, due profili (due modi di essere) dello stesso sistema di istituzione e di

³ Cfr. G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968, p. 120, per il quale «l'organizzazione è il profondo contenuto dell'attività giuridica».

⁴ Cfr. già M. NIGRO, per il quale l'organizzazione costituisce il momento astratto della prefigurazione dell'attività: cfr. Id., *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 126; cfr. ora F. MERLONI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2018. Sulla nozione di funzione come nozione organizzativa: M.S. GIANNINI, *In principio sono le funzioni*, in *Amm. civ.*, 1959; F. MERLONI, *Organizzazione amministrativa e garanzie dell'imparzialità*, cit.

*regolazione di strumenti e di rapporti idonei a consentire il raggiungimento di determinati fini. Questa situazione di contiguità – anzi, ci si passi l'assonanza, di vera e propria continuità – fra i due settori, rende grave il problema di porre concretamente il confine fra di essi».*⁵

In effetti, se colte dal lato dell'esigenza di protezione sostanziale degli interessi, non è semplice tracciare, al fondo, il discrimine tra regole di organizzazione e regole di azione ed è in ultima istanza il legislatore a scegliere a che livello collocare una specifica soluzione per la protezione di un certo interesse.

Sono tanto i meccanismi di gara quanto le regole sul RUP (sulla sua integrità, sui suoi conflitti di interesse) a garantire l'imparzialità dell'azione. Il procedimento è tipicamente l'insieme delle regole di azione, ma riflette in modo importante una serie di regole organizzative (gli uffici coinvolti, i responsabili designati, i dirigenti delle unità organizzative); la disciplina della conferenza di servizi⁶ determina effetti che discendono direttamente da scelte organizzative (quale l'individuazione del rappresentante dello Stato in conferenza), anche al di là della rilevanza riconosciuta alla regola di competenza.⁷ Venendo a temi di cui mi sono maggiormente occupato, la regola più tipicamente di azione (la trasparenza dell'attività) era disciplinata per lungo tempo attraverso doveri del funzionario (il dovere al segreto), così come la protezione dell'imparzialità resta affidata tanto a regole organizzative (l'inconferibilità/incompatibilità, da ultimo) quanto a regole procedurali, quale l'obbligo di astensione (art. 6 bis, legge n. 241 del 1990)⁸: il quale ultimo, peraltro, è disciplinato nel suo nucleo fondamentale da regole organizzative, relative ai doveri del funzionario contenute nel codice di comportamento dei dipendenti pubblici.

In termini di tutela, questo pone la questione di come la prospettiva organizzativa riesca ad emergere, ad essere aggredita, in sede di ricorso giurisdizionale. Un discorso che tocca varie questioni, che come accennato vanno al di là delle questioni di competenza del decisore, ma riguardano a volte scelte operate in un ambiente che si vuole defunzionalizzato⁹ (come le scelte organizzative “private”, del dirigente¹⁰, o nel modello aziendale¹¹ che caratterizza in modo

⁵ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice*, cit., p. 123.

⁶ Il riferimento è in particolare al “rappresentante unico” delle articolazioni statali: cfr. M. Benedetti, *Il rappresentante unico delle amministrazioni statali. Chiarimenti interpretativi*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2018, pp. 800 ss.

⁷ Su cui ampiamente v. A. PIOGGIA, *La competenza amministrativa. L'organizzazione fra specialità pubblicistica e diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2001.

⁸ F. MERLONI, *I piani anticorruzione e i codici di comportamento*, in *Dir. pen. e proc.*, 2013; R. CANTONE, E. CARLONI, *La prevenzione della corruzione e la sua Autorità*, in *Diritto pubblico*, 2017; E. CARLONI, *Il nuovo Codice di comportamento e il rafforzamento dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, in *Istituzioni del federalismo*, 2013.

⁹ Per la costruzione teorica che ha portato ad ammettere uno spazio “privato” nella disciplina di elementi organizzativi, cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d'impiego con enti pubblici*, in *Giorn. dir. lav. e rel. ind.*, 1993; A. Pioggia, *La competenza amministrativa* cit.

¹⁰ Sulle caratteristiche del modello italiano di dirigenza pubblica, cfr. B. PONTI, *Indipendenza del dirigente e funzione amministrativa*, Rimini, Maggioli, 2012; F. MERLONI, *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale. Il modello italiano in Europa*, Bologna, Il Mulino, 1996; da ultimo cfr. E. FRAGALE, *Studio sul principio di distinzione tra politica e amministrazione. La riserva di indirizzo come*

specifico le aziende sanitarie¹²), a volte più a fondo scelte di predisposizione delle condizioni organizzative (quale l'organizzazione di specifici servizi) sulle quali la tutela fatica a retroagire. Questo a conferma del fatto che la tutela "ex post" non sempre riesce a ricostruire una protezione adeguata degli interessi, che risiede anzitutto "ex ante" nell'adeguatezza dell'organizzazione chiamata ad assicurarli. Eppure, il tema-organizzazione è spesso stato visto in termini "secondari" rispetto ad una lettura della vicenda giuridica centrata sull'attività nel rapporto con gli strumenti di tutela anzitutto giurisdizionale.

3. Priorità dei diritti o dell'organizzazione

Eppure, con le parole di Rossi, «la soluzione organizzativa è, insieme, la risposta agli interessi da soddisfare e la matrice delle situazioni soggettive».¹³ Vista da questa angolazione, la questione riguarda sia l'amministrazione come potere che l'amministrazione come servizio, per quanto il tema divenga più stringente (e di diretta ed immediata percepibilità) allorché l'organizzazione non si pone solo come condizione per il migliore esercizio dei diritti, ma per la loro stessa esistenza come nel caso dei diritti a prestazione.

D'altra parte in scelte "puramente" organizzative che risiede un momento di protezione e costruzione del diritto non altrimenti recuperabile: ad esempio è diverso, profondamente diverso, come evidenzia Pioggia recuperando tensione e stimoli dal quarantennale della riforma psichiatrica di Basaglia, se l'organizzazione del servizio psichiatrico è fatta costruendo i ruoli e quindi assumendo infermieri o secondini, assistenti sociali o psicologi.¹⁴

È certo un rapporto complesso, quello tra interessi ed organizzazioni: da un lato, le organizzazioni producono e determinano la protezione degli interessi, quantomeno ma non soltanto nel campo dei diritti "a prestazione"; dall'altro i diritti e gli interessi premono sull'organizzazione, e la conformano. Le regole la orientano e ne definiscono la rilevanza come funzione. In questi termini l'organizzazione è, per più ragioni, ben altro che una questione "interna", propria del soggetto che detiene il potere. Questo sia perché, come detto, dalle scelte organizzative discendono dirette conseguenze sulla protezione dei diritti, sia perché l'organizzazione è obiettivata, in quanto va colta «primariamente nel suo profilo di attività per la cura di finalità e scopi obiettivati nella stessa Costituzione e poi nelle

nuovo punto logico di partenza, Rimini, Maggioli, 2020.

¹¹ In termini teorici generali cfr. A. ROMEO, *Il modello dell'azienda per le amministrazioni pubbliche*, in R. CAVALLO PERIN, A. POLICE, F. SAITTA (a cura di), *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, Firenze, FUP, 2016, pp. 407 ss.

¹² V. sul punto A. PIOGGIA, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Torino, Giappichelli, 2017; F. GIGLIONI, *Manuale di diritto sanitario*, Roma, Neldiritto, 2018.

¹³ G. ROSSI, *Introduzione al diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 61; Id., *Principi di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 111.

¹⁴ A. PIOGGIA, *Dopo quaranta anni la riforma dei servizi psichiatrici contiene ancora una importante lezione sul servizio pubblico e sul suo ruolo*, in *Istituzioni del federalismo*, 2018, pp. 817 ss.

leggì». ¹⁵ Valgono, qui, ed a ben vedere in termini ancor più generali che con riferimento ai soli diritti a prestazioni, le parole della Corte costituzionale: «organizzazione e diritti sono aspetti speculari della stessa materia, l'una e gli altri implicandosi e condizionandosi reciprocamente. Non c'è organizzazione che, direttamente o almeno indirettamente, non sia finalizzata a diritti, così come non c'è diritto a prestazione che non sia condizionato dall'organizzazione». ¹⁶

Si coglie bene, già nelle riflessioni più risalenti, il valore di un'organizzazione che è funzione, «dell'ordinamento» e non del «Principe»: non è mero strumento del potere. È, in altri termini, «definita dai suoi compiti e non dalla natura servente del potere dell'autorità» ¹⁷: una subordinazione dell'organizzazione ai diritti che è tanto più importante quanto più si coglie la sua centralità. In un disegno quindi sempre meno caratterizzato da un impianto autoritario, sia perché il potere è funzione, sia perché il fenomeno amministrativo nel contesto contemporaneo va colto sempre più in termini di prestazioni servizio e sempre meno in termini di provvedimenti ed autorità.

In termini sostanziali, è in ogni caso che la conformazione della protezione dei diritti, e quindi dei diritti stessi, dipende dall'amministrazione che a questi dà garanzia ¹⁸: questo vale non solo per i diritti sociali, laddove la cosa è più evidente, ma anche per molti diritti di libertà (che vanno in ogni caso protetti, garantiti, non solo rispetto a eccessi dell'autorità ma anche nei rapporti con gli altri consociati).

Così, se è vero che «l'esercizio del diritto all'educazione non può essere impedito da difficoltà di apprendimento [ecc.] connesse all'handicap», ed è ineludibile il «pieno inserimento» del disabile nella scuola, ne consegue che l'organizzazione scolastica deve riconoscere la presenza di questa esigenza «adeguando a tale finalità la propria struttura, reclutamento e finanziamento» ed il legislatore deve consentire che le strutture amministrative preposte possano assicurare l'effettiva tutela di questo diritto. In questi termini, formulati a partire dalla sentenza della Corte Costituzionale, n. 80 del 2010 (con riferimento al limite all'organico dei docenti, anche di sostegno, ed al divieto di assunzione in deroga, sancito dalla legge 244 del 2007, finanziaria per il 2008) ¹⁹, si conferma però un'ambivalenza: si può ben dire che sono i diritti a conformare l'organizzazione, ma proprio il caso che muove dall'inadeguatezza della costruzione organizzativa dei diritti ci mostra bene come i diritti finiscano fondati (in concreto) dall'organizzazione.

¹⁵ G. PASTORI, *Feliciano Benvenuti e il diritto amministrativo del nuovo secolo*, in *Jus*, 2008, p. 323; F. BENVENUTI, *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Rivista trimestrale di scienza dell'amministrazione*, 1978, pp. 6 ss.

¹⁶ Corte costituzionale, n. 383 del 1998.

¹⁷ L.R. PERFETTI, *Organizzazione amministrativa e sovranità popolare. L'organizzazione pubblica come problema teorico, dogmatico e politico*, in *PA Persona e Amministrazione*, n. 1, 2019, p. 17.

¹⁸ Cfr. es. F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE (a cura di) *Persona ed amministrazione. Privato, cittadino, utente e pubbliche amministrazioni*, Torino, Giappichelli, 2004; F. GIGLIONI, *Le garanzie degli utenti dei servizi pubblici locali*, in *Diritto amministrativo*, 2005, pp. 335 ss.

¹⁹ Sul punto cfr. E. CARLONI, *Il diritto all'istruzione come diritto di cittadinanza*, in A. BARTOLINI, A. PIOGGIA (a cura di), *Cittadinanze amministrative. A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, vol. VIII, Firenze, FUP, 2016, pp. 81 ss.

La stessa Costituzione conferma e fonda in ogni caso questa ambivalenza.

Da un lato, è chiara la priorità dei diritti nel determinare la costruzione complessiva dell'ordinamento e non ultimo delle strutture chiamate ad assicurarli: in questo senso, in particolare, può leggersi l'art. 3, secondo comma, quale "motore di trasformazione" dell'impianto (anche organizzativo) repubblicano, specie se letto in combinazione con l'art. 2 ed il connesso principio personalistico.²⁰ L'individuo al centro del discorso giuridico e, quindi, elemento intorno al quale plasmare l'organizzazione amministrativa per assicurare il pieno godimento dei suoi diritti.

Dall'altro, mostra piena consapevolezza alla centralità della questione organizzativa, se è vero che nel parlare di amministrazione la Costituzione si rivolge essenzialmente all'organizzazione, con l'articolo 97: la pubblica amministrazione è "organizzata" per assicurare il buon andamento e l'imparzialità, sono determinate le sfere di competenza dei funzionari. Né il riconoscimento di questa rilevanza della dimensione organizzativa è una questione nuova nel dibattito scientifico, come è ben dimostrato dall'attenzione che alla questione organizzativa, in termini decisivi, è dedicata in studi di oltre cinquant'anni addietro.

4. Le scelte organizzative e l'equilibrio tra diritti e risorse

Viene però da chiedersi se siano cambiate le coordinate fondamentali per riflettere intorno alla centralità della questione-organizzativa. In effetti la stessa costruzione costituzionale risente di alcune trasformazioni, esterne al testo costituzionale (e legate al processo di integrazione europeo) ma anche interne a questo, in virtù di due importanti modifiche che hanno inciso in modo non secondario sulla forma di Stato, intendendo con questa espressione tanto il rapporto con i poteri pubblici territoriali quanto il rapporto con i cittadini.

Nel testo della Costituzione del 1948 pare chiara, come accennato, la costruzione del sistema a partire dalla priorità del diritto, in termini che sono quindi ad un tempo di logica e di cultura giuridica: è l'esistenza di un diritto a imporre la sua (eguale) tutela e quindi, in termini di strumentalità, la costruzione delle condizioni organizzative necessarie, in termini non discriminatori.

Da questo impianto derivano varie conseguenze.

Anzitutto, i diritti sono determinante dell'organizzazione in termini giuridici prima che fattuali (dove il discorso finisce spesso inevitabilmente per ribaltarsi). Lo schema logico parte dal diritto, costruisce su questo l'organizzazione, determina a valle le risorse necessarie come risultante (quale sommatoria, si può dire, del costo dei diritti) Un'idea che è ancora presente, ed anzi esplicitata, nella prima parte della Costituzione, ma ancora nella costruzione dell'impianto del governo territoriale della Repubblica, quando si chiarisce il

²⁰ Cfr. es. U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, Cedam, 1996, p. 11.

finanziamento integrale delle funzioni esercitate, le quali ultime sono riconosciute ai diversi livelli istituzionali in coerenza con la disciplina dei diritti e del riconoscimento di interessi a protezione necessaria. In questo discorso, un elemento implicito nell'idea di organizzazione, e non ultimo in quella stessa di diritto, è quella di costo, o in altri termini di copertura finanziaria delle spese necessarie alla costruzione organizzativa dei diritti.

La riforma costituzionale del 2012 comporta una frattura in questo modello, sia guardando al nuovo art. 81 Cost.²¹ che, soprattutto, al nuovo art. 97, primo comma²²: se le risorse sono la preconditione, limitatamente flessibile a livello statale e rigida a livello di singola amministrazione, per la costruzione organizzativa dei diritti e quindi per il loro godimento, e se c'è un legame strettissimo tra risorse ed organizzazione, questa rigidità si scarica sull'organizzazione, che deve riuscire a modularsi per consentire una tutela comunque adeguata dei diritti. In questo senso, la rigidità sul fronte delle risorse, che non può consentire una tutela piena dei diritti come loro somma, sembra piuttosto prefigurare una loro garanzia che è frutto della ripartizione/divisione in parti di ciò che è disponibile in quanto finanziariamente sostenibile (in quote se necessario via via più piccole, potenzialmente inadeguate). Questo si scarica sull'organizzazione, che diviene snodo di protezione, in concreto ma in termini anche teorici, di tenuta di un disegno altrimenti problematico nel quadro costituzionale.

È da tempo avvertito il ruolo dell'auto-organizzazione amministrativa per la garanzia del buon andamento, quale condizione di flessibilità ed adeguamento²³, in una prospettiva nella quale è all'organizzazione che è affidato il compito di combinare indicazioni in astratto potenzialmente contrastanti, così come desumibile dall'art. 97 della Costituzione: come «risultati garantibili e assicurabili da un tipo di organizzazione, da certe regole d'organizzazione».²⁴

Più recente l'emergere di una stagione nella quale l'autonomia organizzativa è sempre più esaltata, sempre però perché momento di equilibrio (quantomeno teorico) di combinazione nel caso concreto di esigenze altrimenti incompatibili se proiettate su un disegno organizzativo uniforme. L'autonomia degli enti territoriali, ma in quest'ottica in modo ancora più chiaro l'autonomia delle aziende sanitarie, l'autonomia delle istituzioni scolastiche, l'autonomia universitaria, la stessa autonomia della dirigenza. Un'autonomia che però, pro-

²¹ Sulla riforma ed il suo impatto cfr. es. W. GIULIETTI, M. TRIMARCHI, *Nozione di amministrazione pubblica e coordinamento statale nella prospettiva dell'interesse finanziario*, in R. CAVALLO PERIN, A. POLICE, F. SAITTA (a cura di), *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, cit., pp. 189 ss.

²² Sulla nuova previsione costituzionale cfr. G. BOTTINO, *Il nuovo art. 97 della Costituzione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2014, pp. 691 ss.

²³ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., p. 90; su come questo determini anche un limite alla disciplina legislativa dell'organizzazione, con spazio da riconoscere ai regolamenti di organizzazione cfr. es. D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 288.

²⁴ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., p. 78, con riferimento ai requisiti del buon andamento e dell'imparzialità.

prio mentre assume un rilievo così fondativo, si presenta a volte in termini defunzionalizzati in quanto operata con poteri “datoriali”²⁵ od in uno spazio di asserita “autonomia aziendale”.²⁶

Un'autonomia organizzatoria che si somma, nei contesti territoriali, allo spazio di differenziazione organizzativa che discende dalla costruzione in senso maggiormente autonomistico frutto della riforma costituzionale del 2001²⁷, che muove da presupposti e paradigmi diversi ma pare convergere ora nella direzione di una differenziazione/flessibilità che è condizione di temperamento delle contrapposte esigenze di pienezza di soddisfazione dei diritti e equilibrio-contenimento di spesa. In questi termini, la differenziazione organizzativa prefigurata dalla riforma del Titolo V si colloca in un contesto mutato (nello scenario dei vincoli di matrice eurounitaria, della “crisi economico-finanziaria”²⁸, verosimilmente della crisi post-pandemica). Una differenziazione pensata per fornire risposte organizzative coerenti con un'articolazione normativa di nuovi e più ampi diritti (a partire da un nucleo comune incompressibile, definito in particolare tramite livelli essenziali), che diviene in realtà meccanismo per ricercare, ad un livello non solo sempre più vicino ai cittadini ma ancor più al caso concreto, un equilibrio tra diritti e risorse complesso e altrimenti irraggiungibile (vista la tendenza espansiva dei primi e la rigidità-riduzione delle seconde) in termini più generali.

Un percorso, nel suo insieme, nel quale si avvertono elementi in tensione²⁹: proprio nel momento in cui le scelte organizzative divengono sempre più matrice di diritti, si percepisce il rischio di logiche di abbandono dei diritti all'autonomia organizzatoria, quale soluzione di comodo che permette di non mettere in contraddizione ai livelli più alti la costruzione europea (ma anzitutto la perdita della leva monetaria che potrebbe altrimenti ri-alimentare, ribaltandolo, il circuito tra risorse-organizzazione-diritti), scaricandone le contraddizioni a livello più basso, sovraccaricando il ruolo delle scelte organizzative “in concre-

²⁵ Cfr. P. CERBO, *Potere organizzativo e modello imprenditoriale nella pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 2007; A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, Giuffrè, 2004.

²⁶ Sull'autonomia delle aziende sanitarie ed in particolare sul c.d. “atto aziendale” del direttore generale, cfr. B. PONTI, *L'atto aziendale ed i vincoli regionali all'autonomia imprenditoriale delle ASL/AO: la differenziazione organizzativa come test del processo di aziendalizzazione*, in *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario. Un primo bilancio*, (a cura di) A. PIOGGIA, M. DUGATO, G. RACCA, S. CIVITARESE MATTEUCCI, Milano, Franco Angeli, 2008, pp. 49 ss.

²⁷ Sul punto ci sia consentito rinviare diffusamente a E. CARLONI, *Lo Stato differenziato. Contributo allo studio dei principi di uniformità e differenziazione*, Torino, Giappichelli, 2004.

²⁸ Diffusamente, sul punto, F. Merloni, A. Pioggia (a cura di), *European Democratic Institutions and Administrations. Cohesion and Innovation in Times of Economic Crisis*, Wiesbaden, Springer, 2018.

²⁹ Cfr. es. C. TUBERTINI, *Diritto alla salute, organizzazione e risorse finanziarie. Lo stato attuale della questione*, in AA.VV., *Diritto amministrativo e società civile*, Volume I - Studi introduttivi, Bologna, Bup, 2018, p. 546 ss.; M. D'ARIENZO, *La salute ai tempi della “spending review”: come conciliare il controllo della spesa sanitaria con l'effettività del diritto alla salute e della relativa tutela giurisdizionale*, in *Il Diritto dell'economia*, 2018, fasc. 3, pp. 42

to”); confermando, ed anzi rafforzando nel mutare del quadro, l’idea di Nigro di un’amministrazione chiamata, dalla Costituzione, a porsi “drammaticamente” all’incrocio di sollecitazioni diverse e contrastanti.³⁰

5. Strategie di regolazione e priorità organizzative

Proprio la centralità dello snodo organizzativo nell’equilibrio tra diritti e risorse giustifica strategie di regolazione che in qualche modo orientino le scelte organizzative.

Questo avviene in forme diverse, in parte oramai consolidate ma forse nuove per intensità, in parte sicuramente nuove.

È oramai da tempo consolidata una regolazione delle amministrazioni volta a enfatizzarne i “risultati”³¹: risultati da cogliere in termini di corrispondenza agli obiettivi, secondo un modello che si concentra in particolare sul ruolo della dirigenza³² cui vengono affidate (nel disegno teorico) risorse umane e strumentali e risorse finanziarie coerenti rispetto ad obiettivi definiti attraverso atti di indirizzo. Risultati da cogliere però anche come capacità delle organizzazioni di assicurare una performance in linea con specifici “standard” definiti secondo procedure complesse fatte di indicatori e della loro valutazione, di risultati prestazionali.

In quest’ultimo approccio risiedono certo potenzialità (quale soluzione di garanzia di diritti e interessi in termini non formali ma concreti e misurabili), ma non meno risiedono alcuni rischi. Un rischio è quello di cogliere in questo un rilievo “secondario” dell’organizzazione, partendo dall’idea di mera strumentalità dell’organizzazione rispetto al “risultato” in termini di prestazione (misurabile e quindi attraverso la misurazione in grado di emergere nella sua autonomia, da un lato, e di retroagire sull’organizzazione, ri-conformandola per renderla meglio performante, dall’altro). Come nota Alessandra Pioggia, mentre l’attenzione si sposta verso un risultato prestazionale sempre più asfittico e centrato unicamente sul prodotto misurabile³³, «*si corre il rischio che gli altri diritti, quelli alla dignità, alla privacy, alla libera manifestazione del pensiero, al pieno sviluppo*

³⁰ M. NIGRO, *La pubblica amministrazione fra costituzione e formale e costituzione materiale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1985, p. 162, la Costituzione «*recependo in sé istanze dissimili o addirittura divergenti [...] ha, realisticamente, accolto una concezione dialettica, anzi drammatica dell’amministrazione*».

³¹ Sulla nozione di “amministrazione di risultato”, cfr. già M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato* e G. CORSO, *Amministrazione di risultati*, entrambi in AIPDA, *Innovazione del diritto amministrativo e riforma dell’amministrazione. Annuario 2002*, Milano, Giuffrè, 2003.

³² F. MERLONI, *Organizzazione amministrativa e garanzie dell’imparzialità. Funzioni amministrative e funzionari alla luce del principio di distinzione tra politica e amministrazione*, in *Diritto pubblico*, 2009 (XV), pp. 57 ss.; C. PINELLI, *La pubblica amministrazione*, in C. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, cit.; U. ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione e Costituzione*, cit.; F. MERLONI, *Amministrazione “neutrale” e amministrazione imparziale (a proposito dei rapporti tra “politica” e “amministrazione”)*, in *Dir. pubbl.*, 1997; G. GARDINI, *L’imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell’amministrazione contemporanea*, Milano, Giuffrè, 2003.

³³ Cfr. A. PIOGGIA, *Diritti umani e organizzazione sanitaria*, in *Rivista di diritto della sicurezza sociale*, 2011, pp. 21 ss.

di sé, ecc., siano trascurati o addirittura sacrificati da organizzazioni che in modo miope e parziale si occupano solo di ottimizzare le prestazioni che sono tenute a fornire». ³⁴ Il che però si lega alle questioni di cui prima si parlava: il fatto di trovarci in un'ambiente nel quale è rimessa all'organizzazione (ed alle scelte di autonomia organizzativa) la messa in equilibrio di esigenze non sempre compatibili, di protezione e di risparmio, fa sì che l'idea di ricostruire i diritti in termini di prestazione da un lato ne favorisca una tutela "minima" che è comunque assicurata quantomeno in termini formali, dall'altro induca a porre in secondo piano tutti quegli elementi che pur qualificando il godimento dei diritti non emergono direttamente dalla prestazione così come rilevata.

Più recente l'idea di definire una serie di priorità, e quindi un diverso equilibrio tra diritti, direttamente nell'organizzazione, che non è quindi vista più come subordinata meramente strumentale (come è spesso nell'approccio centrato su "risultati"), ma quale momento centrale di immediata soddisfazione di interessi dei quali diviene strumento. Si tratta di un approccio che emerge da alcune regolazioni che costruiscono la tutela di determinati diritti "nell'organizzazione" prevedendo che queste siano rivolte "by design" a garantirne la protezione.

Qui il crinale organizzazione/attività si sviluppa secondo coordinate nuove, spesso digitali, nella quale la garanzia dei diritti passa in modo sempre maggiore attraverso la predefinitone "by design" delle modalità di successivo funzionamento. Paradigmatico in questo senso è la previsione contenuta nell'art. 25 del Regolamento europeo sui dati personali (Gdpr) ³⁵, che pone la «protezione dei dati fin dalla progettazione» e la connessa «protezione per impostazione predefinita»: «il titolare del trattamento mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate, quali la pseudonimizzazione, volte ad attuare in modo efficace i principi di protezione dei dati, quali la minimizzazione, e a integrare nel trattamento le necessarie garanzie al fine di soddisfare i requisiti del presente regolamento e tutelare i diritti degli interessati». Con questa normativa, per la prima volta, la protezione di uno specifico diritto diviene priorità cui sono rivolte tutte le scelte organizzative: si tratta di un diritto, dunque, che esercita una "presa diretta" sull'organizzazione ed in questo senso assume una valenza preliminare e prioritaria rispetto agli altri diritti, da assicurare questi nell'esercizio di un'autonomia organizzativa di massima non in grado di garantirli appieno, considerate le risorse disponibili, e comunque a sua volta spesso concentrata sui soli diritti (così come) emergenti dalle regolazioni "per standard". Esiste, in sintesi, una gerarchia organizzativa dei diritti, che determina la riduzione dei margini per l'apprezzamento dei diritti "residui" rispetto alle regole di design e di standard.

Il modello della regolazione "by design" sta conoscendo una certa diffu-

³⁴ A. PIOGGIA, *Dopo quaranta anni la riforma dei servizi psichiatrici*, cit., p. 819.

³⁵ Cfr. es. M.S. ESPOSITO, *Trattamento dei dati personali e rischi correlati, nel prisma dei diritti e delle libertà fondamentali*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2019, fasc. 4-5, pp. 1071; 018 E. Faccioli, M. Cassaro, *Il "GDPR" e la normativa di armonizzazione nazionale alla luce dei principi: "accountability" e "privacy by design"*, *Commento a Reg. UE 2016/679*, in *Il Diritto industriale*, 2018, fasc. 6, pp. 561 ss.

PA PERSONA E AMMINISTRAZIONE

Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia

sione, per quanto sin qui (fatta l'eccezione della protezione dei dati) concentrato su esigenze di tipo prettamente organizzativo e trasversale, quale la digitalizzazione o, in forme diverse, l'anticorruzione. Proprio il caso della protezione dei dati mostra però la possibilità di calare la logica della garanzia dei diritti *by design* dentro le organizzazioni pubbliche. In questo approccio, è in sostanza nella "compliance" rispetto a questi modelli, prima ancora che nella decisione, ed ancora nell'esercizio di autonomia organizzativa in coerenza con le complessive finalità affidate all'ente, che si concretizza la protezione di alcuni interessi, e però anche la pre-definizione dell'equilibrio (a tutto vantaggio dei diritti *by design*) rispetto ad una serie di diritti-interessi nel loro complesso affidati alle pubbliche amministrazioni.

IPPOLITO PIAZZA

Docente a contratto di Diritto amministrativo dell'Università di Firenze

ippolito.piazza@gmail.com

**LA PRETESA A UN'AMMINISTRAZIONE
IMPARZIALE.
NOTE SUL CONFLITTO D'INTERESSI NEL
DIRITTO AMMINISTRATIVO.**

**THE INDIVIDUAL RIGHT TO IMPARTIALITY.
SOME REMARKS ON THE CONFLICT OF INTEREST IN
ADMINISTRATIVE LAW.**

SINTESI

Il principio di imparzialità dell'amministrazione è stato tradizionalmente guardato dal punto di vista dell'amministrazione, mentre più rari sono stati i tentativi di studiare l'imparzialità dalla prospettiva del cittadino, facendone cioè l'oggetto di una pretesa individuale. Muovendo da questa constatazione, il lavoro tenta di ricostruire il contenuto di una pretesa all'amministrazione imparziale, con particolare riferimento alla neutralità del funzionario. Il tentativo rivela la sua utilità nel superamento di numerosi problemi applicativi che derivano proprio dalla difficile emersione di un interesse individuale all'imparzialità e dalla sua commistione con l'interesse pubblico. Nell'applicazione della disciplina delle incompatibilità e del conflitto d'interessi nel diritto amministrativo, la sovrapposizione tra l'interesse del privato a un trattamento imparziale e quello pubblico all'immagine di un'amministrazione *super partes* ha, infatti, spesso condotto a conseguenze radicali in termini di tutela, cioè all'annullamento di provvedimenti sostanzialmente corretti adottati da organi non-imparziali, o viceversa, sulla base di insoddisfacenti temperamenti, alla loro conservazione in nome del buon andamento. L'individuazione di una pretesa individuale alla neutralità del decisore, fondata sulla base dell'art. 6-bis della legge sul procedimento, sembra invece consentire al privato la garanzia di una tutela piena nei limiti della legge e conforme a una giurisdizione amministrativa caratterizzata in senso soggettivo.

ABSTRACT

The principle of impartiality has traditionally been studied from the point of view of the public administration, while attempts to look at impartiality from a citizen's perspective have been rarer in academic literature. The paper aims to identify the content of an individual right to impartial administration, with particular reference to the neutrality of the civil servant. The lack of such an individual right creates various problems in practice, which arise from the overlap between private and public interest. The rules on the conflict of interest in administrative law often lead to the annulment of substantially correct measures adopted by non-partisan bodies, or vice versa, to their preservation in the name of the efficiency of administration. The definition of an individual right

to the neutrality of the decision-maker, based on Art. 6-bis of the Administrative Procedure Act (Law n. 241/90), seems instead to allow the citizen the guarantee of full protection within the limits of the law and in accordance with the nature of administrative jurisdiction.

PAROLE CHIAVE: organizzazione, imparzialità, conflitto d'interessi, astensione, ricusazione.

KEYWORDS: organization, impartiality, conflict of interest, exclusion, objection.

INDICE: 1. L'imparzialità come oggetto di una pretesa individuale. – 2. L'incompatibilità del funzionario e la pluralità di beni protetti. – 3. Astensione e ricusazione nel procedimento amministrativo: la tutela dell'interesse pubblico e la difficile ricerca di un equilibrio. – 4. Il conflitto d'interessi nella legge sul procedimento: novità e continuità col passato. – 5. La pretesa individuale: logica causalistica e tutela giurisdizionale secondo legge.

1. L'imparzialità come oggetto di una pretesa individuale.

Tra i principi che più hanno dimostrato di possedere una «eccedenza di contenuto deontologico» e una «inesauribile virtualità»¹, tali da consentire una continua (ma sempre incompleta) attuazione nelle disposizioni di diritto positivo, vi è certamente quello di imparzialità dell'amministrazione². Dotato nel nostro ordinamento di espresso fondamento costituzionale³, al principio di imparzialità è ricondotta una pluralità di istituti e regole del diritto amministrativo, sia in riferimento all'attività delle pubbliche amministrazioni che alla loro organizzazione: dalla partecipazione procedimentale alla parità di trattamento, dal concorso per l'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni alla distinzione di competenze tra gli apparati politici e quelli amministrativi⁴.

La dottrina ha attribuito, nel tempo, numerosi significati all'imparzialità: dovere di trattare in modo uguale fattispecie uguali⁵; dovere di prendere in con-

¹ Secondo la nota definizione dei principi generali offerta da E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1949, p. 312.

² È sufficiente rinviare alla ricchezza di manifestazioni del principio colta nella prima monografia dedicata al tema da U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, Cedam, 1964, *passim*, o all'affermazione di M.S. GIANNINI, *L'ordinamento dei pubblici uffici*, in AA.VV., *Attualità e attuazione della Costituzione*, Roma-Bari, Laterza, 1979, p. 102, secondo cui nell'imparzialità rientrasse «tutto il mondo creato».

³ Sull'origine della formula del buon andamento e dell'imparzialità di cui all'art. 97 Cost., v. U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, Cedam, 1996, p. 55; E. BALBONI, *Le riforme della pubblica amministrazione nel periodo costituente e nella prima legislatura*, in U. De Siervo (a cura di), *Scelte della Costituente e cultura giuridica. II: Protagonisti e momenti del dibattito costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1980, p. 265; C. PINELLI, *Il "buon andamento" e l'"imparzialità" dell'amministrazione*, in *Art. 97-98. La pubblica amministrazione*, Commentario della Costituzione fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna-Roma, Zanichelli, 1994, p. 31 e ss.

⁴ Per una panoramica, v. L. ANTONINI, *Il principio di imparzialità*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 59 e ss.

⁵ Si veda, in particolare, P. BARILE, *Il dovere di imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Scritti in memoria di P. Calamandrei*, vol. IV, Padova, Cedam 1958, p. 25 ss., che affermò il valore giuridico del canone dell'imparzialità, in reazione a coloro che, nei primi anni di vigenza della Costituzione, lo ritenevano privo di giuridicità (G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1953, p. 368).

siderazione gli interessi legislativamente protetti e limite all'esercizio della discrezionalità⁶, addirittura essenza o modo di essere dell'amministrazione⁷.

Tuttavia, la questione dell'imparzialità è stata generalmente affrontata dal punto di vista dell'amministrazione: raramente, invece, la prospettiva adottata nello studio del tema è stata quella del cittadino destinatario dell'azione amministrativa. Seppure, infatti, si riconosca che il «punto cruciale» dell'imparzialità consiste nella garanzia per il singolo destinatario dell'azione amministrativa che il suo interesse sia stato «oggetto di compiuta valutazione comparativa con gli altri interessi presenti e che nell'ambito di tale compiuta valutazione era giusto che ricevesse un dato trattamento»⁸, una lettura dell'imparzialità fondata sull'individuo e la sua pretesa⁹, anziché sull'amministrazione e il suo potere, è rimasta «allo stadio della dissenting opinion»¹⁰. Non ha, per esempio, avuto seguito – almeno per molto tempo – la tesi che vedeva nei principi costituzionali sulla pubblica amministrazione il riconoscimento di altrettanti diritti fondamentali dei cittadini, incluso un diritto alla imparzialità¹¹. Così pure non sembrano essere state tratte tutte le conseguenze dalla centralità dell'individuo, e dei suoi diritti, affermata nell'ordinamento europeo¹². Il riferimento è, ovviamente, all'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che fa di alcune regole della funzione amministrativa anzitutto l'oggetto di un diritto (cui dovrebbe corrispondere l'adempimento di un obbligo da parte dell'amministrazione)¹³ e vi include espressamente il diritto a un trattamento imparziale¹⁴, invertendo così la pro-

⁶ A. CERRI, *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1973, spec. p. 120 e 152.

⁷ Secondo la nota tesi di U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., passim.

⁸ F. SATTA, *Imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Enc. giur.*, Roma, Treccani, 1989, p. 5.

⁹ Per una analisi di simile prospettiva, sia consentito il rinvio a I. PIAZZA, *Il diritto a un'amministrazione imparziale*, Torino, Giappichelli, 2018. Più in generale, v. L. FERRARA, *Individuo e potere. In un giuoco di specchi*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 3 (supplemento), p. 11 ss.

¹⁰ Per utilizzare l'espressione di C. PINELLI, *Il "buon andamento" e l'"imparzialità" dell'amministrazione*, cit., p. 192.

¹¹ C. ESPOSITO, *Riforma dell'amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, in Id., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954, p. 245 e ss., cui si riferisce anche la citazione di Pinelli riportata nella nota precedente. Per un recente inquadramento delle pretese procedimentali come diritti fondamentali, v. L.R. PERFETTI, *Pretese procedimentali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 850 e ss.

¹² Sottolineano l'inversione determinata dal diritto europeo nel diritto amministrativo, quale conseguenza del rafforzamento del ruolo della *iurisdictio*, anche A. BARTOLINI, S. FANTINI, *Le ragioni della specialità (principi e storia del diritto amministrativo)*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2017, p. 51 e 112 s.: «Si viene così, ad invertire, uno dei caratteri fondativi del diritto amministrativo: se, difatti, il diritto amministrativo nasce in Francia per abbattere i particolarismi feudali impiegando la forza dello Stato esercitata dalla moderna burocrazia, oggi, invece, il compito di opporsi ai particolarismi, incarnati dagli Stati e dalle autorità nazionali, è affidato agli individui ed alla *iurisdictio*. La giustiziabilità dei diritti è la chiave di volta per affermare la signoria del diritto europeo».

¹³ In questo senso, C. MARZUOLI, *Carta europea dei diritti fondamentali, "amministrazione" e soggetti di diritto: dai principi sul potere ai diritti dei soggetti*, in G. Vettori (a cura di), *Carta europea e diritti dei privati*, Padova, Cedam, 2002, p. 262.

¹⁴ Art. 41, par. 1, CDFUE: «Ogni individuo ha diritto a che le questioni che lo riguardano siano

spettiva (della lettera) dell'art. 97 Cost., in cui l'imparzialità è un criterio cui deve conformarsi l'organizzazione amministrativa e non invece «*l'esito di una pretesa che il cittadino vanta nei confronti della pubblica amministrazione*»¹⁵.

Il discorso sull'assenza di un compiuto sguardo all'imparzialità dalla parte del cittadino vale, soprattutto, per l'imparzialità nell'organizzazione. Il dato non può sorprendere: nonostante l'incidenza dell'organizzazione amministrativa sulla cura degli interessi finali, è più difficile che essa possa essere oggetto di una pretesa individuale giuridicamente tutelata del cittadino toccato dall'attività amministrativa¹⁶ (basti pensare, per esempio, alle regole che – in attuazione dell'art. 97 Cost. – definiscono le reciproche competenze degli organi di governo e della dirigenza nel modello ministeriale). Eppure, negli ultimi anni, la rinnovata attenzione per il tema del conflitto di interessi nel diritto amministrativo¹⁷ – motivata in gran parte dall'inserimento di un'apposita disposizione nella l. 7 agosto 1990, n. 241 (art. 6-bis) – ha mostrato chiaramente l'esistenza di un interesse del singolo alla dimensione organizzativa imparziale degli organi della pubblica amministrazione.

In questo lavoro si cercherà quindi di capire se, ed entro quali limiti, l'imparzialità “dell'organizzazione” possa essere oggetto di una pretesa giuridicamente tutelata. Lungi dall'aver un rilievo soltanto teorico, la prospettiva rivela la sua utilità nel superamento dei numerosi problemi applicativi derivanti dalla difficile emersione di un interesse individuale all'imparzialità e dalla sua commistione con l'interesse pubblico¹⁸. Si mostrerà infatti come, nell'applicazione della disciplina prima delle incompatibilità e ora del conflitto d'interessi, la sovrapposizione tra l'interesse del privato a un trattamento imparziale e quello pubblico all'immagine di un'amministrazione *super partes* abbia spesso condotto a conseguenze radicali in termini di tutela, cioè all'annulla-

trattate in modo imparziale, equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni e dagli organi dell'Unione».

¹⁵ A. ZITO, *Il “diritto” ad una buona amministrazione nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nell'ordinamento interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, p. 432.

¹⁶ Si vedano, però, riguardo alla diretta relazione tra assetti organizzativi dell'amministrazione e tutela dei diritti dei cittadini, gli studi di A. PIOGGIA, tra i quali *Giudice amministrativo e applicazione diretta della Costituzione: qualcosa sta cambiando?*, in *Dir. pubbl.*, 2012, p. 49 ss.

¹⁷ Basti menzionare le opere monografiche dedicate al tema negli ultimi anni: G. IUDICA, *Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2016, M. CALCAGNILE, *Inconferibilità amministrativa e conflitti di interesse. Nella disciplina dell'accesso alle cariche pubbliche*, Bologna, BUP, 2017, F. GAFFURI, *Il conflitto di interessi nell'esercizio del potere amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2018, E. LUBRANO, *Il conflitto di interessi nell'esercizio dell'attività amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2018, F. SICILIANO, *Conflitto di interessi e arte di amministrare. Contributo allo studio dell'art. 6-bis, l. n. 241/90*, Milano, Giuffrè, 2018.

¹⁸ Si utilizza l'espressione “pretesa giuridicamente tutelata” per evitare, in questa sede, di entrare nella dialettica diritto soggettivo/interesse legittimo: qui preme, infatti, sottolineare l'importanza di una ricostruzione che muova dall'individuo e dal suo interesse. Nondimeno, è facile intuire che la commistione tra interesse pubblico e interesse privato di cui si parla (e da cui nascono i problemi applicativi) sia figlia della tradizionale visione dell'interesse legittimo quale situazione giuridica inestricabilmente legata all'interesse pubblico.

mento di provvedimenti sostanzialmente corretti adottati da organi non-imparziali, o viceversa, sulla base di insoddisfacenti temperamenti, alla loro conservazione in nome del buon andamento.

Poste alcune premesse di inquadramento del tema (§ 2), saranno mostrate le distorsioni generate dall'applicazione delle incompatibilità nel procedimento amministrativo (§ 3). Si valuteranno, quindi, le innovazioni apportate dall'art. 6-bis della legge sul procedimento (§ 4), prima di delineare una diversa ipotesi ricostruttiva fondata sulla pretesa individuale all'imparzialità (§ 5).

2. L'incompatibilità del funzionario e la pluralità di beni protetti.

Si è detto che non tutte le dimensioni dell'imparzialità riferibili all'assetto organizzativo dell'amministrazione possano essere oggetto di una pretesa giuridicamente tutelata. Del resto, l'imparzialità che interessa (e tocca) l'individuo è quella della singola decisione. L'imparzialità di una decisione richiede, prima di tutto, condizioni strutturali che garantiscano l'esclusione di interferenze indebite sul decisore: quest'ultimo non deve essere cioè portatore di interessi (propri o di altri) che possano minarne la neutralità rispetto alla questione da decidere. Se, dunque, il rilievo immediato dell'imparzialità è nel profilo funzionale (cioè quello della decisione), la garanzia del principio richiede anche una certa conformazione che attiene al versante strutturale dell'autorità decidente: in altre parole, l'imparzialità opera «non soltanto a livello provvedimentale, ma a monte, anche sotto il profilo dell'organizzazione»¹⁹. La distinzione tra versante strutturale e versante funzionale consente di distinguere tra neutralità e disparità di trattamento: la prima è una pre-condizione della seconda; ma l'assenza della prima non comporta necessariamente la seconda. Non è pertanto automatico che un decisore non-neutrale adotti una decisione non-imparziale: da questa constatazione nascono, come vedremo, alcuni problemi riguardo all'annullamento di atti amministrativi adottati in situazioni di conflitto di interessi.

Nel diritto amministrativo è mancata per lungo tempo una disciplina generale sull'incompatibilità o sul conflitto d'interessi del funzionario. L'obbligo di astensione dei funzionari amministrativi non era disciplinato in via generale, ma era previsto da specifiche disposizioni legislative²⁰. Per colmare la lacuna, si

¹⁹ R. MARRAMA, *I principi regolatori della funzione di organizzazione pubblica*, in L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, vol. I, Bologna, Monduzzi 2001, p. 425, che così prosegue: «Un'amministrazione che non presenti, già a livello organizzativo, reali requisiti di "parte imparziale" si troverà, poi, nella sostanziale impossibilità di praticare l'imparzialità». A livello teorico più generale, v. I. TRUJILLO, *Imparzialità*, Torino, Giappichelli, 2003, spec. p. 49: «Diciamo "imparziale" il giudizio in cui la persona che lo realizza si mostra obiettiva, spassionata, non favorisce per interesse o per simpatia più gli uni degli altri: per estensione, diciamo "imparziali" il soggetto imparziale e gli accorgimenti per garantire l'imparzialità».

²⁰ Per esempio, esiste un dovere di astensione per gli amministratori locali (art. 78, co. 2, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267); oppure la disciplina dell'art. 51 c.p.c. è richiamata per i commissari nei concorsi pubblici (art. 11, co. 1, d.p.r. 9 maggio 1994, n. 487), come lo era nel previgente codice dei contratti pubblici (art. 84, co. 7, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), mentre nel codice attuale (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) è presente un articolo specificamente dedicato al conflitto

è tradizionalmente fatto riferimento alle cause di incompatibilità previste dall'art. 51 c.p.c. per l'astensione del giudice nel processo civile²¹, ritenute «*estensibili, in rispetto al principio costituzionale di imparzialità, a tutti i campi dell'azione amministrativa*»²²: in tal modo, l'obbligo di astensione ha trovato applicazione in ambito amministrativo pur in assenza di espresse previsioni di legge, alla stregua di un principio generale²³.

Questi istituti hanno però manifestato una peculiarità, una volta trapiantati nel diritto amministrativo: si è infatti sostenuto – secondo un ordine di idee molto risalente ma giunto pressoché immutato fino alle trattazioni più recenti²⁴ – che l'astensione e la ricsuzione tutelino prima di tutto l'immagine, il prestigio²⁵, la serenità²⁶, la dignità stessa delle istituzioni pubbliche²⁷, e con esse l'interesse pubblico cui tende l'attività amministrativa, mentre solo in via subordinata essi garantiscano anche l'interesse privato dei cittadini destinatari de-

di interessi (art. 42). Per una recente panoramica sul conflitto di interessi in diversi settori dell'ordinamento, v. A. LALLI, *Conflitti di interessi nel diritto privato e nel diritto pubblico. Una rassegna*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, p. 155 ss.

²¹ Come noto, l'art. 51 c.p.c. dispone che «*il giudice ha l'obbligo di astenersi: 1) se ha interesse nella causa o in altra vertente su identica questione di diritto; 2) se egli stesso o la moglie è parente fino al quarto grado o legato da vincoli di affiliazione, o è convivente o commensale abituale di una delle parti o di alcuno dei difensori; 3) se egli stesso o la moglie ha causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito con una delle parti o alcuno dei suoi difensori; 4) se ha dato consiglio o prestato patrocinio nella causa, o ha deposto in essa come testimone, oppure ne ha conosciuto come magistrato in altro grado del processo o come arbitro o vi ha prestato assistenza come consulente tecnico; 5) se è tutore, curatore, amministratore di sostegno, procuratore, agente o datore di lavoro di una delle parti; se, inoltre, è amministratore o gerente di un ente, di un'associazione anche non riconosciuta, di un comitato, di una società o stabilimento che ha interesse nella causa. In ogni altro caso in cui esistono gravi ragioni di convenienza, il giudice può richiedere al capo dell'ufficio l'autorizzazione ad astenersi; quando l'astensione riguarda il capo dell'ufficio, l'autorizzazione è chiesta al capo dell'ufficio superiore*». L'art. 52 dispone, al primo comma, che «*nei casi in cui è fatto obbligo al giudice di astenersi, ciascuna delle parti può proporre la ricsuzione mediante ricorso contenente i motivi specifici e i mezzi di prova*».

²² Cons. Stato, sez. VI, 27 aprile 2015, n. 2119.

²³ Si veda già, in tal senso, Cons. Stato, Ad. plen., 30 giugno 1958, n. 6.

²⁴ R. CANTONE, F. MERLONI, *Conflitti di interesse: una diversa prospettiva*, in *Dir. pubbl.*, 2019, p. 886: «*La potenzialità del conflitto affermata in via generale dall'art. 6-bis e la considerazione anche delle "gravi ragioni di convenienza" (già considerate nell'art. 51 c.p.c.), dimostrano che la prevenzione del conflitto di interessi è volta non solo a garantire l'imparzialità della singola decisione pubblica, ma più in generale il profilo dell'immagine di imparzialità dell'amministrazione*».

²⁵ V. CALANIELLO, (voce) *Astensione e ricsuzione nel procedimento e nel processo amministrativo*, in *Enc. giur.*, vol. III, Roma, Treccani, 1988, p. 1: «*Anche nel diritto amministrativo gli istituti dell'astensione e della ricsuzione nascono non solo dall'esigenza di evitare la commistione degli interessi personali nell'esercizio delle pubbliche funzioni, ma anche da quella di porre al riparo tale esercizio da ogni sospetto di parzialità che altrimenti snuirebbe il prestigio e quindi l'autorevolezza della funzione*».

²⁶ L. GALATERIA, (voce) *Astensione (dir. cost. e amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1958, p. 940: «*L'ordinamento positivo o l'autorità nel procedere alla istituzione di organi collegiali o anche alla nomina di cariche, uffici, ecc., vuole che la loro funzione si svolga con la massima obiettività e serenità per quei fini superiori di pubblico interesse che sono propri dell'attività amministrativa*».

²⁷ In questi termini, V.E. ORLANDO, (voce) *Consiglio comunale*, in *Dig. it.*, vol. VIII, Torino, Utet, 1896, p. 134: «*l'obbligo dell'astensione, come è imposto dal testo e più dallo spirito della legge, è obbligo assoluto; riguarda non solo la persona, ma la dignità stessa dell'ente le cui deliberazioni si vogliono rendere superiori al sospetto che fossero dettate da motivi estranei al pubblico interesse*».

gli atti amministrativi. L'incompatibilità del funzionario amministrativo verrebbe addirittura a essere più grave di quella del giudice, pregiudicando, quest'ultima, soltanto un interesse privato e, la prima, anche l'interesse pubblico al corretto svolgimento dell'attività amministrativa²⁸. Non è tanto la pluralità di beni tutelati a caratterizzare gli istituti nel diritto amministrativo – anche nel diritto processuale astensione e riconsuazione sono volti a tutelare la serenità e la dignità della magistratura, oltre all'interesse delle parti a veder decisa la controversia da un giudice che ne sia estraneo – quanto la centralità assegnata all'interesse pubblico rispetto a quello dei privati. La subordinazione dell'interesse privato appare, però, inaccettabile nella misura in cui, almeno nei limiti della legge (che in questo caso nulla dice riguardo a una simile 'gerarchia'), interesse pubblico e interesse privato dovrebbero trovarsi sullo stesso piano²⁹; ed essa pure contraddice l'idea, che dovrebbe darsi per acquisita nell'attuale contesto costituzionale, della primazia dei diritti degli individui rispetto ai poteri dell'amministrazione, che proprio nei primi trovano il loro fondamento e in loro funzione devono essere esercitati³⁰. Si tratta, a ben vedere, di una delle manifestazioni di quella prospettiva dell'imparzialità 'dal punto di vista dell'amministrazione' di cui s'è detto nel primo paragrafo, a sua volta figlia di una costruzione del diritto pubblico che stenta ad affrancarsi dal punto logico di partenza del potere per abbracciare quello dell'individuo³¹. Di là dagli aspetti ideali, la questione rivela i suoi (negativi) risvolti applicativi nel momento in cui l'atto amministrativo adottato da un organo non imparziale sia impugnato dal privato di fronte al giudice amministrativo per chiederne l'annullamento. Finisce, infatti, per essere oscuro se la violazione delle norme sull'astensione o la riconsuazione, fatta valere dal ricorrente, abbia leso una situazione giuridica soggettiva o (solo) un interesse dell'amministrazione. L'assenza di un confine netto tra interessi pubblici e interessi privati (che arrivano a sovrapporsi, in questo come in altri ambiti del diritto amministrativo), rende complicata l'emersione di una pretesa individuale e realizza il noto fenomeno

²⁸ E. GUICCIARDI, *Esercizio di pubbliche funzioni e interesse personale nei colleghi amministrativi*, in *Riv. amm.*, 1948, p. 132: «Questa gravità di conseguenze si spiega col considerare che mentre la partecipazione del giudice riconsuabile alla decisione può, se mai, portare un pregiudizio all'interesse di una delle parti, cioè ad un interesse privato, la partecipazione dell'amministratore incompatibile alla deliberazione può comportare, oltre a questo e più che a questo, un malo esercizio della attività amministrativa».

²⁹ Sulla parioridazione dell'interesse pubblico agli altri interessi pubblici e privati di fronte alla legge, si veda A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, 1988, ora in Id., *Scritti giuridici*, Firenze, Giuffrè, 2007, p. 1252: «l'interesse pubblico, come interesse che identifica il soggetto e il potere ad esso attribuito si presenta, nella sua contrapposizione all'interesse generale, come interesse particolare, come termine del contemperamento che deve essere compiuto con altri interessi, pubblici o privati; per cui, in linea tendenziale e di principio, di fronte alla norma regolatrice, esso appare se mai parioridato a questi ultimi».

³⁰ Così, per esempio, L.R. PERFETTI, *Funzione e compito nella teoria delle procedure amministrative. Metateoria su procedimento e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 53 ss., ove si legge «Se diritti fondamentali e libertà (quanto al loro contenuto essenziale) si trattengono nell'ambito della sovranità nel momento stesso in cui essa si esercita ponendo la Costituzione, non potrà che derivarne non solo che l'esercizio dei poteri non potrà contrastarli ma, più profondamente, che l'autorità è ad essi funzionale».

³¹ L. FERRARA, *Individuo e potere. In un giuoco di specchi*, cit., spec. p. 20 e ss.

della iper-garanzia e ipo-garanzia dell'interesse legittimo³². Quest'ultimo, così, si trova talvolta a ottenere una protezione dimidiata perché calibrata su valori oggettivi, che tendono a spersonalizzarne il contenuto; talaltra, però, viene protetto più di quanto le norme prevedono, cosa che accade tutte le volte in cui l'interesse legittimo viene attratto nella sfera dell'interesse pubblico, assumendo dimensioni che oltrepassano la sfera individuale.

Il tentativo, che verrà svolto nelle prossime pagine, di isolare, con riferimento all'ambito delle indebite interferenze di interessi, l'area di una pretesa individuale all'imparzialità consente di comprendere quando (e come) sanzionare la parzialità in sede giudiziale e quando invece la violazione non inverte la lesione di una posizione individuale, ma soltanto, al limite, di un valore interno alla pubblica amministrazione, situazione che richiederebbe l'individuazione di diversi strumenti di controllo e reazione (per esempio sul piano disciplinare).

3. Astensione e ricusazione nel procedimento amministrativo: la tutela dell'interesse pubblico e la difficile ricerca di un equilibrio.

Per dimostrare quanto detto, è utile portare alcuni esempi tratti dalla prassi formatasi nel tempo. Come accennato, la sovrapposizione della tutela dell'interesse pubblico (in particolare all'immagine, al prestigio e all'integrità dell'amministrazione) con quella dell'interesse privato a una decisione imparziale ha generato un problema di fondo³³, così riassumibile: la violazione dell'imparzialità consegue alla semplice presenza di una situazione di incompatibilità o alla effettiva disparità di trattamento? E, quindi, l'annullabilità dell'atto amministrativo dipende dalla mera assenza di neutralità del soggetto decidente o dal prodotto della sua attività?

L'alternativa è tradizionalmente fonte di incertezza³⁴: su di essa fu chiamata a pronunciarsi, già alla fine degli anni Cinquanta, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato. La Plenaria si trovava di fronte due tesi: in base alla prima, il ricorrente avrebbe dovuto dimostrare in giudizio l'influenza dell'incompatibilità sul contenuto dell'atto, quindi anche la divergenza di quest'ultimo dall'interesse pubblico³⁵. In base alla seconda, l'incompatibilità avrebbe viziato la composi-

³² Su ipo-garanzia e iper-garanzia dell'interesse legittimo, v. A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive (dir. amm.) (voce)*, in *Enc. dir.*, agg. II, Milano, Giuffrè, 1988, p. 966 ss., C. MARZUOLI, *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 415.

³³ Sul quale si veda ampiamente anche G. IUDICA, *Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo*, cit., 2016, p. 51 e ss.

³⁴ S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Milano, Giuffrè, 1973, p. 108, osservava che «il giudice amministrativo in taluni casi annulla solo perché il titolare dell'organo era parziale, indipendentemente dalla circostanza che tale mancanza di imparzialità si sia consumata oppure no, creando disuguaglianze; talune altre volte annulla perché il titolare dell'organo – fosse oppur no “interessato” – ha posto in essere un atto che dà luogo ad ingiustizia o a disuguaglianza (e quindi apprezza solo tale ingiustizia o disuguaglianza); talune altre volte annulla per l'uno e per l'altro motivo (sia per quello che attiene alla non imparzialità sia per quello che attiene agli effetti diseguali del provvedimento)».

³⁵ Cons. Stato, sez. V, 9 giugno 1951, n. 531.

zione dell'organo collegiale rendendone, di per sé, illegittima l'attività³⁶ e avrebbe determinato la lesione di valori (l'immagine, il decoro, ecc.) "interni" alla pubblica amministrazione.

La Plenaria aderì alla seconda tesi, sul presupposto che, «nei rapporti di diritto amministrativo», l'imparzialità è un'esigenza volta al raggiungimento di fini di pubblico interesse che riguardano la regolarità della condotta dell'amministrazione, pertanto tale esigenza non può essere «affidata al solo titolare dell'interesse indirettamente protetto con l'esercizio esclusivo della potestà di ricusazione»³⁷. Il Consiglio di Stato, in questo modo, fece emergere il *proprium* del regime e della funzione della incompatibilità nel diritto amministrativo, rispetto alla incompatibilità del giudice nel diritto processuale³⁸: se nel processo civile essa è posta a tutela delle parti, nel procedimento amministrativo serve anzitutto alla tutela del pubblico interesse.

La soluzione individuata dalla Plenaria lasciò aperte alcune questioni, ancora attuali. In primo luogo, se il bene tutelato è la semplice "apparenza" di imparzialità, indipendente dal contenuto della decisione, in che misura tale apparenza può essere ripristinata attraverso l'annullamento dell'atto? Inoltre, se si ritiene che il privato non abbia una pretesa alla semplice neutralità del decisore che si collega alle norme sulla astensione, può ritenersi quel ricorso fondato?³⁹ Riconoscendo al privato il diritto di azione, in assenza di una posizione soggettiva, non si fa altro che delegargli la cura di un frammento dell'interesse pubblico, secondo le più antiche concezioni dell'interesse occasionalmente protetto⁴⁰. In questo modo però, in contrasto con la natura del processo amministrativo, la giurisdizione finisce per caratterizzarsi in senso oggettivo e il ricorso del privato diventa solo l'occasione per la verifica della rispondenza dell'atto impugnato all'interesse pubblico.

Si deve inoltre considerare una circostanza ulteriore: la tesi dell'annullamento per la semplice presenza dell'incompatibilità, tutelando massimamente la apparenza di neutralità dell'amministrazione, rischia di compromettere un altro interesse pubblico, quello alla continuità dell'azione amministrativa. Questa è la ragione per cui il giudice amministrativo ha tentato di mi-

³⁶ Cons. Stato, sez. IV, 27 febbraio 1953, n. 238.

³⁷ Cons. Stato, Ad. plen., 30 giugno 1958, n. 6.

³⁸ La ricusazione nel diritto amministrativo sarebbe caratterizzata da un rigore maggiore rispetto alla ricusazione del giudice «sia perché da essi deriva, direttamente dalla legge, una vera e propria incapacità del funzionario (*iudex inhabilis*) mentre nei collegi giurisdizionali la sostituzione del *iudex suspectus* dipende dall'iniziativa degli interessati» e «sia perché la partecipazione del *iudex suspectus*, che non si sia astenuto o sia ricusato dalla deliberazione del collegio giurisdizionale non comporta alcuna conseguenza giuridica, mentre la partecipazione del *iudex inhabilis* alla deliberazione del collegio amministrativo rende la deliberazione illegittima e quindi impugnabile dall'interessato ed annullabile»: E. GUICCIARDI, *Esercizio di pubbliche funzioni e interesse personale nei collegi amministrativi*, cit., p. 129.

³⁹ Per quest'ordine di idee, L. FERRARA, *Un errore di fondo?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, p. 919 e ss.

⁴⁰ O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo, I. Introduzione e nozioni fondamentali*, Napoli, Piero, 1912, p. 430 e ss.

tigare simile tesi, andando alla ricerca di soluzioni di compromesso, che possono essere brevemente illustrate.

Il primo criterio introdotto in sede giurisprudenziale per arginare l'annullamento dell'atto in assenza di effettiva disparità è quello dell'interesse di carattere economico: si tratta di un rimedio utilizzato principalmente nell'ambito dei concorsi universitari. La giurisprudenza ha preso atto della specificità del settore, caratterizzato cioè dalla costanza di rapporti tra allievo e maestro e dalla possibile presenza del secondo in commissioni di concorso cui partecipa il primo. La logica della salvaguardia della semplice apparenza di neutralità condurrebbe alla individuazione di una generalizzata incompatibilità e al conseguente annullamento degli atti concorsuali. Per evitare simile conseguenza, si è introdotto un parametro ulteriore al fine di ritenere sussistente l'incompatibilità: la presenza di un interesse di carattere economico («autentico sodalizio professionale», caratterizzato dalla stabilità del rapporto e dalla reciprocità di interessi economici)⁴¹. Questo temperamento, certamente utile al fine di contenere le ipotesi di annullamento, non offre però un parametro sufficientemente determinato per stabilire quando il rapporto tra concorrente e commissario resti nei limiti della fisiologia o sfoci nella patologia; ma soprattutto, il criterio dell'interesse economico non risolve il problema della parzialità, che ben potrebbe dipendere da considerazioni di carattere non economico⁴². Infine, l'utilizzo del criterio non aiuta a superare la contraddizione di fondo propria dell'apparenza di neutralità: se, cioè, l'illegittimità dell'atto consegua al sospetto di imparzialità o se occorra, invece, la prova di una disparità di trattamento. La dimostrazione di un interesse di carattere specifico (quello economico) non esclude la rilevanza, ai fini della invalidazione della procedura, del semplice sospetto.

Altri correttivi individuati dalla giurisprudenza amministrativa riguardano le incompatibilità nei collegi. Anche qui, infatti, è stata spesso sancita l'invalidità della delibera per la sola presenza di un membro incompatibile⁴³: l'incompatibilità mina la corretta costituzione dell'organo collegiale e lo priva della legittimazione ad adottare il provvedimento⁴⁴. Per ovviare al rigore di que-

⁴¹ Per tutte, Cons. Stato, sez. VI, 13 settembre 2012, n. 4858, Cons. Stato, sez. VI, 30 luglio 2013, n. 4015, Cons. Stato, sez. VI, 27 aprile 2015, n. 2119: «Chiarito ciò, la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha poi, avuto riguardo a quanto stabilito dall'art. 51, identificato alcuni parametri da osservare in specifici settori e, in particolare, in quello dei concorsi pubblici. In particolare, si è affermato che: [...] essendo rilevante e decisiva la circostanza che il rapporto tra commissario e candidato, trascendendo la dinamica istituzionale delle relazioni docente/allievo, si sia concretato in un autentico sodalizio professionale connotato dai caratteri della stabilità e della reciprocità di interessi di carattere economico». Per un'applicazione del criterio al di fuori del contesto universitario, Cons. Stato, sez. III, 31 gennaio 2020, n. 796.

⁴² Ne è consapevole la stessa giurisprudenza che, cercando di limitare la rigidità del criterio economico, lo affianca ad altro ancor più generico, ossia la sussistenza di «un rapporto personale di tale intensità da fare sorgere il sospetto che il giudizio non sia stato improntato al rispetto del principio di imparzialità»: Cons. Stato, sez. VI, 27 aprile 2015, n. 2119.

⁴³ Cons. Stato, sez. V, 13 giugno 2008, n. 2970.

⁴⁴ A. PUBUSA, *Ricusa e astensione nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XIII, Torino, Utet, 1997, p. 434.

sta posizione, altre pronunce hanno stabilito, al contrario, che la situazione di incompatibilità di un componente del collegio non determina di per sé l'invalidità dell'atto ma occorre invece la specifica dimostrazione del danno: l'incompatibilità del presidente o di un membro deve essere risultata determinante ai fini della decisione (c.d. prova di resistenza)⁴⁵. Nella prima prospettiva, l'incompatibilità determina una disfunzione organizzativa, che si traduce in una presunzione assoluta di parzialità dell'organo illegittimamente costituito: anche in questo caso, la rilevanza esterna della norma organizzativa, la cui violazione si riverbera sulla illegittimità del provvedimento, non è calibrata sulla lesione di una posizione individuale⁴⁶. Del resto, la illegittima costituzione di un collegio, nella prospettiva degli interessati, dovrebbe comportare l'invalidità dell'atto soltanto nei casi in cui il collegio eserciti un potere che incide in modo arbitrario sulla sfera giuridica. L'esito cui si perviene è l'annullamento di atti sostanzialmente corretti, la riedizione dei quali non porterebbe a un esito diverso.

Un'altra via d'uscita è stata cercata nella vincolatezza della fattispecie: la giurisprudenza tende a negare, cioè, la rilevanza dell'incompatibilità nei casi di attività vincolata. I giudici amministrativi percepiscono, infatti, che far valere il conflitto di interessi in casi di vincolatezza rischia di causare un eccesso di effetti invalidanti sulla base di un dato organizzativo-formale, senza incidenza sul contenuto dell'atto⁴⁷. Il ragionamento è senz'altro condivisibile ma si pone in aperta contraddizione con le soluzioni giurisprudenziali sopra richiamate. Delle due l'una, infatti: o si ritiene che il conflitto di interessi rilevi soltanto quando produce una decisione parziale (secondo la logica causalistica dell'art. 21-octies), oppure si ritiene (a fini preventivi o di tutela dell'immagine dell'amministrazione) che il conflitto di interessi rilevi sempre, ma allora la vincolatezza o meno dell'atto non dovrebbe esser tenuta in considerazione, perché anche in quel caso l'apparenza è compromessa⁴⁸.

⁴⁵ L'argomento poggia naturalmente sul presupposto che possa escludersi una rilevanza causale della presenza del membro incompatibile sulla decisione del collegio: si dovrebbe, cioè, poter escludere che il membro incompatibile abbia influenzato la posizione degli altri componenti.

⁴⁶ Si veda, per esempio, Cons. Stato, sez. 23 maggio 1994, n. 437. Il presupposto di tale posizione continua a essere quello per cui «l'obbligo dell'astensione, riguarda non solo la persona, ma la dignità stessa dell'ente le cui deliberazioni si vogliono rendere superiori al sospetto che fossero dettate da motivi estranei al pubblico interesse»: V.E. ORLANDO, *Consiglio comunale*, cit., 134. Sul punto v. anche A. PUBUSA, *Ricusazione ed astensione nel diritto amministrativo*, cit., 434 s.

⁴⁷ Si veda, per esempio, Cons. Stato, sez. V, 16 maggio 2016, n. 1961.

⁴⁸ Emblematico è il caso dell'annullamento d'ufficio dell'atto di costituzione di un rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione, da parte di una giunta comunale i cui componenti erano sottoposti a procedimento di responsabilità contabile proprio a causa dell'atto annullato. Ad avviso del Consiglio di Stato non vi è conflitto d'interessi perché, nel caso, di specie non vi è divergenza tra l'interesse personale dei membri del collegio e quello pubblico perseguito con l'atto di ritiro, anzi il primo coincide col secondo («ovvero evitare non dovuti esborsi di denaro pubblico per effetto di provvedimenti di stabilizzazione ritenuti illegittimi»). Da un lato, quindi, i giudici negano il conflitto di interessi quando interesse personale e interesse pubblico coincidano, ma, così facendo, negano anche la rilevanza della semplice potenzialità del conflitto e dell'immagine *super partes* della pubblica amministrazione; dall'altro, forse per uscire da questa contraddizione, riconducono a vincolatezza (poiché in questo caso l'interesse pubblico all'annullamento sareb-

Altro correttivo individuato dalla giurisprudenza per bilanciare l'esigenza di neutralità dell'amministrazione con quella di certezza ed effettività dell'azione amministrativa, contenendo gli effetti invalidanti, risiede nella tassatività delle cause di incompatibilità previste dal codice di procedura civile⁴⁹. Di là dal problema dell'ampiezza di alcune delle fattispecie contemplate dal codice (si pensi alla grave inimicizia o alla qualità di commensale abituale), si tratta comunque di ipotesi tipizzate e tassative⁵⁰. Emerge, tuttavia, la difficoltà di contenere la tassatività a fini di certezza e garanzia di chi agisce in nome dell'amministrazione con la finalità preventiva propria dell'istituto dell'incompatibilità. Così, da un lato, si sostiene che *«la sussistenza di una situazione di incompatibilità tale da imporre l'obbligo di astensione deve essere valutata ex ante, in relazione agli effetti potenzialmente distorsivi che il sospetto difetto di imparzialità è idoneo a determinare in relazione alla situazione specifica»*. Dall'altro, si tenta di correggere il tiro e si osserva che la concreta applicazione di un siffatto orientamento, *«idoneo a sortire sull'ordinario agere amministrativo»* effetti rilevanti, *«deve essere modulata con estrema cautela in relazione alla sua portata soggettiva, onde evitare che la sussistenza dell'obbligo di astensione (con le relative conseguenze in termini di invalidazione di procedure amministrative anche di notevole portata e rilevanza) possa essere estesa a casi e fattispecie in alcun modo contemplate dalla normativa di riferimento»*⁵¹. Dovrebbe trattarsi, invero, non di modulare gli effetti, bensì di dispiegarli pienamente ma soltanto nelle fattispecie in cui possa davvero parlarsi di violazione del principio di imparzialità.

In definitiva, la giurisprudenza amministrativa in questo campo è segnata da incertezze che impediscono una ricostruzione chiara dell'istituto in questione. La sovrapposizione tra interessi pubblici e interessi privati e il tentativo di

be *in re ipsa*) l'esercizio di un potere tipicamente discrezionale quale quello di autotutela ex art. 21-nonies, l. n. 241/1990 (Cons. Stato, sez. V, 16 maggio 2016, n. 1961: *«se è vero che, di regola, il potere di autotutela ha natura discrezionale, [...] fanno eccezione alla regola le ipotesi in cui, essendo l'interesse pubblico in re ipsa, l'amministrazione non è chiamata a compiere alcuna valutazione [...]. In tali casi, la natura vincolata del potere, esclude che vi siano spazi per poter apprezzare profili di imparzialità. Orbene, per un'ormai consolidata giurisprudenza che il Collegio condivide, l'annullamento d'ufficio degli atti da cui discendono continuativi e non dovuti esborsi di denaro pubblico, quali quelli di illegittima costituzione di rapporti di lavoro alle dipendenze di pubbliche amministrazioni, è doveroso, dovendo ritenersi l'interesse pubblico al ritiro in re ipsa»*).

⁴⁹ Tra tante, Cons. Stato, sez. VI, 27 aprile 2015, n. 2119: *«La giurisprudenza del Consiglio di Stato è costante nel ritenere che le cause d'incompatibilità sancite dall'art. 51 Cod. proc. civ., estensibili, in rispetto al principio costituzionale di imparzialità, a tutti i campi dell'azione amministrativa, in quanto presunzioni di doverosa declinatoria ecepibile dalla parte interessata hanno carattere tassativo (salvo comunque l'ulteriore rilievo disciplinare, per i giudici, di direttamente rispettare analogo dovere in ipotesi di c.d. incompatibilità soggettiva): come tali, sfuggono all'estensione analogica, stante l'esigenza di assicurare la certezza dell'azione amministrativa (es. Cons. St., n. 4015/2013, e la giurisprudenza ivi citata) e di evitare un pretestuoso ricorso ad elementi invalidanti che non sia basato su un effettivo conflitto di interessi»*.

⁵⁰ Di conseguenza, si ritiene che il diritto di ricusazione (art. 52 c.p.c.) sussista soltanto per i casi di astensione obbligatoria (art. 51, c. 1) e non invece per le ipotesi di astensione facoltativa per gravi ragioni di convenienza (art. 51, c. 2): A. CARRATTA, C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, *Nozioni introduttive e disposizioni generali*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 335.

⁵¹ Cons. Stato, sez. VI, 19 marzo 2015, n. 1411.

conciare un modello di tutela soggettiva con esigenze proprie della garanzia dell'interesse pubblico determinano oscillamenti e la ricerca di soluzioni che, nella pratica, si rivelano insoddisfacenti.

4. Il conflitto d'interessi nella legge sul procedimento: novità e continuità col passato.

Una possibile via d'uscita dai problemi mostrati nel paragrafo precedente sta nella ricostruzione di una pretesa individuale alla imparzialità, depurata dalle connotazioni pubblicistiche che l'hanno finora caratterizzata, in modo da individuare con precisione la rilevanza giuridica e i limiti di azionabilità.

Il punto di partenza di una simile ricostruzione è necessariamente il dato positivo, oggi costituito dall'art. 6-bis, l. n. 241/1990, che prevede, come noto, che *«il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale»*. Si tratta di una disposizione dal carattere minimale: non contiene, infatti, una definizione del conflitto d'interessi, né un elenco delle fattispecie di incompatibilità (sul modello dell'art. 51 c.p.c.), e neppure disciplina le conseguenze del conflitto d'interessi sulla sorte dell'atto eventualmente adottato. La lacunosità dell'art. 6-bis ha dato luogo a giudizi opposti. Da un lato, vi è chi arriva a sostenere la sostanziale inutilità dell'art. 6-bis, in virtù della sua indeterminatezza, dal momento che la disposizione si limita *«a mantenere sulla disciplina del tema un assetto meramente programmatico, generico e gravemente indeterminato; e che, per ciò stesso, finisce solo per complicare le cose»*⁵². All'opposto vi è chi ritiene, invece, che la mancata individuazione *«precisa e specifica della portata del conflitto d'interessi»* costituisca una scelta positiva del legislatore, poiché, in questo modo, *«la nozione si presta ad essere un concetto giuridico indeterminato (un contenitore), suscettibile di essere di volta in volta definito e precisato (nei suoi contenuti), a seconda dello sviluppo dell'Ordinamento e delle esigenze riscontrate con il passare del tempo»*⁵³. La genericità della disposizione è incontestabile, tuttavia dal suo contenuto possono trarsi indicazioni utili per la soluzione dei problemi finora esposti. Ci si può, quindi, collocare in una via mediana rispetto alle due tesi appena richiamate, escludendo l'inutilità della disciplina ma, al contempo, non accontentandosi della sua indeterminatezza.

L'art. 6-bis, come detto, non contiene una definizione di conflitto d'interessi. La lacuna non deve stupire particolarmente, né allarmare l'interprete. È sufficiente pensare all'art. 1394 c.c. che disciplina il conflitto

⁵² F. SICILIANO, *Conflitto di interessi e arte di amministrare*, cit., p. 16.

⁵³ E. LUBRANO, *Il conflitto di interessi nell'esercizio dell'attività amministrativa*, cit., p. 142. Lo stesso A. descrive l'art. 6-bis come *«norma generale e di chiusura sul conflitto di interessi, in quanto determina l'applicazione dell'istituto in ogni procedimento amministrativo (salvo previsioni speciali contrarie o diverse), disponendo che elemento necessario – ma anche sufficiente – ad integrare la condizione giuridicamente rilevante è la sussistenza di un interesse alieno (cioè, non qualificato dalla normativa), che abbia la possibilità (o capacità) di influenzare il processo decisionale pubblico, in esito al quale potrebbe non raggiungersi la massimizzazione dell'interesse pubblico primario, ma, al contrario, potrebbe conseguirsi un interesse privato (alieno rispetto alla decisione pubblica)»* (p. 146 s.).

d'interessi nell'ambito del contratto di rappresentanza e che nulla dice circa la natura o le caratteristiche di tale conflitto, ma si limita a stabilire le conseguenze del conflitto sulla validità del contratto concluso dal rappresentante. Del resto, come per la disciplina delle incompatibilità, ciò che si vuole evitare è una interferenza indebita di interessi del decisore⁵⁴. Il legislatore ha soltanto specificato che rileva anche il conflitto soltanto "potenziale". Tutto ciò prefigura un campo applicativo molto ampio e un ruolo rilevante dell'interprete. Per restringere questo campo, occorre anzitutto considerare che il conflitto d'interessi di cui all'art. 6-bis è quello che si riferisce al funzionario pubblico (persona fisica) nell'esercizio delle sue funzioni, o, come è stato detto, il conflitto d'interessi «*monosoggettivo*»⁵⁵: si tratta di ciò che finora abbiamo chiamato neutralità del decisore. Riguardo al difetto di tipizzazione – addirittura aggravatosi rispetto alla situazione preesistente, nella quale si faceva ricorso all'applicazione analogica delle regole processualciviltistiche – è necessario ricercare un'interpretazione coerente con i principi di prevedibilità e tassatività, al fine di evitare un approccio esclusivamente casistico, che rimetta sull'interprete l'intero peso della valutazione circa la rilevanza degli interessi estranei e che possa minare la certezza dell'azione amministrativa. In tal senso, l'art. 6-bis deve essere letto e interpretato insieme alle disposizioni del Codice di comportamento dei dipendenti pubblici, che individuano le ipotesi nelle quali è fatto obbligo di astenersi al

⁵⁴ A definizioni non dissimili giungono le autorità nazionali o internazionali che si sono espresse sul tema. Così, l'Anac considera conflitto d'interessi «*ogni situazione nella quale un interesse del soggetto [...] interferisce o potrebbe interferire con lo svolgimento imparziale dei suoi doveri*» o il gruppo costituito nell'ambito del Consiglio d'Europa per il contrasto alla corruzione (c.d. GRECO) parla di «*esclusione di interessi alieni a quello pubblico*». Si vedano Linee guida Anac per l'adozione dei codici di comportamento negli enti del servizio sanitario nazionale (delib. 29 marzo 2017, n. 358) e Recommendation on Codes of Conduct for Public Officials – Recommendation n. R(2000)10, sulle quali si rimanda a E. LUBRANO, *Il conflitto di interessi nell'esercizio dell'attività amministrativa*, cit., rispettivamente p. 145 e p. 100 e ss. Una maggiore attenzione definitoria è prestata dalla legge 20 luglio 2004, n. 215, che disciplina il conflitto di interessi dei titolari di cariche di governo. L'art. 3 della legge, nell'individuare i casi di sussistenza del conflitto, prevede due distinte situazioni: da un lato, si rinvia a una serie di incompatibilità elencate dall'art. 2 della stessa legge (incompatibilità della carica di governo con altre cariche, uffici o attività pubbliche e private); dall'altro, la disposizione stabilisce che vi sia conflitto quando l'atto o l'omissione del titolare di carica di governo abbia «*un'incidenza specifica e preferenziale sul patrimonio del titolare, del coniuge o dei parenti entro il secondo grado, ovvero delle imprese o società da essi controllate (...) con danno per l'interesse pubblico*»: una specificazione, dunque, sia dell'interesse rilevante (di carattere patrimoniale) che della necessità dell'effettivo contrasto con l'interesse pubblico («*danno*»). Sul nesso tra disciplina delle cariche politiche e art. 6-bis, v. R. CANTONE, F. MERLONI, *Conflitti di interesse: una diversa prospettiva*, cit., p. 890: «*L'introduzione della norma generale dell'art. 6-bis nella legge n. 241 del 1990, fa ritenere applicabile in via generale il dovere di astensione anche alle cariche politiche. In molti casi, però, può apparire non stretto il nesso tra la partecipazione ad una decisione legislativa (o di grande indirizzo politico nazionale) e specifici interessi particolari che possano indurre ad un vero e proprio dovere di astensione*».

⁵⁵ F. SICILIANO, *Conflitto di interessi e arte di amministrare*, cit., p. 15 ss.: l'aggettivo è utilizzato per distinguere questo conflitto da quello "intersoggettivo" che è invece la «*ragion d'essere di ogni pubblica amministrazione e quella che dovrebbe essere la quotidiana missione della medesima*», cioè l'attività di comparazione e ponderazione tra interessi normalmente compiuta dalla pubblica amministrazione.

pubblico dipendente⁵⁶.

La norma neppure disciplina le conseguenze della violazione dell'obbligo di astensione sul provvedimento. La violazione non sembra riconducibile a una delle cause di nullità dell'atto amministrativo previste dall'art. 21-septies⁵⁷ e, dunque, il provvedimento adottato in conflitto di interessi dovrebbe essere più semplicemente annullabile. Meno scontato è capire quale sia il vizio di legittimità in questione: in dottrina sono state avanzate tutte le possibilità, l'incompetenza relativa, l'eccesso di potere e la violazione di legge⁵⁸. Poiché la situazione di incompatibilità o di conflitto di interessi non priva l'organo del potere di adottare un qualunque atto legittimo, la violazione dell'art. 6-bis non costituisce un caso di incompetenza⁵⁹ ma più semplicemente un'ipotesi di violazione di legge. A ben vedere, però, l'individuazione del vizio non è rilevante, se non a un unico fine: quello cioè di comprendere se l'atto adottato in conflitto di interessi sia sempre annullabile o solo nel caso in cui sia dimostrata una effettiva lesione dell'imparzialità⁶⁰. Si tratta di una questione decisiva sul piano pratico, anche in considerazione del difetto di tipizzazione delle fattispecie di conflitto di interessi sopra evidenziato⁶¹.

In proposito, e per quanto si intende sostenere, sono di sicuro interesse due novità apportate dall'art. 6-bis. La prima consiste nell'introduzione, in capo

⁵⁶ Si tratta, in particolare, dell'art. 7, d.p.r. 16 aprile 2013, n. 62, che stabilisce che «il dipendente si astiene dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività che possano coinvolgere interessi propri, ovvero di suoi parenti, affini entro il secondo grado, del coniuge o di conviventi, oppure di persone con le quali abbia rapporti di frequentazione abituale, ovvero, di soggetti od organizzazioni con cui egli o il coniuge abbia causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito significativi, ovvero di soggetti od organizzazioni di cui sia tutore, curatore, procuratore o agente, ovvero di enti, associazioni anche non riconosciute, comitati, società o stabilimenti di cui sia amministratore o gerente o dirigente. Il dipendente si astiene in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza [...]». Per ulteriori considerazioni circa il difetto di tipizzazione dell'art. 6-bis e i possibili rimedi sia consentito rinviare a I. PIAZZA, *Il diritto a un'amministrazione imparziale*, cit., 80 ss.

⁵⁷ In tal senso, S.A. FREGO LUPPI, *L'obbligo di astensione nella disciplina del procedimento dopo la legge n. 190 del 2012*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 694 ss., G. IUDICA, *Il conflitto d'interessi*, cit., p. 48 ss., F. GAFFURI, *Il conflitto di interessi nell'esercizio del potere amministrativo*, cit., pp. 136 e ss.

⁵⁸ Per le diverse tesi sull'invalidità dell'atto adottato in violazione delle regole sul conflitto d'interessi, v. E. LUBRANO, *Il conflitto di interessi nell'esercizio dell'attività amministrativa*, cit., p. 154 e ss., che ricostruisce il vizio come eccesso di potere sotto forma di sviamento di potere.

⁵⁹ In senso contrario, Cons. Stato, sez. V, 28 ottobre 2019, n. 7389, che, nel caso di incompatibilità ex art. 6-bis non sanata, parla di difetto di legittimazione «tendenzialmente riconducibile nell'ambito del vizio di incompetenza».

⁶⁰ In tal senso, v. anche F. GAFFURI, *Il conflitto di interessi nell'esercizio del potere amministrativo*, cit., p. 141 e ss.

⁶¹ Insiste particolarmente sul punto F. SICILIANO, *Conflitto di interessi e arte di amministrare*, cit., *passim*, il quale colloca il conflitto di interessi in una dimensione esclusivamente organizzativa e, in particolare, nell'ambito del rapporto di servizio che lega il dipendente pubblico all'amministrazione, mentre nega – apparentemente in termini assoluti, o comunque non sulla base delle scarse indicazioni dell'art. 6-bis – riverberi del conflitto sull'attività dell'amministrazione e sulla validità dell'atto (spec. p. 227). Negano, invece, che la norma dell'art. 6-bis abbia una valenza esclusivamente sul piano organizzativo S.A. FREGO LUPPI, *L'obbligo di astensione nella disciplina del procedimento dopo la legge n. 190 del 2012*, cit., p. 694 e F. GAFFURI, *Il conflitto di interessi nell'esercizio del potere amministrativo*, cit., p. 72 e ss.

al funzionario, di due obblighi: un obbligo di astensione e uno di segnalazione del conflitto di interessi. L'obbligo di astensione tutela senza dubbio l'interesse del privato, coinvolto nell'azione amministrativa, a un trattamento imparziale⁶². La segnalazione del conflitto mostra invece i riflessi interni all'amministrazione del conflitto di interessi: la segnalazione è un obbligo che prescinde da un'istanza del privato e il cui oggetto è valutato da un organo dell'amministrazione stessa. È vero dunque che quella dell'art. 6-bis «*si presenta come norma che protegge l'imparzialità soggettiva – la fedeltà – e poi l'imparzialità oggettiva, cioè il buon andamento del procedimento e della decisione amministrativa*»⁶³ (se però si considera primaria la relazione tra amministrazione e cittadino o, meglio, si considera che è in funzione di quest'ultimo che il potere è esercitato, la norma protegge anzitutto il diritto del cittadino alla imparzialità dell'amministrazione). I due beni oggetto di tutela da parte della norma consentono di distinguere le conseguenze della sua violazione: la violazione del dovere di fedeltà può produrre effetti sul piano della responsabilità amministrativa e di quella disciplinare (oltre che penale)⁶⁴; l'assenza di neutralità può, invece, anche invalidare l'atto e pertanto renderlo attaccabile dall'interessato mediante il ricorso giurisdizionale.

E qui veniamo alla seconda rilevante novità dell'art. 6-bis: in linea con le tendenze della recente legislazione anticorruzione, la disposizione include espressamente nelle fattispecie rilevanti di conflitto di interessi anche quello potenziale. La pretesa individuale, che può essere fondata sulla base dell'art. 6-bis, include, quindi, non soltanto la imparzialità effettiva della decisione ma anche la neutralità del decisore, che, come detto, è una pre-condizione dell'azione imparziale, afferente al piano statico⁶⁵. Questa anticipazione della soglia di tute-

⁶² L'art. 6-bis non menziona, invece, il diritto di ricusazione e non disciplina il relativo procedimento. Secondo N. PAOLANTONIO, *Ricusaione del responsabile del procedimento per conflitto di interessi tra dimensione organizzativa e pretese dei privati*, in questa *Rivista*, 1/2019, p. 53 ss. si tratta di una lacuna particolarmente grave: l'A. arriva a immaginare l'inesistenza del diritto di ricusazione e l'unica possibilità per il cittadino sarebbe quella di proporre «*un'istanza di ritiro in autotutela dell'atto di nomina del responsabile, sul quale indubbiamente il dirigente avrà l'obbligo di pronunciarsi e che, ove di contenuto negativo, sarà indubbiamente impugnabile*». Invero, questa non sembra essere una conclusione necessaria: all'obbligo di astensione deve corrispondere, infatti, un diritto di ricusazione in capo all'interessato (esercitabile con istanza), cosa di cui, peraltro, non si dubitava neppure prima dell'introduzione dell'art. 6-bis, quando, come detto, trovavano applicazione in via analogica le norme sull'incompatibilità dei giudici. Sulla ricusazione dopo l'introduzione dell'art. 6-bis, v. G. IUDICA, *Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo*, cit., p. 51 e ss.

⁶³ A. CIOFFI, *Il conflitto d'interessi nella legge sull'azione amministrativa*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 279.

⁶⁴ Per la rilevanza disciplinare della mancata segnalazione del conflitto, v. Cass. civ., sez. lav., 25 settembre 2018, n. 22683. Condivide la necessità di ricorrere a rimedi diversi dall'annullamento dell'atto per la tutela dell'imparzialità soggettiva e dell'immagine dell'amministrazione, F. GAFFURI, *Il conflitto di interessi nell'esercizio del potere amministrativo*, cit., p. 144 e ss.

⁶⁵ Sull'influenza del conflitto d'interessi sul risultato, v. già Cons. Stato, sez. VI, 13 febbraio 2004, n. 563: «*ogni Pubblica Amministrazione deve conformare la propria immagine, prima ancora che la propria azione, al principio generale di imparzialità e di trasparenza ex art. 97 Cost. (...), tanto che le regole sull'incompatibilità, oltre ad assicurare l'imparzialità dell'azione amministrativa, sono rivolte ad assicurare il prestigio della Pubblica Amministrazione ponendola al di sopra di ogni sospetto, indipendentemente dal*

la – unita al carattere soggettivo della giurisdizione – fa sì che il versante organizzativo dell'amministrazione (oltre a produrre conseguenze interne), ne produca anche per il cittadino. Se la neutralità del decisore non fosse parte della pretesa del singolo all'imparzialità, ma ne fosse comunque consentita, in caso di violazione, la sanzione in sede giurisdizionale, ci troveremmo di fronte a un'ipotesi di giurisdizione oggettiva e di controllo diffuso sul rispetto delle regole dell'azione amministrativa.

5. La pretesa individuale e la tutela giurisdizionale secondo legge.

È evidente come un simile ampliamento dell'oggetto della tutela (dalla disparità di trattamento alla neutralità) possa portare con sé l'espansione delle fattispecie illegittime. In proposito, sono condivisibili le osservazioni di chi mette in guardia dal far conseguire l'illegittimità e, soprattutto, l'annullabilità dell'atto da un conflitto d'interessi che non incide sul contenuto dello stesso⁶⁶. Tuttavia, se si considera che con l'azione di annullamento il privato richieda la tutela di un proprio interesse legittimo, inteso quale posizione che gli garantisca la *chance* legale di ottenere il bene cui aspira, simili preoccupazioni si alleviano: occorre riflettere, da un lato, sulla natura delle fattispecie e, dall'altro, sulla specificazione del conflitto di interessi rilevante.

In primo luogo, non dovrebbe aversi annullamento dell'atto per violazione dell'art. 6-bis nel caso di attività vincolata: in questa ipotesi, se si ammettesse l'annullamento dell'atto vincolato sfavorevole, pur se il suo contenuto non avrebbe potuto essere diverso, si finirebbe per concedere tutela a una posizione giuridicamente irrilevante. La legge non garantisce alcunché al privato, di fronte a un provvedimento vincolato in senso negativo: si pensi all'assenza di un requisito per la partecipazione a un concorso o per il rilascio di un'autorizzazione; se l'esclusione dal concorso o il diniego dell'autorizzazione sono stabiliti con la partecipazione di un funzionario incompatibile, resta comunque fermo che il conflitto d'interessi non avrebbe potuto alterare l'esito del procedimento.

*fatto che la situazione incompatibile abbia in concreto creato o non un risultato illegittimo». La potenzialità è del resto una caratteristica tipica della nozione di conflitto di interessi, come rileva B.G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 2007 p. 90: «Nelle diverse lingue che conoscono l'espressione, l'accezione corretta è ovviamente la prima, quella – per così dire – statica: il conflitto di interessi è una situazione di contrasto o divergenza tra interessi, che impedisce la soddisfazione di entrambi gli interessi e fa temere che uno di essi pregiudichi illegalmente l'altro, indipendentemente dal fatto che questo pregiudizio concretamente si verifichi». Sul tema, si veda anche, in generale, A. PERTICI, *Il conflitto di interessi*, Torino, Giappichelli, 2002, *passim*.*

⁶⁶ C. CONTESSA, *Circa la nozione in senso funzionale di "conflitto di interesse" nel nuovo "Codice dei contratti"*, in *Urb. app.*, 2017, p. 829: «Il che, se per un verso risulta conforme alla ratio di una disciplina dall'evidente funzione preventiva e anticipatoria di fenomeni caratterizzati da notevole disvalore sociale (anche nella determinazione della soglia di rilevanza per l'Ordinamento), per altro verso amplia a dismisura il relativo ambito di applicazione, fino ad introdurre fattispecie di contenuto pan-sanzionatorio e dal carattere sostanzialmente atipico»; v. anche G. IUDICA, *Il conflitto d'interessi nel diritto amministrativo*, cit., spec. p. 153 e ss.

In secondo luogo, con riferimento all'attività discrezionale, viene in rilievo il conflitto di interessi come prefigurato dall'art. 6-bis, che, come detto, tutela l'individuo anche rispetto alla semplice neutralità del decisore. Qui sta la novità legislativa: la norma anticipa la soglia di tutela rispetto alla disparità di trattamento, includendo anche il conflitto potenziale di interessi. Ai fini dell'annullamento dell'atto, non importa dunque che vi sia stata una effettiva lesione dell'imparzialità. Tuttavia, non è neppure sufficiente la mera esistenza del conflitto d'interessi: altrimenti, dovremmo avere sempre l'annullamento dell'atto, indipendentemente dalla natura vincolata o discrezionale dell'attività amministrativa. In consonanza con la logica causalistica che guida (o dovrebbe guidare) l'applicazione della clausola di non annullabilità dell'art. 21-octies, co. 2, l. n. 241/90, si deve invece ritenere che la norma dell'art. 6-bis tuteli l'individuo dalla astratta idoneità del conflitto di interessi a incidere sul contenuto della decisione. Ai fini dell'annullamento, occorre quindi che il conflitto di interessi possa incidere sul provvedimento: l'oggetto della pretesa all'imparzialità si concreta, cioè, nella tutela di una *chance* negativa, ossia nella protezione dal rischio che un conflitto di interessi del decisore pubblico possa tradursi in una disparità di trattamento. Al ricorrente si domanda la dimostrazione della astratta idoneità causale del conflitto di interessi, non dell'avvenuta disparità: laddove vi siano profili di discrezionalità che dipendano dalla volontà o dalle valutazioni del funzionario in conflitto di interessi, lì si ha illegittimità dell'atto.

Si superano in questo modo alcuni problemi applicativi, legati in particolare alla sovrapposizione tra interesse pubblico e interessi privati quali oggetti di tutela: anzitutto, si evita che il processo amministrativo si pieghi alla logica di ripristino della legalità oggettiva, con la conseguenza che ogni ipotesi di conflitto, indipendentemente dai suoi effetti, produca l'annullamento dell'atto. Si esclude anche ogni rilievo (a livello giurisdizionale, ché invece rilievo può esserci sul piano della responsabilità del funzionario) del danno all'immagine dell'amministrazione.

Inoltre si evita che, attraverso il processo, si producano fenomeni di ipergaranzia delle posizioni individuali, quando – come nel caso di attività vincolata – potrebbe aversi annullamento dell'atto anche in assenza di *chance* legale in capo al ricorrente.

Infine, una rilettura in senso soggettivo della disciplina sul conflitto d'interessi consente comunque di garantire una tutela ampia (secondo legge) del privato, che abbracci tutte le ipotesi di astratta idoneità del conflitto a incidere sul risultato dell'attività amministrativa. Il dato statico (il conflitto d'interesse del funzionario) si riverbera nel rapporto tra amministrazione e cittadino e può comportare l'invalidità del provvedimento adottato. La connessione tra organizzazione imparziale e provvedimento sussiste, ma l'esigenza di tutelare il privato solo in presenza di una posizione soggettiva garantitagli dalla legge (secondo la logica che si ritiene insita nell'art. 21-octies), nonché la natura soggettiva della giurisdizione amministrativa, portano a ritenere che l'atto debba essere annullato quando vi sia una lesione della (anche sola) *chance* di ottene-

re un trattamento imparziale⁶⁷. La norma d'organizzazione fonda così una pretesa individuale riconosciuta e, come tale, azionabile di fronte a un giudice: il rilievo dell'imparzialità sull'organizzazione non è un mero "riflesso"⁶⁸ ma l'organizzazione diventa oggetto diretto della pretesa individuale.

⁶⁷ Una conferma in tal senso si ricava dalla disciplina speciale dei contratti pubblici, ove in effetti, ai sensi dell'art. 42, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, il conflitto rilevante è quello astrattamente idoneo a compromettere la parità tra i concorrenti («*si ha conflitto d'interesse quando il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi che, anche per conto della stazione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni e può influenzarne, in qualsiasi modo, il risultato, ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità [...]»*).

⁶⁸ A. CERRI, *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, cit., p. 99: «*Si può affermare che l'ambito in cui il principio suddetto direttamente e immediatamente si esplica è propriamente lo svolgimento della funzione di cui costituisce regola intrinseca e fondamentale, ove sia inapplicabile il principio di legalità. Di riflesso esso investe anche l'organizzazione, in quanto questa influisce e si ripercuote sull'attività e sulla idoneità a conformarsi alle esigenze che da esso derivano (alle esigenze, cioè, di fedeltà ai compiti predeterminati dall'ordinamento)*».

FABRIZIO FRACCHIA – SCILLA VERNILE

Professore Ordinario di Diritto amministrativo presso il Dipartimento di Studi Giuridici
“Angelo Sraffa” dell’Università Commerciale “Luigi Bocconi” di Milano

Ricercatrice a t.d. di Diritto amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza
dell’Università degli Studi di Sassari

fabrizio.fracchia@unibocconi.it – svernile@uniss.it

UNA RILETTURA DELLA FIGURA DEL RESPONSABILE DEL PROCEDIMENTO DAL PUNTO DI VISTA DELL’ILLECITO ERARIALE*

A REREADING OF THE FIGURE OF THE OFFICIAL IN CHARGE OF THE ADMINISTRATIVE PROCEDURE FROM THE POINT OF VIEW OF ADMINISTRATIVE LIABILITY

SINTESI

Il contributo offre una rilettura della figura del responsabile del procedimento, concentrandosi sulla responsabilità amministrativa in cui potrebbe incorrere nell’esercizio dei suoi compiti, per valorizzare i risvolti personali delle disfunzioni delle amministrazioni, anche al di là dello schermo della personalità giuridica dell’ente, e valutare l’eventuale incidenza della qualifica di responsabile del procedimento ai fini della configurabilità della responsabilità erariale. In particolare, dopo avere esaminato alcune sentenze della Corte dei conti riguardanti funzionari incaricati della responsabilità del procedimento e richiamato le principali fattispecie tipizzate di responsabilità amministrativa, il saggio si conclude con un’analisi del rapporto tra responsabile del procedimento e organo competente all’adozione del provvedimento finale, anche al fine di rimarcare il potere decisionale di quest’ultimo.

ABSTRACT

The paper offers a rereading of the officer in charge of the administrative procedure on the light of his administrative liability, in order to enhance the personal implications of the dysfunctions of the administrations, beyond the screen of the legal personality of public authorities, and to evaluate the possible impact of the qualification of officer in charge of the administrative procedure for the assessment of the administrative liability. Specifically, after analyzing the jurisprudence of the Court of auditors on the administrative liability of the officer in charge of the administrative procedure and the typified cases of administrative liability, the paper ends with an analysis of the relationship between the officer in charge of the administrative procedure and the organ with competence for adoption of the final administrative act, also in order to emphasize the liability of the latter.

* Il contributo è frutto di una riflessione comune. Tuttavia, i parr. 2, 5 e 6 sono stati curati da Fabrizio Fracchia, mentre i parr. 1, 3 e 4 sono stati curati da Scilla Vernile.

PAROLE CHIAVE: Responsabile del procedimento, illecito erariale, responsabilità amministrativa, organo competente, potere decisionale.

KEYWORDS: Official in charge of the administrative procedure, Damage to the public treasury, Administrative liability, Organ with competence for adoption of the final act, Decision-making power.

INDICE: 1. Cenni introduttivi; il responsabile del procedimento: una figura “atecnica”? – 2. L’attenzione alla responsabilità erariale del responsabile del procedimento: una prospettiva di ricerca promettente? – 3. La giurisprudenza della Corte dei conti sulla responsabilità erariale del responsabile del procedimento: cenni. – 4. Le fattispecie tipizzate di responsabilità amministrativa (quando la legge orienta la ricerca del funzionario da “sanzionare”). – 5. Considerazioni di sintesi in ordine alla dialettica responsabile del procedimento-dirigente. – 6. È davvero opportuno puntare sulla responsabilità erariale del responsabile del procedimento?

1. Cenni introduttivi; il responsabile del procedimento: una figura “atecnica”?

L’interesse per la figura del responsabile del procedimento deriva dalla sua peculiare collocazione all’interno dell’ordinamento, quale punto istituzionale di intersezione tra momento organizzativo e dimensione dinamica dell’attività amministrativa.

La previsione della necessaria individuazione di un soggetto responsabile all’interno dell’organizzazione per ogni procedimento avviato costituisce una delle espressioni più evidenti dell’esigenza di considerare congiuntamente il profilo organizzativo¹ e quello dell’esercizio della funzione.

Proprio la difficoltà di tenere separati questi due momenti rende più arduo il tentativo di soffermarsi sulle singole responsabilità, dal momento che, spesso, il profilo organizzativo assorbe e scherma l’apporto personale della condotta di ciascun attore coinvolto nel concreto episodio di esercizio del potere² e rischia di fare passare in secondo piano la traccia dinamica concreta della funzione.

La centralità del ruolo spettante al responsabile del procedimento e l’opportunità di valutare le effettive responsabilità di dirigenti e funzionari³, peraltro, suggeriscono di guardare a figure di illecito (non penale, la cui trattazione esorbita dai limiti del presente saggio) che valorizzino la responsabilità personale (e l’apporto) del responsabile del procedimento.

Tuttavia, in sede di impostazione dell’indagine, occorre preliminarmente

¹ Sul responsabile del procedimento come «figura organizzativa della pubblica amministrazione», M. RENNA, *Il responsabile del procedimento a (quasi) dieci anni dall’entrata in vigore della legge n. 241*, in *Dir. amm.*, 2000, 3-4, 505.

² M. OCCHIENA, *Il “nuovo” responsabile del procedimento, la responsabilità dei dirigenti pubblici e il labile confine tra la politica e l’amministrazione*, in AA. VV., *Verso un’amministrazione responsabile*, Milano, Giuffrè, 2005, 245.

³ Sia consentito rinviare a F. FRACCHIA, *Elemento soggettivo e illecito civile dell’amministrazione pubblica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009, 123: «*affermare come principio che la negligenza possa non essere riferita a una persona ma all’organizzazione significa abbracciare una inaccettabile visione oggettivistica che fa svanire l’indeffettibile apporto individuale a qualsiasi prodotto dell’azione umana*». Cfr. anche E. CASSETTA, *L’illecito degli enti pubblici*, Torino, Giappichelli, 1953.

sgomberare il campo da equivoci, partendo dall'affermazione, abbastanza comune, secondo la quale il responsabile del procedimento non è responsabile in senso “tecnico”, ossia non è responsabile – quantomeno non necessariamente e/o automaticamente, come meglio si dirà *infra* – per gli effetti prodotti dal provvedimento finale⁴.

La sua responsabilità va intesa secondo la diversa accezione, più lata, che fa riferimento al ruolo di guida, di presidio e di coordinamento del procedimento, oltre che di interfaccia dell'amministrazione per i soggetti pubblici e privati interessati, che gli artt. 5 e 6, l. 241/1990, attribuiscono, appunto, al responsabile del procedimento⁵.

La l. 241/1990, infatti, dopo avere fornito, all'art. 4, gli strumenti per l'individuazione dell'unità organizzativa responsabile dell'istruttoria e di ogni altro adempimento procedimentale⁶, stabilisce, al successivo art. 5, che per ogni procedimento amministrativo occorre individuare un soggetto responsabile del procedimento. A tal fine, la disposizione chiarisce che spetta al dirigente di ciascuna unità organizzativa assegnare a sé ovvero ad altro dipendente addetto all'unità la «responsabilità dell'istruttoria e di ogni altro adempimento procedimentale nonché, eventualmente, dell'adozione del provvedimento finale»⁷.

La responsabilità dell'adozione del provvedimento finale o, meglio, la “competenza” ad adottare il provvedimento, è attribuita dalla legge, sicché l'art. 5 della l. 241/1990 non “sposta” la competenza⁸, ma, nell'utilizzare la congiunzione “nonché”, si riferisce necessariamente alle ipotesi in cui la gestione dell'istruttoria sia affidata al medesimo soggetto preposto all'organo cui la legge ha attribuito la competenza ad adottare il provvedimento finale. Ciò trova

⁴ Per tutti, M. RENNA, *Il responsabile del procedimento a (quasi) dieci anni dall'entrata in vigore della legge n. 241*, cit., il quale chiarisce che «con l'istituzione della responsabilità del responsabile del procedimento non si è inteso introdurre alcuna forma di responsabilità oggettiva o per fatto altrui in capo al dipendente individuato come responsabile della singola procedura. L'espressione “responsabile” è stata utilizzata dal legislatore al fine di riassumere significativamente i compiti spettanti alla nuova figura, in modo analogo a come la stessa viene spesso utilizzata per riassumere le mansioni corrispondenti a determinati profili professionali o posizioni organizzative nel pubblico impiego».

⁵ M. RENNA, *Il responsabile del procedimento a (quasi) dieci anni dall'entrata in vigore della legge n. 241*, cit.

⁶ Ai sensi dell'art. 4, co.1, l. 241/1990, «Ove non sia già direttamente stabilito per legge o per regolamento, le pubbliche amministrazioni sono tenute a determinare per ciascun tipo di procedimento relativo ad atti di loro competenza l'unità organizzativa responsabile dell'istruttoria e di ogni altro adempimento procedimentale, nonché dell'adozione del provvedimento finale».

⁷ L'art. 5 si occupa altresì dell'eventualità in cui il dirigente dell'unità organizzativa responsabile non proceda all'individuazione del responsabile, chiarendo, al comma 2, che «fino a quando non sia effettuata l'assegnazione di cui al comma 1, è considerato responsabile del singolo procedimento il funzionario preposto alla unità organizzativa determinata a norma del comma 1 dell'art. 4». Inoltre, l'art. 5 assicura la pubblicità del nominativo del responsabile del procedimento. Infatti, ai sensi del comma 3, come da ultimo modificato dal d.l. 20 luglio 2020, n. 76, «l'unità organizzativa competente, il domicilio digitale e il nominativo del responsabile del procedimento sono comunicati ai soggetti di cui all'articolo 7 e, a richiesta, a chiunque vi abbia interesse».

⁸ G. CORSO, *Il responsabile del procedimento*, in F. TRIMARCHI (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1990, 59, spec. 73.

espressa conferma nell'art. 6, l. 241/1990 e in particolare nel comma 1, lett. e), in cui si chiarisce che il responsabile del procedimento «adotta, ove ne abbia la competenza, il provvedimento finale, ovvero trasmette gli atti all'organo competente per l'adozione».

Solo quest'ultimo, infatti, ossia il dirigente competente, è responsabile per gli effetti prodotti dal provvedimento, mentre al responsabile del procedimento spetta il compito di gestire il procedimento e i relativi adempimenti, che si concludono con la trasmissione delle risultanze istruttorie all'organo competente per legge⁹, salvo ovviamente che non si tratti dello stesso soggetto cui è stata affidata la responsabilità del procedimento ai sensi del richiamato art. 5.

In questo senso (e da siffatto specifico punto di vista), si può dire che il responsabile del procedimento è soggetto a una forma di responsabilità "atecnica", non legata cioè agli effetti del provvedimento. Essa è piuttosto relativa all'espletamento degli adempimenti procedurali e alla gestione dei rapporti con i soggetti interessati. Il responsabile del procedimento, infatti, assolve ai compiti enucleati (non tassativamente) dall'art. 6 e dalle altre disposizioni della l. 241/1990 che prevedono specifici adempimenti procedurali¹⁰ e si pone quale interfaccia dell'amministrazione per coloro che con la stessa si rapportano con riguardo a quello specifico procedimento¹¹.

L'attenzione riservata a tale soggetto in termini di figura di governo del procedimento (sul quale torneremo ancora diffusamente nel corso dell'ultimo paragrafo) ha concorso a far sì che siano in qualche misura passate in secondo

⁹ Secondo P. LAZZARA, *Responsabile del procedimento*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2016, 261, spec. 277, per comprendere il riparto delle responsabilità occorre distinguere tra compiti strumentali e finali: «al responsabile del procedimento possono essere imputati ritardi, disfunzioni, mancato coordinamento delle attività, ecc., mentre rimane in capo al dirigente la esclusiva responsabilità in ordine all'eventuale travisamento dei fatti, all'insufficienza del materiale istruttorio ed alla sua inattitudine a fondare ragionevolmente la scelta amministrativa».

¹⁰ Si pensi, ad esempio, all'art. 10-bis, co. 1, secondo cui «nei procedimenti ad istanza di parte il responsabile del procedimento o l'autorità competente, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, comunica tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della domanda», ovvero all'art. 11, co. 1-bis, ai sensi del quale «al fine di favorire la conclusione degli accordi di cui al comma 1, il responsabile del procedimento può predisporre un calendario di incontri in cui invita, separatamente o contestualmente, il destinatario del provvedimento ed eventuali contro interessati». Ancora, si v. l'art. 17 che dispone che «ove per disposizione espressa di legge o di regolamento sia previsto che per l'adozione di un provvedimento debbano essere preventivamente acquisite le valutazioni tecniche di organi od enti appositi e tali organi ed enti non provvedano o non rappresentino esigenze istruttorie di competenza dell'amministrazione procedente nei termini prefissati dalla disposizione stessa o, in mancanza, entro novanta giorni dal ricevimento della richiesta, il responsabile del procedimento deve chiedere le suddette valutazioni tecniche ad altri organi dell'amministrazione pubblica o ad enti pubblici che siano dotati di qualificazione e capacità tecnica equipollenti, ovvero ad istituti universitari». Vi sono poi altre disposizioni della l. 241/1990 che disciplinano compiti procedurali, sebbene senza assegnarli in maniera espressa al responsabile del procedimento. Ciò nonostante, si ritiene che, anche in quei casi, spetti al responsabile del procedimento assolvervi per non venire meno al ruolo di guida e impulso del procedimento. Il riferimento va, ad esempio, alla comunicazione di avvio del procedimento ex art. 7, ma anche all'indizione della conferenza di servizi ovvero alla gestione della fase partecipativa.

¹¹ G. CORSO, *Il responsabile del procedimento*, cit., per il quale la prima, più evidente ragione, alla base della previsione della figura del responsabile del procedimento, è di «garantire il cittadino contro l'anonimato dell'azione amministrativa».

piano le sue responsabilità in senso “tecnico”, per eventuali danni nei confronti sia dei terzi, sia della stessa amministrazione.

È invece sulla responsabilità amministrativa¹² del responsabile del procedimento che si intende concentrare il presente lavoro.

2. L'attenzione alla responsabilità erariale del responsabile del procedimento: una prospettiva di ricerca promettente?

Le considerazioni svolte nel precedente paragrafo in ordine alla circostanza per la quale il legislatore della l. 241/1990 ha inteso riferirsi al responsabile del procedimento come a uno specifico funzionario, appositamente individuato per ciascun procedimento, cui spettano la gestione e il coordinamento dell'istruttoria, non implicano che il responsabile del procedimento, al pari di ogni funzionario pubblico, non sia responsabile “tecnicamente” per le violazioni commesse nell'esercizio dei suoi compiti¹³.

Il responsabile del procedimento – come ogni altro dipendente pubblico – ai sensi dell'art. 28 Cost., risponde secondo le leggi penali, civili ed amministrative, delle violazioni e delle omissioni riferibili alle porzioni di attività a lui affidate.

Più in generale, dal punto di vista astratto, la sua attività può essere scrutinata dal giudice chiamato a verificare la fondatezza di pretese risarcitorie avanzate nei confronti dell'amministrazione.

Guardando nello specifico all'illecito civile dell'ente, non si può tuttavia non notare come la ricostruzione della responsabilità civile diretta dell'amministrazione verso il terzo danneggiato¹⁴, che pure ha consentito di

¹² Sulla responsabilità amministrativa, senza pretesa di esaustività, si v. G. BOTTINO, *Rischio e responsabilità amministrativa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017; S. CIMINI, *La responsabilità amministrativa e contabile. Introduzione al tema ad un decennio dalla riforma*, Milano, Giuffrè, 2003; L. MERCATI, *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza*, Torino, Giappichelli, 2002; D. SORACE (a cura di), *Le responsabilità pubbliche. Civile, amministrativa, disciplinare, penale, dirigenziale*, Padova, Cedam, 1998, 239 ss.; F.G. SCOCA (a cura di), *La responsabilità amministrativa ed il suo processo*, Padova, Cedam, 1997.

¹³ M. RENNA, *Il responsabile del procedimento a (quasi) dieci anni dall'entrata in vigore della legge n. 241*, cit., per il quale «è chiaro, pertanto, che ciascun attore del procedimento, ivi compreso il suo “responsabile”, “risponderà” secondo le leggi penali, civili e amministrative soltanto delle omissioni, dei ritardi e delle violazioni riferite alle porzioni di procedimento effettivamente poste nella propria disponibilità, secondo le regole comuni applicabili alla “forma” di responsabilità che di volta in volta si tratterà di addebitargli».

¹⁴ Sulla responsabilità civile dell'amministrazione, senza pretesa di esaustività, si v. E. CASETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, cit.; E. CANNADA BARTOLI (a cura di), *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Torino, Utet, 1976; A. ROMANO TASSONE, *I problemi di un problema. Spunti in tema di risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Dir. amm.*, 1997, 76; A. ORSI BATTAGLINI, C. MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 487; F. TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, Giappichelli, 2000; F.G. SCOCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 6, 2000, 13; F. ELEFANTE, *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività provvedimentale*, Padova, Cedam, 2002; A. ZITO, *Il danno da illegittimo esercizio della funzione amministrativa. Riflessioni sulla tutela dell'interesse legittimo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2003; R. GAROFOLI, G. RACCA, M. DE PALMA, *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del*

raggiungere importanti risultati dal punto di vista dell'estensione della tutela del cittadino, non riesca a penetrare appieno all'interno delle dinamiche dell'organizzazione amministrativa, impedendo di valutare l'apporto dinamico causale del singolo, con il rischio di una sostanziale deresponsabilizzazione dei funzionari e dei dirigenti. Il modello della colpa dell'apparato¹⁵, in particolare, non permette di scendere a considerare specificamente il ruolo della persona: altrettanto può dirsi con riferimento (non solo alla responsabilità contrattuale e a quella per attività materiale, ma anche) alla tesi della responsabilità da contatto amministrativo qualificato¹⁶, che, in ogni caso, non potrebbe che configurarsi in capo all'ente.

Nel modello della responsabilità civile dell'ente, anche da contatto, in sintesi, la responsabilità si concentra "staticamente" sull'ente, restando in disparte quella del singolo funzionario e, più in generale, relegando in secondo piano le implicazioni organizzative delle vicende, che di solito non occorre indagare a fini risarcitori. Sia consentito osservare in via incidentale che, ove la responsabilità dell'ente fosse ricostruita secondo il modello dell'art. 2049 c.c. (non per fatto proprio, ma per fatto altrui), oppure allorché la colpa dell'ente fosse parametrata sulla responsabilità del dipendente, l'apporto individuale sarebbe valorizzato¹⁷. Come noto, in questo senso non si è però orientata la nostra giurisprudenza¹⁸.

Eppure, l'ordinamento – al suo massimo livello: v. art. 28 Cost. – pone al centro non già l'ente o l'organo, bensì la persona del funzionario, ossia quello

danno innanzi al giudice amministrativo, Miano, Giuffrè, 2003; F. FRACCHIA, *Risarcimento del danno causato da attività provvedimento dell'amministrazione: la Cassazione effettua un'ulteriore (ultima?) puntualizzazione*, in *Foro it.*, 2003, I, 84; M.C. CAVALLARO, *Potere amministrativo e responsabilità civile*, Torino, Giappichelli, 2004; G. Avanzini, *Responsabilità civile e processo amministrativo*, Padova, Cedam, 2007.

¹⁵ Sull'elemento soggettivo della colpa, si v. S. CIMINI, *La colpa nella responsabilità civile delle amministrazioni pubbliche*, Torino, Giappichelli, 2008; se si vuole: F. FRACCHIA, *Elemento soggettivo e illecito civile dell'amministrazione pubblica*, cit.

¹⁶ Sulla ricostruzione della responsabilità della pubblica amministrazione in questi termini, si v. M. PROTTO, *La responsabilità della p.a. per lesioni di interessi legittimi come responsabilità da "contatto" amministrativo*, in *Resp. civ. e prev.*, 1, 2001, 213; M.C. CAVALLARO, *Potere amministrativo e responsabilità civile*, cit.; M. RENNA, *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, in AA.VV., *Verso un'amministrazione responsabile*, cit., 287. Per una critica nei confronti di questa impostazione, sia consentito rinviare a E. CASETTA, F. FRACCHIA, *Responsabilità da contatto: profili problematici*, in *Foro it.*, 2003, I, 3363.

¹⁷ Sia consentito rinviare ancora a F. FRACCHIA, *Elemento soggettivo e illecito civile dell'amministrazione pubblica*, cit.

¹⁸ Quanto alla responsabilità del dipendente verso il terzo, vero è che essa valorizza appunto la persona e "buca" lo schermo della personalità giuridica; questa strada non è tuttavia di solito percorsa, posto che la necessità di provare la colpa grave del dipendente (in uno con la sua possibile minore solvibilità rispetto alla persona giuridica pubblica) consiglia la "vittima" ad agire tendenzialmente nei confronti dell'ente. Alcune norme dell'ordinamento, peraltro, richiamano questa tipologia di responsabilità: *ex multis*, v. art. 21-*nonies*, comma 1, l. 241/1990 e art. 21, comma 2-*ter*, l. 241/1990; sul piano giurisprudenziale (con riferimento alla SCIA), v. Corte cost., n. 45/2019 (punto 10.1).

stesso protagonista cui fa riferimento la disciplina sul responsabile, nel segno del superamento della spersonalizzazione della fisionomia degli enti.

Per rimanere al livello della legislazione ordinaria, la procedimentalizzazione dell'azione amministrativa nel suo complesso, aumentando la dialettica all'interno del farsi del potere (si pensi agli istituti disciplinati dagli artt. 10-bis, 11 e 14, l. 241/1990), valorizza le componenti interne dell'organizzazione.

L'attenzione alla persona (e non già all'ente o all'organo), in particolare, emerge chiaramente anche dall'art. 6-bis, l. 241/1990, a mente del quale «*il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale*». Tale disposizione dà rilievo all'imparzialità non in senso oggettivo, ma soggettivo, riferita appunto alle persone fisiche.

Per ritornare ora al cuore della nostra ricerca, osserviamo che il medesimo riferimento al singolo, superando le “barriere organizzative” tipiche dell'impostazione panrisarcitoria della responsabilità civile dell'amministrazione (andando, cioè, oltre lo schermo non solo dell'ente, ma anche dell'organo) si ritrova appunto sul terreno della responsabilità amministrativa¹⁹ che, squarciando il velo dell'organizzazione, dovrebbe consentire di “guardare” alla persona.

Basti considerare che l'elemento psicologico (in questo caso la colpa grave²⁰) non è dell'ente, ma del dipendente. L'elemento soggettivo va poi valutato in concreto e non tramite astratte presunzioni, individuandolo in capo ai soggetti-persone fisiche che operano all'interno delle amministrazioni e che sono organizzativamente coinvolti nell'esercizio dell'attività²¹.

Per altro verso, siffatta responsabilità è commisurata all'apporto causale del singolo funzionario (ai sensi dell'art. 1, comma 1-*quater*, l. 20/1994, «*se il fatto dannoso è causato da più persone, la Corte dei conti, valutate le singole responsabilità, condanna ciascuno per la parte che vi ha preso*»).

Insomma, considerare questa forma di responsabilità parrebbe costituire

¹⁹ Quanto detto nel testo deriva anche dalla funzione fortemente sanzionatoria della responsabilità erariale, cui, tuttavia, si affianca quella, non meno rilevante, risarcitoria. Sulla duplice valenza sanzionatoria e risarcitoria della responsabilità erariale, si v. A. ROMANO TASSONE, *La valenza sanzionatoria e quella risarcitoria della responsabilità amministrativa*, in D. SORACE (a cura di), *Le responsabilità pubbliche*, cit., 281. Si v. anche F. STADERINI, *La responsabilità dei funzionari e dei pubblici dipendenti tra risarcimento e sanzione*, *Ivi*, 299.

²⁰ P. MADDALENA, *La colpa nella responsabilità amministrativa*, in *Riv. C. conti*, 1997, 2, 272; ID., *Il principio del giusto processo e la graduazione della colpa nella responsabilità amministrativa*, in *Cons. St.*, 2000, II, 2065. Si tenga presente, tuttavia, che, ai sensi dell'art. 21, co. 2, del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, recante “Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale”, «*Limitatamente ai fatti commessi dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al 31 luglio 2021, la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica per l'azione di responsabilità di cui all'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, è limitata ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta. La limitazione di responsabilità prevista dal primo periodo non si applica per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente*».

²¹ M. OCCHIENA, *Il “nuovo” responsabile del procedimento*, cit., 249.

una prospettiva assai promettente, sul piano teorico e su quello pratico, al fine di valorizzare il profilo dinamico e i risvolti personali delle disfunzioni delle amministrazioni, oltre lo schermo della personalità giuridica e/o superata la logica dell'organo.

3. La giurisprudenza della Corte dei conti sulla responsabilità erariale del responsabile del procedimento: cenni.

La giurisprudenza della Corte dei conti conferma in generale l'importanza di accertare l'apporto del singolo e, dunque, è da ritenere, anche del responsabile del procedimento.

Tuttavia, occorre procedere a un esame concreto delle pronunce della Corte che hanno riguardato funzionari incaricati della responsabilità di un procedimento amministrativo per verificare se sia possibile ricavare una qualche forma di incidenza della qualifica di responsabile del procedimento ai fini della configurabilità della responsabilità erariale.

Si può anticipare fin d'ora che non si colgono spunti e indizi tali da consentire di delineare un modello di responsabilità erariale peculiare del responsabile del procedimento (per il fatto stesso, cioè, di rivestire tale qualifica²²), fatta salva, forse, la possibilità di modulare con maggiore attenzione, ma con un approccio *case by case*, il livello di diligenza richiesta.

Una prima decisione in cui, seppure *incidenter tantum*, sembrerebbe darsi "peso" al ruolo del responsabile del procedimento è la sentenza della Corte conti, sez. I d'appello, 31 luglio 2017, n. 288, con la quale la Corte, chiamata a decidere sul danno indiretto prodottosi a seguito dell'esecuzione di una sentenza del giudice amministrativo per la mancata emanazione del provvedimento di esproprio, causata dal mancato deposito delle somme a titolo di indennità, ha escluso la responsabilità del dipendente non responsabile del procedimento, ma responsabile amministrativo del settore, perché lo stesso aveva sollecitato il deposito delle indennità espropriative ben prima del termine fissato per l'emanazione del provvedimento ablatorio e, perché, in ogni caso, non sussisteva alcun obbligo giuridico specifico per il responsabile amministrativo di settore di sollecitare gli organi politici nella eventuale integrazione dei fondi mancanti. Secondo la Corte, infatti, ed è questa la parte più interessante ai nostri fini, al più avrebbe dovuto essere considerato responsabile il responsabile del procedimento (tuttavia non parte in causa) poiché «*il responsabile del servizio urbanistico non poteva agire per sollecitare il versamento delle somme de quibus, fatto quest'ultimo, eventualmente di competenza del responsabile del procedimento*». In altri termini, la Corte, pure non essendo parte in causa il responsabile del procedimento, ne ha esaltato il ruolo al fine di motivare le ragioni dell'esclusione della re-

²² Invero, non mancano arresti che si soffermano sui compiti del responsabile con riferimento alla fattispecie concreta oggetto di sindacato: *ex multis*, v. Corte conti, sez. II appello, 26 luglio 2016, n. 801 (richiamata anche *infra*, nel testo) e sez. giur. Calabria, 27 dicembre 2017, n. 372.

sponsabilità per il dipendente citato, privo di tale qualifica. *A contrario*, dunque, si potrebbe dedurre la sussistenza del nesso causale tra mancato sollecito da parte del responsabile e danno.

In un altro arresto, la Corte dei conti ha accertato la responsabilità del responsabile del procedimento per l'attività istruttoria posta in essere con la sentenza della sez. Sardegna, 18 novembre 2016, n. 214, avente ad oggetto il danno subito dall'amministrazione per avere dovuto pagare le spese di giudizio per l'accoglimento del ricorso proposto avverso l'aggiudicazione di una gara della cui Commissione giudicatrice aveva fatto parte anche il responsabile del procedimento, che aveva così contribuito alla erronea valutazione del requisito dell'esperienza pregressa del concorrente, che era stato valutato con riferimento a un periodo temporale diverso da quello cui faceva riferimento il bando. In particolare, secondo il giudice amministrativo che aveva accolto il ricorso, l'impresa aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa, perché priva dei requisiti di capacità tecnica richiesti, in quanto l'esperienza maturata nella gestione delle attività culturali non era riferita ai tre anni precedenti alla gara, come previsto dal richiamato codice dei contratti, bensì a un periodo antecedente. Pertanto, il fatto che il responsabile del procedimento, componente della Commissione giudicatrice, non si fosse avveduto della carenza dei requisiti, doveva considerarsi indice di una condotta caratterizzata da una diligenza marcatamente inferiore rispetto a quella richiesta al "funzionario medio"²³. Secondo la Corte, infatti, gli errori commessi sarebbero connotabili in termini di speciale gravità ed "inescusabilità", dovendo pertanto essere qualificati come gravemente colposi, in quanto caratterizzati da rilevante grado di imperizia e di prevedibilità dell'evento dannoso derivatone, oltre che da grave e plurima violazione della legge. Di conseguenza, nel caso di specie, è stata accertata la responsabilità del responsabile del procedimento per il 40% del danno subito.

Interessante anche la sentenza della sez. Campania, 5 dicembre 2017, n. 424, pronunciata in relazione all'affidamento gratuito ad una società privata, già aggiudicataria del servizio di raccolta rifiuti, di un'area comunale attrezzata ad isola ecologica, affidamento successivamente revocato per «*la necessità di procedere, con la dovuta tempestività, ad un nuovo affidamento in concessione dell'isola ecologica, mediante procedura ad evidenza pubblica*». Sennonché, secondo la Corte, il precedente affidamento gratuito non era giustificato poiché mancava, tra l'altro, la dimostrazione dell'impossibilità di gestire la struttura in argomento con personale comunale, oltre che della ponderazione di tutti gli aspetti coinvolti, anche economici, per concedere a terzi, in uso gratuito, beni immobili facenti parte del patrimonio disponibile dell'ente locale. A ciò si aggiunga che, nel caso di specie, il comodato d'uso gratuito dell'isola ecologica violava altresì la disciplina in materia di appalti, originariamente non contemplata nell'ambito dell'appalto per il servizio rifiuti gestito dalla medesima affidataria. Accertato il

²³ Si legge, in particolare, nella sentenza che «*la conoscenza e l'osservanza dei principi fondamentali dell'azione amministrativa è un livello minimo di diligenza esigibile dal funzionario amministrativo nell'adempimento dei doveri del suo ufficio, specie quando si tratta del responsabile del procedimento*».

danno erariale, pari almeno alla mancata acquisizione del canone di locazione, la Corte dei conti ha ritenuto che non vi fossero dubbi in ordine alla presenza di una condotta connotata quantomeno da colpa grave, a causa dell'assoluta mancanza del livello minimo di diligenza che il caso concreto richiedeva. Più nel dettaglio, la Corte ha riconosciuto in capo al responsabile del procedimento una responsabilità pari al 10% del danno accertato, affermando (con un richiamo che però esibisce soprattutto il significato di una clausola di stile) che tale responsabilità «trova la sua motivazione giuridica nei compiti del responsabile del procedimento previsti dall'art. 6 della legge n. 241/1990».

Sulla stessa scia anche Corte conti, sez. Toscana, 18 giugno 2020, n. 186, in cui si legge che «è emerso con sufficiente chiarezza che il convenuto si è reso inottemperante alle funzioni di responsabile del procedimento (che, in base all'articolo 4 della legge 7 agosto 1990, n. 241, sono attribuite al dirigente competente, salvo delega ad altro funzionario, che nel caso di specie non è stata effettuata)».

Ciò che emerge dalle sentenze richiamate è che il ruolo svolto dal responsabile del procedimento pare riflettersi al più sull'elemento psicologico, nel senso che il relativo standard di diligenza sembra innalzarsi ove l'illecito sia commesso dal responsabile del procedimento.

In questo senso depone anche la sentenza della Corte conti, sez. Emilia-Romagna, 26 novembre 2018, n. 269, con cui la Corte ha affermato che la circostanza per la quale il convenuto assommasse su di sé i ruoli di segretario comunale, responsabile del procedimento e responsabile del settore LL.PP. comunali, valeva a pretendere dal medesimo – vieppiù in un Comune di piccolissime dimensioni, nel quale egli era la figura tecnico-giuridica di riferimento – una diligenza superiore alla media.

La maggiore diligenza richiesta al responsabile del procedimento pare derivare proprio dai compiti che lo stesso svolge, come confermato anche dalla sez. II di appello, con la sentenza 26 luglio 2016, n. 801, con cui la Corte dei conti ha chiarito che il responsabile del procedimento è titolare di poteri organizzativi direttivi della sequenza procedimentale che si traducono in «rilevanti e decisive funzioni ai fini provvedimenti con corrispondente grado di responsabilità». Ne consegue che può essere ritenuto responsabile il responsabile del procedimento che non abbia compiuto un'approfondita attività istruttoria²⁴.

In questo senso pare orientarsi anche la sentenza della Corte conti, sez. Piemonte, 5 luglio 2019, n. 260, in cui si chiarisce che «delle due l'una, o il convenuto, non essendo competente, avrebbe dovuto astenersi dal sottoscrivere la Delibera, sollevando formalmente in quel momento la relativa obiezione, ovvero, ricoprendo la funzione di responsabile del procedimento, avrebbe dovuto svolgere una circostanziata ed attenta istruttoria pri-

²⁴ Nel caso di specie, secondo la Corte, «la colpa grave consiste, invece, nell'aver omesso di compiere un'approfondita attività istruttoria diretta ad acclarare con certezza che le somme rivendicate dai 37 dipendenti alla data del 31 dicembre 2004, spettassero in concreto e che quindi non fossero state in realtà già liquidate. Viene in rilievo l'assolvimento di un elementare compito pienamente annoverabile nell'alveo delle sue attribuzioni di responsabile del procedimento, ex lett. b) dell'art. 6 della l. n. 241/1990 ("accerta d'ufficio i fatti, disponendo il compimento degli atti all'uopo necessari, e adotta ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria")».

ma di apporre la propria firma, tenendo conto, tra l'altro, che la figura in rassegna, a mente del suddetto articolo 6, deve valutare anche le condizioni di ammissibilità dell'istanza».

Ancora più chiaramente, nella sentenza della I sez. d'appello, 25 giugno 2018, n. 252, si legge che «il “ruolo” ricoperto dal Responsabile del procedimento postula una tipica responsabilità funzionale ex lege n. 241/1990, che comporta la sussistenza di un particolare rilievo da attribuire alla condotta causativa di danno, proprio in ragione del delicato ruolo ricoperto». Pertanto, e qui appunto si supera lo schermo organizzativo, afferma la Corte che «quanto alle presunte, reiterate richieste di personale e di mezzi – a prescindere dalla carenza di prove - si tratta di fatto del tutto irrilevante ai fini de quibus perché ciò (qualora provato) non può minimamente esimere il Responsabile del procedimento ad eseguire al meglio, pur in carenza di organico e di mezzi – secondo il ruolo e le competenze affidate – il tipico incarico d'ufficio conferito ed i compiti affidati, quale Responsabile dello specifico procedimento amministrativo».

È proprio il particolare ruolo affidato al responsabile dalla legge a determinare un innalzamento del livello di diligenza preteso e che si traduce in un aggravamento della responsabilità in cui lo stesso può incorrere nei confronti dell'amministrazione di appartenenza.

Non sembra che un'indicazione in tal senso possa ricavarsi, invece, dalle fattispecie tipizzate di responsabilità amministrativa, nelle quali comunque il responsabile del procedimento, al pari degli altri dipendenti, potrebbe incorrere, e che meritano di essere ora esaminate.

4. Le fattispecie tipizzate di responsabilità amministrativa (quando la legge orienta la ricerca del funzionario da “sanzionare”).

In alcuni casi è la legge che (talora tipizzando solo la condotta, in altri casi incidendo anche sulla sanzione) impone di “ricercare” specificamente un funzionario per colpirlo con forme di responsabilità di indole chiaramente sanzionatoria²⁵.

Le fattispecie tipizzate di responsabilità amministrativa (in cui potrebbe incorrere anche chi rivesta il ruolo di responsabile del procedimento) sono svariate.

Si pensi, *in primis*, al danno all'immagine, disciplinato dalla l. 20/1994, come modificata dalla l. 190/2012. Ai sensi del nuovo comma 1-*sexies* dell'art. 1, «nel giudizio di responsabilità, l'entità del danno all'immagine della pubblica amministrazione derivante dalla commissione di un reato contro la stessa pubblica amministrazione accertato con sentenza passata in giudicato si presume, salva prova contraria, pari al doppio della somma di denaro o del valore patrimoniale di altra utilità illecitamente percepita dal

²⁵ Sulle fattispecie tipizzate di responsabilità amministrativa, si v. M. OCCHIENA, *La fuga dall'atipicità nella responsabilità amministrativa: profili sostanziali e processuali*, in *Dir. econom.*, 3, 2017, 919, il quale precisa come le fattispecie di responsabilità amministrativa tipizzate debbano essere distinte tra «fattispecie tipizzate propriamente dette» e fattispecie «sanzionatorie, o tipizzate-sanzionatorie»: le prime caratterizzate dalla “risarcitorietà” e, dunque, dall'elemento compensativo; le seconde, invece, a carattere eminentemente sanzionatorio.

dipendente»²⁶.

Ancora, con riguardo alle attività lavorative extra-istituzionali, non previamente autorizzate dall'Amministrazione di appartenenza, l'art. 53, commi 7 e 7-*bis*, d.lgs. n. 165 del 2001, dispone che i dipendenti pubblici non possono svolgere incarichi retribuiti che non siano stati conferiti o previamente autorizzati dall'amministrazione di appartenenza. Di conseguenza, in caso di inosservanza del divieto, salve le più gravi sanzioni e ferma restando la responsabilità disciplinare, il compenso dovuto per le prestazioni eventualmente svolte deve essere versato, a cura dell'erogante o, in difetto, del percettore, nel conto dell'entrata del bilancio dell'amministrazione di appartenenza del dipendente per essere destinato ad incremento del fondo di produttività o di fondi equivalenti. L'omissione del versamento del compenso da parte del dipendente pubblico indebito percettore costituisce ipotesi di responsabilità erariale soggetta alla giurisdizione della Corte dei conti.

Ai sensi dell'art. 1, comma 12, legge n. 190 del 2012, inoltre, in caso di commissione, all'interno dell'amministrazione, di un reato di corruzione accertato con sentenza passata in giudicato, il responsabile individuato ai sensi del comma 7 (in questo caso, dunque, si fa riferimento espresso a chi rivesta la qualifica di responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza che potrebbe, ma anche non, coincidere con il responsabile del procedimento) risponde ai sensi dell'articolo 21 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, nonché sul piano disciplinare, oltre che per il danno erariale e all'immagine della pubblica amministrazione²⁷. La responsabilità, tuttavia, è esclusa ove si dimostri di avere predisposto, prima della commissione del fatto, il piano di cui al comma 5 e di aver osservato le prescrizioni di cui ai commi 9 e 10 del medesimo articolo e di avere vigilato sul funzionamento e sull'osservanza del piano. In tale ultimo caso, dunque, il legislatore ha inteso riferirsi a una specifica qualifica, sebbene non quella qui esaminata, sicché il responsabile del procedimento potrebbe incorrere in tale responsabilità soltanto ove presentasse al contempo la qualifica di responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza e per condotte non necessariamente collegate allo svolgimento del procedimento amministrativo.

Maggiormente correlata allo svolgimento del procedimento, sebbene in questo caso "personalizzata", è la fattispecie descritta dall'art. 2, co. 9, l. 241/1990, nella parte in cui prevede che la mancata o tardiva emanazione del provvedimento nei termini costituisce elemento di valutazione della *performance* individuale, nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente: si fa riferimento ai singoli dipendenti che abbiano contribuito a causare il ritardo e non a una figura specifica, tantomeno specificatamente al responsabile del procedimento che, tuttavia, potrebbe certamente incorrervi.

Altra fattispecie di responsabilità amministrativa tipizzata in cui il re-

²⁶ Cfr. C. GIUSTI, *Danno all'immagine e pubblica amministrazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 3, 2019, 998.

²⁷ C. GIUSTI, *Danno all'immagine e pubblica amministrazione*, cit.

sponsabile del procedimento, al pari degli altri dipendenti, potrebbe incorrere, è rappresentata dall'assenteismo "fraudolento", così definibile in ragione del fatto che i medesimi dipendenti attestano falsamente la propria regolare presenza in servizio, mediante l'alterazione dei sistemi di rilevamento della presenza (o con altre modalità comunque fraudolente), ovvero giustificano la loro assenza dal servizio producendo una certificazione medica falsa, o falsamente attestante uno stato di malattia.

In particolare, ai sensi dell'art. 55-*quinquies*, commi 1 e 2, d.lgs. n. 165 del 2001, «fermo quanto previsto dal codice penale, il lavoratore dipendente di una pubblica amministrazione che attesta falsamente la propria presenza in servizio, mediante l'alterazione dei sistemi di rilevamento della presenza o con altre modalità fraudolente, ovvero giustifica l'assenza dal servizio mediante una certificazione medica falsa o falsamente attestante uno stato di malattia è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da euro 400 ad euro 1.600». In tali casi, «il lavoratore, ferme la responsabilità penale e disciplinare e le relative sanzioni, è obbligato a risarcire il danno patrimoniale, pari al compenso corrisposto a titolo di retribuzione nei periodi per i quali sia accertata la mancata prestazione, nonché il danno d'immagine di cui all'articolo 55-quater, comma 3-quater».

Altre fattispecie di responsabilità amministrativa sono connesse a doveri di denuncia²⁸. La relativa disciplina, però, non fa un riferimento specifico al ruolo del responsabile del procedimento.

Dalle fattispecie di responsabilità amministrativa richiamate si evincono almeno due aspetti rilevanti ai fini dell'analisi che si propone: le fattispecie tipizzate di responsabilità amministrativa, pure dimostrando, per definizione, l'interesse verso l'apporto del singolo, sono tendenzialmente "spersonalizzate"; ove il legislatore abbia inteso attribuire rilievo alla qualifica ricoperta, inoltre, lo ha fatto espressamente, come nel caso della richiamata fattispecie concernente il responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza.

In una prospettiva di sintesi, non sembra che vi siano fattispecie tipizzate di responsabilità amministrativa immediatamente (ed esclusivamente) riferite al

²⁸ A tal proposito, ferme restando le disposizioni delle singole leggi di settore in materia di denuncia di danno erariale (su cui si v. la nota interpretativa del Procuratore Generale presso la Corte dei conti del 28 dicembre 2017), ai sensi dell'art. 52, co. 1, del d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174 (Codice di giustizia contabile), «i responsabili delle strutture burocratiche di vertice delle amministrazioni, comunque denominate, ovvero i dirigenti o responsabili di servizi, in relazione al settore cui sono preposti, che nell'esercizio delle loro funzioni vengono a conoscenza, direttamente o a seguito di segnalazione di soggetti dipendenti, di fatti che possono dare luogo a responsabilità erariali, devono presentarne denuncia alla procura della Corte dei conti territorialmente competente». Ancora, ai sensi del secondo comma, «gli organi di controllo e di revisione delle pubbliche amministrazioni, nonché i dipendenti incaricati di funzioni ispettive, ciascuno secondo la normativa di settore [...] sono tenuti a fare immediata denuncia di danno direttamente al procuratore regionale competente, informandone i responsabili delle strutture di vertice delle amministrazioni interessate». Il dovere di denuncia è tanto più importante se si considera che, ai sensi dell'art. 3, l. 20/1994, qualora la prescrizione del diritto al risarcimento sia maturata a causa di omissione o ritardo della denuncia del fatto, rispondono del danno erariale i soggetti che hanno omesso o ritardato la denuncia. Resta poi fermo «l'obbligo per la pubblica amministrazione denunciante di porre in essere tutte le iniziative necessarie a evitare l'aggravamento del danno, intervenendo ove possibile in via di autotutela o comunque adottando gli atti amministrativi necessari a evitare la continuazione dell'illecito e a determinarne la cessazione», sancito dal comma 6 del richiamato art. 52.

responsabile del procedimento, fermo restando – come ricordato – che questi potrebbe incorrere in quelle “generalizzate” ovvero nelle fattispecie che presuppongono una specifica qualifica, purché, chiaramente, la ricopra.

5. Considerazioni di sintesi in ordine alla dialettica responsabile del procedimento-dirigente.

Le considerazioni svolte alla luce della giurisprudenza contabile sulle fattispecie “aperte” di illecito erariale e il richiamo a quelle previste dalla legge consentono di tornare con maggiore consapevolezza sull'interrogativo inizialmente posto circa la possibilità di configurare (sotto il profilo risarcitorio) una responsabilità peculiare del responsabile del procedimento.

In chiave sistematica, la valorizzazione (che sarebbe in linea con l'emersione di siffatto modello specifico) del ruolo del responsabile sembrerebbe promossa dalla già ricordata previsione dell'art. 6, co. 1, lett. e), l. 241/1990, secondo cui «*l'organo competente per l'adozione del provvedimento finale, ove diverso dal responsabile del procedimento, non può discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale*». Tale prescrizione, come già osservato nel paragrafo introduttivo, parrebbe riconoscere al responsabile del procedimento un ruolo preminente anche nella determinazione della decisione finale²⁹, il cui contenuto dispositivo dovrebbe seguire, almeno tendenzialmente, le risultanze dell'istruttoria. Si potrebbe sostenere, infatti, che, quantomeno con riferimento ai procedimenti vincolati o a scarsa discrezionalità, il responsabile del procedimento predisponga una sorta di “proposta di provvedimento”, da sottoporre all'approvazione del dirigente che, specialmente in caso di provvedimenti ripetitivi, difficilmente si discosterebbe da quanto appunto “proposto” dal responsabile del procedimento³⁰. Senza contare che, per potersi discostare dalle risultanze dell'istruttoria, il dirigente competente dovrebbe in ogni caso fornire espressa e puntuale motivazione delle ragioni per le quali ritiene di non condividere la soluzione raggiunta dal responsabile del procedimento³¹. Ragioni che parrebbero

²⁹ Secondo M. RENNA, *Il responsabile del procedimento nell'organizzazione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 1, 1994, 13, spec. 42, in virtù dell'intrinseca natura dei poteri istruttori, «*possono individuarsi comodi spazi di sostanziale anticipazione di porzioni di decisione*».

³⁰ M. OCCHIENA, *Il “nuovo” responsabile del procedimento*, cit., 259.

³¹ Ancora M. OCCHIENA, *Il “nuovo” responsabile del procedimento*, cit., 259-260, per il quale «*il dovere di fornire espressa e puntuale motivazione finisce con il rappresentare quantomeno un deterrente all'esercizio del potere dirigenziale di adottare il provvedimento finale discostandosi “dalle risultanze dell'istruttoria”*. Infatti, *posto che la motivazione è per definizione quella parte del provvedimento in cui sono indicati “i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria” (così art. 3, comma 1, l. 241/1990), per potere adottare, sulla base delle stesse risultanze dell'istruttoria, un dispositivo diverso, che sia supportato da una motivazione che non appaia insufficiente, incongrua, perplessa, contraddittoria, apodittica, dubbiosa, ecc. – e dunque non comporti eccesso di potere – occorre necessariamente che sia possibile interpretare in modo diverso le norme applicabili alla fattispecie, incidendo dunque sulle “ragioni giuridiche” a supporto della decisione (giacché una diversa valutazione dei fatti richiederebbe la ripetizione – quantomeno in parte – dell'istruttoria)*».

riguardare principalmente una diversa interpretazione delle norme applicabili, piuttosto che una diversa valutazione dei fatti, salvo il caso di un loro travisamento³².

Nonostante la rilevanza del ruolo del responsabile ai fini della determinazione del contenuto del provvedimento finale³³, di guisa che un discostamento del dirigente competente dalle risultanze dell'istruttoria parrebbe verificarsi, se non eccezionalmente, comunque in misura poco frequente, sembra si debba tuttavia confermare che i compiti di coordinamento e istruttoria spettanti al responsabile siano separati e distinti dal momento dell'adozione del provvedimento finale: per quanto maggiormente interessa ai nostri fini, in ordine a tale adozione, risulta confermata la responsabilità propria e principale dell'organo competente individuato dalla legge³⁴.

Ulteriori disposizioni normative, d'altro canto, consentono di escludere la natura "paraprocedimentale" dei compiti attribuiti al responsabile del procedimento³⁵.

Innanzitutto, merita un cenno l'art. 4, comma 2, d.lgs. 165/2001, che dispone chiaramente che «*ai dirigenti spetta l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi, compresi tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno*» e che i dirigenti «*sono responsabili in via esclusiva dell'attività amministrativa*».

Ancora, ai sensi del successivo art. 16, co. 1, lett. d), i dirigenti di uffici dirigenziali generali «*adottano gli atti e i provvedimenti amministrativi e, ex lett. e), dirigono, coordinano e controllano l'attività [...] dei responsabili dei procedimenti amministrativi, anche con potere sostitutivo in caso di inerzia*».

Coerentemente, l'art. 17, co. 1, lett. b), prevede che i dirigenti adottano gli atti e i provvedimenti amministrativi necessari per attuare i progetti e le gestioni ad essi assegnati dai dirigenti degli uffici dirigenziali generali. Inoltre, ai sensi della lett. d) del medesimo articolo, i dirigenti «*dirigono, coordinano e controllano l'attività [...] dei responsabili dei procedimenti amministrativi, anche con poteri sostitu-*

³² Secondo P. LAZZARA, *Responsabile del procedimento*, cit., 277, in caso di gravi inadempienze, il dirigente competente potrebbe anche svolgere autonomamente attività istruttorie ovvero delegarle a un funzionario diverso dal responsabile del procedimento.

³³ Si aggiunga l'emersione, nel nostro ordinamento, di norme – in parte già citate – che si riferiscono alla responsabilità dei funzionari, senza ulteriore specificazione (il che, da un lato, sembra allargare l'area della responsabilità anche al di fuori della cerchia dei dirigenti; d'altro lato, però, dimostra ancora una volta che il legislatore non ha voluto introdurre norme specifiche sulla responsabilità dei responsabili del procedimento): art. 2, comma 9, l. 241/1990 («*la mancata o tardiva emanazione del provvedimento nei termini costituisce elemento di valutazione della performance individuale, nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente*»); art. 14-bis, comma 4, l. 241/1990 («*restano ferme le responsabilità dell'amministrazione, nonché quelle dei singoli dipendenti nei confronti dell'amministrazione, per l'assenso reso, allorché implicito*») e art. 21-nonies, l. 241/1990 («*rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo*»).

³⁴ M. RENNA, *Il responsabile del procedimento nell'organizzazione amministrativa*, cit., 46, per il quale «*la responsabilità procedurale e la competenza esterna devono porsi su piani e livelli diversi*», che solo «*eventualmente*» si concentrano in capo al responsabile del procedimento.

³⁵ M. OCCHIENA, *Il "nuovo" responsabile del procedimento*, cit.

tivi in caso di inerzia».

Anche le disposizioni della legge generale sul procedimento amministrativo sembrano muoversi in questo senso.

Come anticipato, lo stesso art. 6, co. 1, lett. e), l. 241/1990, chiarisce che il provvedimento finale può essere adottato dal responsabile del procedimento soltanto qualora «*ne abbia la competenza*». Negli altri casi, le funzioni del responsabile del procedimento sono limitate all'ambito procedimentale, come si evince, altresì, dall'art. 10-*bis* della l. 241/1990, ai sensi del quale, nei procedimenti ad istanza di parte, prima dell'adozione del provvedimento negativo, il responsabile del procedimento o l'autorità competente (quindi l'organo competente ad adottare il provvedimento finale) comunica agli istanti i motivi ostativi all'accoglimento della domanda. Si tratta dei motivi emersi nel corso dell'istruttoria e che, tuttavia, potrebbero non essere quelli alla base del provvedimento finale dal momento che, a seguito della comunicazione, il destinatario dell'atto potrebbe introdurre nuovi elementi idonei a modificare il convincimento dell'amministrazione.

Inoltre, là dove il legislatore ha inteso attribuire al responsabile del procedimento anche il potere di predisporre una proposta di provvedimento finale lo ha fatto in modo esplicito: è il caso dell'art. 20, comma 3, d.p.r. 380/2001, che, in tema di procedimento per il rilascio del permesso di costruire condotto dallo sportello unico per l'edilizia, prevede che il responsabile del procedimento, «*valutata la conformità del progetto alla normativa vigente, formula una proposta di provvedimento, corredata da una dettagliata relazione, con la qualificazione tecnico-giuridica dell'intervento richiesto*».

Tutto ciò, tornando alla disciplina generale, dimostra come le «*risultanze dell'istruttoria*» siano concettualmente distinte dal contenuto dispositivo della decisione finale³⁶.

La «riserva» dei poteri provvedimentali in favore dell'organo designato dalla legge quale competente è ulteriormente ribadita dall'art. 11, co. 4-*bis*, l. 241/1990, a mente del quale la stipulazione degli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento è preceduta da una «*determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento*». Anche in tal caso, intervenendo in una fase procedimentale in cui l'ente decide di accogliere le osservazioni presentate in sede di partecipazione, la determinazione pare dare copertura all'attività istruttoria svolta dal responsabile del procedimento³⁷.

Queste conclusioni sono dunque in linea con le indicazioni scaturite dall'esame del tema della responsabilità erariale, che non disvelano lo spostamento del baricentro (in quel caso sotto il profilo non già della decisione, bensì della responsabilità) verso il responsabile del procedimento.

Tutto ciò non esclude che importanti spazi di responsabilità del responsabile del procedimento potrebbero configurarsi per le ipotesi di omissioni e ritardi, sebbene, anche con riferimento a tali aspetti, il dirigente debba esercita-

³⁶ M. OCCHIENA, *Il "nuovo" responsabile del procedimento, cit.*, 262.

³⁷ M. OCCHIENA, *Il "nuovo" responsabile del procedimento, cit.*, 264.

re i suoi poteri di controllo. Ciò specialmente in virtù dell'art. 21, d.lgs. 165/2001, che aggiunge un'altra ipotesi di responsabilità dirigenziale che può dar luogo alla misura tipizzata della decurtazione di una quota, fino all'ottanta per cento della retribuzione di risultato, a carico del dirigente nei confronti del quale sia stata accertata, previa contestazione e nel rispetto del principio del contraddittorio secondo le procedure previste dalla legge e dai contratti collettivi nazionali, la "colpevole violazione" del dovere di vigilanza sul rispetto, da parte del personale assegnato ai propri uffici, degli standard quantitativi e qualitativi fissati dall'amministrazione, configurando in tal modo una responsabilità per mancata vigilanza sul rendimento dei propri dipendenti.

Resta sempre fermo, dunque, il controllo da parte del dirigente sull'operato del responsabile: in tal modo, il primo ne assume la responsabilità. La tipologia ed estensione dei poteri attribuiti ai dirigenti (non solo di controllo, ma anche di carattere sostitutivo) radica in capo agli stessi la responsabilità per gli effetti giuridici prodotti dall'esercizio (o mancato esercizio) dei poteri, sia nei confronti dei terzi, sia nei confronti dell'amministrazione di appartenenza.

Accertata la responsabilità amministrativa del dirigente, dovrà poi valutarsi se possa aggiungersi quella del responsabile del procedimento³⁸, allorché sia individuabile un apporto causale frutto di dolo³⁹ o colpa grave⁴⁰ con riferimento ai compiti previsti dall'art. 6, comma 1, l. 241/1990⁴¹.

6. È davvero corretto puntare sulla responsabilità erariale del responsabile del procedimento?

Guardando ora al "dover essere", ci si può conclusivamente domandare

³⁸ «La previsione della responsabilità procedimentale si sostanzia proprio in una previsione di imputabilità, in capo, in primis, al responsabile e, quindi, agli altri soggetti dotati di competenze procedurali, delle forme già note di responsabilità sostanziale»: così M. RENNA, *Il responsabile nell'organizzazione amministrativa*, cit., 48.

³⁹ Come meglio si dirà, l'art. 21, co. 1, del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, ha modificato l'articolo 1, co. 1, della legge 14 gennaio 1994, n. 20, aggiungendo la previsione secondo la quale «la prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso».

⁴⁰ Fermo quanto previsto dal già richiamato art. 21, co. 2, d.l. 76/2020.

⁴¹ Corte conti, sez. Piemonte, 5 luglio 2019, n. 260, chiarisce che «la figura del responsabile del procedimento configura una tipologia di incarico assolutamente centrale e prioritario per assicurare il corretto ed efficiente esercizio dell'azione amministrativa nelle P.A., anche nell'ottica di salvaguardare il criterio dell'economicità, come valorizzato dalla Legge nr. 241 del 1990 e successive modificazioni, fonte normativa di carattere fondamentale nello specifico comparto, tanto che l'articolo 6 della stessa ha stabilito che nell'ipotesi in cui ricorra la scissione tra il soggetto che adotta il provvedimento finale e quello che cura l'istruttoria, l'Organo competente per l'emanazione dell'atto finale, ove diverso dal responsabile del procedimento, non può discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta da quest'ultimo, se non indicandone specificatamente la motivazione nel provvedimento finale; in altri termini, e con maggiore ampiezza esplicativa, le risultanze dell'istruttoria svolta dal responsabile del procedimento, che dovrebbe essere il soggetto maggiormente edotto sulla singola fattispecie a seguito di adeguati e puntuali approfondimenti su tutti i profili, fattuali e giuridici, che connotano la medesima, vincolano in modo intenso il contenuto del provvedimento finale, atteso che l'Organo sovraordinato può affrancarsi da siffatte risultanze solo con motivazione espressa ed analitica che riesamini i diversi passaggi dell'istruttoria giungendo a conclusioni differenti dalla proposta enucleata dal responsabile del procedimento».

se spostare in modo più marcato l'attenzione sulla responsabilità erariale del responsabile del procedimento potrebbe avere utili risvolti per i riflessi sull'organizzazione⁴², agevolando misure di autocorrezione dell'organizzazione, al contempo garantendo vantaggi immediati per le casse erariali (invero, a tale ultimo proposito, tenendo conto della difficoltà di eseguire le condanne del giudice contabile, non si potrebbe peraltro incidentalmente non notare come siano i dirigenti e non già i semplici funzionari i soggetti che fanno maggiormente ricorso a forme di assicurazione⁴³).

Per tentare di formulare una risposta al quesito sopra prospettato, non si deve sottovalutare il concreto rischio che un'eccessiva attenzione sulle responsabilità dei singoli paralizzi le pubbliche amministrazioni a causa della paura dei dipendenti di essere poi chiamati a rispondere dei danni cagionati⁴⁴. In senso contrario, spesso si ricorda che a costruire una sorta di "campana di vetro" a favore dei dipendenti concorrono vari tratti della disciplina, quali la necessità della colpa grave⁴⁵, la limitazione di responsabilità per gli organi politici, l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali⁴⁶ e il vincolo a tener conto, nella determinazione del danno, dei vantaggi conseguiti dall'amministrazione o

⁴² Secondo M. RENNA, *Il responsabile nell'organizzazione amministrativa, cit.*, l'istituzione del responsabile del procedimento ha anche una valenza extraprocedimentale, «concretizzantesi nell'imputabilità e nella personalizzazione degli inadempimenti, a sconfiggere quella formidabile garanzia d'impunità data dall'impersonalità degli uffici e dalla fungibilità tra i loro addetti, valente a deviare dal bersaglio la reazione del cittadino, ma non ad intaccare il rapporto dominicale del singolo impiegato con il procedimento».

⁴³ Sul tema delle coperture assicurative contro i rischi da condanna per danno erariale, si v. S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2019, 293. Circa il comando che "fulmina" con la nullità la copertura assicurativa, garantita dall'ente, dei dirigenti e degli amministratori alle ipotesi risarcitorie supportate da condanne della Corte (art. 3, c. 59, l. 244/2007), normalmente si osserva che una regola contraria farebbe venire meno la funzione deterrente della responsabilità erariale (E. D'ALTERIO, *Come le attività della Corte dei conti incidono sulle pubbliche amministrazioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2019, 39, sottolinea «la manifesta absurdità» dell'uso paradossale delle polizze assicurative per coprire eventuali condanne per responsabilità erariale della classe dirigente o dei componenti degli organi di indirizzo di taluni enti) e determinerebbe «un sacrificio della parte di interessi dell'ente medesimo già soddisfatta da tali sentenze» (Corte dei Conti, Sez. Sicilia, 4 marzo 2008, n. 734); l'ente, più in generale, si accollerebbe un pagamento non dovuto (invero, quest'ultima spiegazione non convince pienamente, posto che non riesce a dar ragione della possibilità di assicurare i dipendenti contro i rischi legati all'espletamento del proprio mandato per danni cagionati a terzi). In realtà, la copertura assicurativa non può interferire con l'area d'illecito ascritto alla giurisdizione del Giudice contabile, la quale si configura come il meccanismo in grado di soddisfare gli interessi dell'amministrazione pubblica. In realtà, la copertura erariale consentirebbe di risarcire il danno erariale, ma farebbe venire meno il carattere "sanzionatorio" dell'istituto, pur di matrice originariamente risarcitoria.

⁴⁴ Sull'"amministrazione difensiva" si v. M. CAFAGNO, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e "burocrazia difensiva"*, in *Dir. econom.*, 2018, 3, 625.

⁴⁵ A ciò si aggiunga l'innalzamento della soglia di responsabilità disposto, seppure temporaneamente e con esclusione delle ipotesi di omissioni e inerzia, dal richiamato art. 21, co. 2, del d.l. 76/2020.

⁴⁶ Sul punto, si v. T. MIELE, *Responsabilità amministrativa e sindacabilità delle scelte discrezionali: dall'orientamento giurisprudenziale al dato normativo*, in *Riv. amm.*, 1997, 393; P. VIRGA, *Preclusa alla Corte dei conti la sindacabilità nel merito delle scelte discrezionali*, in *Nuova Rassegna*, 1, 1997, 9.

dalla comunità.

Tuttavia, per sfiorare solo uno di questi aspetti, la vaghezza del concetto di colpa grave⁴⁷ (non è senza significato che l'art. art. 5-*quater*, co. 3, d.l. 18/2020, conv. nella l. 27/2020, ancorché solo con riferimento a particolari fattispecie, abbia limitato la responsabilità ai fatti dolosi e che l'art. 21 del d.l. 76/2020 lo abbia fatto in maniera generalizzata, seppure per un periodo di tempo limitato e con esclusione delle ipotesi di omissioni e inerzia) e la trasfigurazione del dolo in dolo contrattuale, hanno sempre fatto sì che si percepisse ancora alto il rischio per i funzionari e dirigenti amministrativi di incorrere in responsabilità⁴⁸.

Su tale profilo, però, è intervenuto l'art. 21 del d.l. 76/2020 che, come già ricordato, non soltanto ha innalzato temporaneamente la soglia di responsabilità per le fattispecie commissive, ma, più significativamente, al comma 1, ha modificato l'art. 1, co. 1, della l. 14 gennaio 1994, n. 20, introducendo la previsione secondo la quale «*la prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso*», con conseguente abbandono della nozione di dolo contrattuale.

Ancora, alcune soluzioni per arginare la responsabilità potrebbero consistere nella valorizzazione dei pareri preventivi favorevoli richiesti ai sensi dell'art. 16, l. 241/1990, e, soprattutto, alla Corte dei conti. Infatti, ai sensi dell'art. 69 del Codice di giustizia contabile (d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174, e succ. mod.), il pubblico ministero erariale dispone l'archiviazione per assenza di colpa grave quando l'azione amministrativa si sia conformata al parere reso dalla Corte dei conti in via consultiva, in sede di controllo e in favore degli enti locali, nel rispetto dei presupposti generali per il rilascio dei medesimi⁴⁹.

In ogni caso, per tornare all'asse principale della riflessione, incentrata sull'effettiva attitudine della responsabilità erariale a “colpire” adeguatamente e in modo non sproporzionato il “responsabile che sbaglia”, ci si potrebbe un po' provocatoriamente chiedere se la Corte dei conti sia effettivamente in grado di superare lo “schermo” organizzativo per chinarsi a censire le singole responsabilità, “prendendo contatto” con la persona fisica. Non può tacersi, a tal proposito, che un “avvicinamento” alla persona si ha, perlopiù, nella fase pre-

⁴⁷ S. CIMINI, *La responsabilità amministrativa e contabile*, cit., 89.

⁴⁸ M. CAFAGNO, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e “burocrazia difensiva”*, cit., 628, sottolinea come dagli esiti della ricerca condotta dal Forum PA nel 2017 risulti che il timore di un'azione di responsabilità non sia l'unica causa delle tattiche difensive dell'amministrazione, concorrendo con altre variabili quali l'instabilità, la confusione, l'ipertrofia delle regole, l'inadeguatezza dell'organizzazione e la cattiva distribuzione del lavoro. Secondo l'A., tuttavia, «*l'azione della Corte dei conti, se da sola non crea il problema, possa nondimeno costituire parte essenziale della soluzione, vuoi adattando l'interpretazione delle regole di responsabilità, vuoi tramite i suoi poteri consultivi e tutori, atti ad influire sulle “condizioni al contorno” della disciplina risarcitoria*».

⁴⁹ Ai sensi dell'art. 95, poi, «*il giudice, ai fini della valutazione dell'effettiva sussistenza dell'elemento soggettivo della responsabilità e del nesso di causalità, considera, ove prodotti in causa, anche i pareri resi dalla Corte dei conti in via consultiva, in sede di controllo e in favore degli enti locali, nel rispetto dei presupposti generali per il rilascio dei medesimi*».

processuale. Nel procedimento preliminare al giudizio⁵⁰, infatti, sono previste le audizioni personali disposte dal Pubblico Ministero o richieste dal convenuto, mentre, nella fase del giudizio vero e proprio, il giudice contabile difficilmente riesce ad “accostarsi” alla persona, trattandosi di un processo principalmente documentale⁵¹.

Non solo: gli aspetti più prettamente legati alla persona (e al suo apporto causale) potrebbero essere conosciuti come riflesso delle indagini penali. Anche in tal caso, tuttavia, non si avrebbe un effettivo avvicinamento alla persona nel giudizio contabile⁵².

Infine, va senza ipocrisie ricordato il rischio che, in taluni contesti patologici, ma abbastanza diffusi, il dirigente sia portato a forzare le maglie della legittimità per realizzare gli obiettivi assegnatigli dalla componente di indirizzo politico-amministrativo, magari con la speranza, assecondando gli organi di governo dell'ente di appartenenza, di ottenere il rinnovo nel conferimento dell'incarico di funzione dirigenziale. Tali comportamenti, a cascata, possono influenzare e colpire l'anello debole della catena e, cioè, il funzionario, indotto a fare un certo tipo di proposta o a presentare un certo tipo di risultanze dell'istruttoria per allinearsi alle decisioni assunte “ai piani alti”, su cui non può interloquire e che non ha la forza di contrastare.

Al di là del dato giuridico, sul piano sociologico e organizzativo, non si può escludere la rilevanza e la frequenza di tali situazioni; sul terreno della responsabilità erariale, lungi dal volere proporre o avallare forme di indebita “impunità” a favore del responsabile del procedimento, occorre comunque sempre tenere conto che il potere decisionale ultimo è quello del dirigente che adotta l'atto.

⁵⁰ Su tale fase, si v. M. OCCHIENA, *Il procedimento preliminare al giudizio dinanzi alla Corte dei conti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008.

⁵¹ Tuttavia, l'art. 94, co. 3, del Codice di giustizia contabile dispone che «*il giudice può procedere in qualunque stato e grado del processo all'interrogatorio non formale del convenuto, assistito dal difensore se costituito*».

⁵² Peraltro, l'“appiattimento” sul penale sembra comportare anche un altro rischio, legato al fatto che spesso assumono rilievo reati, quale il peculato, che presuppongono la qualifica di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, sicché forse, banalmente, è anche questa la ragione che indebolisce la tesi favorevole a delineare un modello di responsabilità autonoma erariale del responsabile del procedimento.

ALBERTO CLINI

Professore associato di Diritto processuale amministrativo
presso il Dipartimento di Giurisprudenza Università di Urbino Carlo Bo
alberto.clini@uniurb.it

FUNZIONE MONETARIA E ORGANIZZAZIONE NELL'UNIONE EUROPEA

MONETARY FUNCTION AND ORGANIZATION IN THE EU

SINTESI

Il rapporto tra mercato e istituzioni si declina in assetti economici che variano in relazione alla intensità dell'intervento svolto dai poteri pubblici. In questo contesto, una particolare centralità è assunta dai soggetti pubblici che sovrintendono al governo della moneta.

Sotto il profilo organizzativo l'accentramento delle funzioni monetarie in capo alla Banca centrale europea pone problemi di coordinamento sia interno, con le altre funzioni in materia di vigilanza bancaria, che esterno, sotto l'aspetto del raccordo democratico e della non ingerenza in azioni afferenti alla politica economica.

Complessivamente emergono tratti sul ruolo accentratore della Bce che postulano non solo una difficoltà di costruzione di un modello organizzativo efficiente, ma che rischiano di disallineare il posizionamento di quest'ultima rispetto al sistema istituzionale.

Le difficoltà illustrate nel tentativo di risolvere i principali nodi problematici, suggerisce di adottare una differente visione di analisi delle questioni, ponendo al centro la tutela dei diritti fondamentali della persona, per recuperare quella "fiducia" che come noto alimenta la crescita economica e argina l'incombente dei fattori di crisi. Si è cercato di porre in evidenza come questa prospettiva sia intrinsecamente connessa con una concezione oggettiva della funzione monetaria, dalla quale partire per ricostruire un modello organizzativo strumentale al raggiungimento di obiettivi tecnico-economici, il cui valore risiede nell'assicurare il massimo godimento dei diritti di libertà economica e della persona.

ABSTRACT

The relationship between market and the institutions is expressed in economic structures that vary in relation to the intensity of the intervention carried out by public authorities. In this context, a particular centrality is assumed by the public entities that oversee the government of the currency.

From an organizational point of view, the centralization of the monetary functions of the European Central Bank poses problems of coordination both internally, with the other functions in banking supervision, and externally, from the point of view of the democratic connection and the non-interference in actions related to economic policy.

Overall, traits emerge about the centralizing role of the ECB which postulate not only a difficulty in building an efficient organizational model, but which

risk misaligning the positioning of the latter with respect to the institutional system.

The difficulties illustrated in the attempt to solve the main problematic issues, suggests adopting a different vision of analysis of the issues, placing at the center the protection of the fundamental rights of the person, to recover that "trust" that as known feeds growth economic and stem the burden of crisis factors. An attempt has been made to highlight how this perspective is intrinsically connected with an objective conception of the monetary function, from which to start to reconstruct an organizational model instrumental to the achievement of technical-economic objectives, the value of which lies in ensuring maximum enjoyment of the rights of economic and personal freedom.

PAROLE CHIAVE: Banca centrale europea, funzione monetaria, organizzazione

KEYWORDS: European Central Bank, monetary function, organization

INDICE: 1. Premessa all'indagine – 2. Le instabilità dei modelli di governo economico – 3. Il governo della moneta nella integrazione europea – 3.1. Moneta e sovranità nelle prerogative di indipendenza della Bce – 3.2. Moneta e sorveglianza bancaria – 3.3. Il ruolo della Bce tra politica economica e politica monetaria – 4. L'*accountability* nella gestione della funzione monetaria – 5. Quale organizzazione per l'esercizio della funzione monetaria?

1. Premessa all'indagine.

Periodicamente l'interesse giuridico per il sistema monetario si intensifica, rispetto a periodi di maggiore stabilità economica, in occasione dell'impatto esercitato da situazioni di instabilità e deriva inflazionistica, proprio perché sovente l'insorgere di una crisi mette in luce i limiti del modello preposto al controllo della moneta¹.

Uno dei punti di osservazione di maggiore interesse per l'analisi giuridica, in questi frangenti di mutamento, è rivolto a comprendere, nei rapporti tra mercato e istituzioni, l'incidenza delle oscillazioni sugli assetti organizzativi che presiedono il governo economico.

La prospettiva di tali interazioni organizzative implica, tuttavia, la composizione di un ampio mosaico di fattori problematici, troppo esteso per po-

¹ I fenomeni riconducibili alla funzione del sistema monetario che si intendono analizzare non riguardano quegli aspetti che comunemente rappresentano le molteplici funzioni attribuite al denaro, nel senso di strumento di intermediazione degli scambi e di determinazione del valore dei beni per tutti i diversi fini previsti dalla legge (in materia ereditaria, risarcitoria, obbligatoria, fiscale; in merito si veda, nella sterminata letteratura, T. ASCARELLI, *Studi giuridici sulla moneta*, Milano, Giuffrè, 1952; G. STAMMATI, *Moneta*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, p. 747 ss.; A. DI MAJO, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 222 ss.; ed i più recenti L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, p. 1 ss.; B. INZITARI, *Profili del diritto delle obbligazioni*, Padova, Cedam, 2000; P. LAGHI, *Moneta, equilibrio patrimoniale e tutela della persona*, Milano, Giuffrè, 2011) o ancora le implicanze di situazioni di deprezzamento del potere di acquisto della moneta sui rapporti giuridici avente ad oggetto entità monetarie (G. CARLI, F. CAPRIGLIONE, *Inflazione e ordinamento giuridico*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 22 ss.). Seppure il controllo pubblico e istituzionale disciplina l'equilibrio delle posizioni patrimoniali nei singoli rapporti e regola il mercato degli scambi, ai nostri fini interessa coglierne le incidenze sulla direzione della politica monetaria nel sistema di regole e di apparati che assicurano a livello europeo gli equilibri del governo economico e monetario.

terne qui anche solamente elencarne ogni singolo profilo. Sarà invece possibile richiamare alcune linee di fondo, che emergono dai vari sistemi economici ed offrire un quadro di riferimento per il posizionamento degli apparati a cui è affidata, in particolare, la gestione della funzione monetaria nello spazio europeo².

In questo senso, partendo da una esperienza oramai consolidata (maturata sugli avvicendamenti di crisi nei raccordi tra mercato e istituzioni), si ritiene oramai irrealistico pensare ad un modello di governo dell'economia che assicuri una volta per tutte una durevole stabilità, senza per ciò frustrare – al contempo – i tentativi di ricerca che, attraverso adeguamenti correlati all'evoluzione delle vicende storiche, assicurino la più longeva continuità del sistema³.

La precarietà degli assetti economici, come vedremo, è strettamente connessa con le forme di organizzazione, dalle più intense alle più rarefatte, che i poteri pubblici riservano al mercato, riconducibili, in estrema sintesi, a due punti di rottura contrapposti: nell'ambito del primo, si rinviene il fallimento attribuito all'inadeguatezza dell'intervento pubblico in relazione alle dinamiche del mercato; nel secondo, invece, si collocano gli insuccessi determinati dalla condizione eccessivamente deregolata del medesimo mercato.

Di conseguenza, come nella nota legge del pendolo, ad ogni crisi originata da eventi inquadrabili in una delle due cornici sopra estremizzate, corrisponde solitamente una reazione volta a rilanciare il contrapposto fattore rimasto nel frattempo recessivo, con l'intendimento di perseguire, nonostante le difficoltà menzionate, un bilanciamento quanto più duraturo possibile.

Tra prospettive tese a rafforzare o reintrodurre uno schema interventista dei poteri pubblici e antagoniste visioni che vorrebbero escluderne ogni spazio di incidenza (per quanto storicamente appare difficile riscontrare realtà totalmente prive di un *gouvernement correction*⁴), si conferma l'idea di partenza, circa le

² Con sagace ammonimento, che cercheremo di tenere in massima considerazione, questo campo di indagine è stato definito «*minato*», poiché «*si rischia il coinvolgimento in dispute ideologiche o all'opposto di non riuscire a sottrarsi ad idealizzazioni. Concorrono con le grandi idee, l'unità europea, l'identità nazionale e così via, le microideologie la cui influenza non è meno efficace e pervasiva delle grandi, pericolose perché meno appariscenti, per di più appartenenti a due campi diversi, l'economia (il mercato, le privatizzazioni, le liberalizzazioni, ecc.) e il diritto (la sovranità, la sussidiarietà, i rapporti tra le fonti, ecc.)*»; G. GUARINO, *Eurosistema. Analisi e prospettive*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 4.

³ E. CARDI, *Mercati e Istituzioni in Italia. Diritto pubblico dell'economia*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 2 ss., dove si evidenzia che dopo un periodo, nel nostro Paese a partire dagli anni Trenta, contraddistinto dagli interventi pubblici surrogatori di risorse private insufficienti con la conseguente centralità dell'impresa pubblica, poi evoluto negli anni Sessanta con un mercato basato sulla centralizzazione della scelta allocativa, si è passati negli anni Novanta al periodo del c.d. «*nuovo ordine mercantile*» o del «*supercapitalismo*» inteso come «*vera e propria ideologia che rende i valori del mercato misura di ogni altro valore, e pone o rivendica un ideal market in cui il ruolo del legislatore sia limitato alla definizione dei property rights*». La crisi finanziaria e poi bancaria iniziata nel 2008 ha quindi messo in evidenza le incrinature delle liberalizzazioni e privatizzazioni compiute negli anni precedenti, con l'effetto di recuperare un adeguato presidio regolatorio pubblico per garantire la stabilità sistemica.

⁴ Viene difatti concepita l'esistenza di un mercato, per quanto l'espressione rappresenti un'astrazione concettuale (in ragione dei tanti ambiti spaziali e delle diverse attività che vi si svolgono), non solo in presenza di rapporti economici di scambio, ma anche di una «*disciplina*

difficoltà di raggiungere una dimensione ottimale di regolazione dell'economia, che possa sopravvivere immutabile al diacronismo delle situazioni storiche o garantire una volta per tutte una permanente crescita e stabilità economica⁵.

Nel quadro così delineato, risulta del tutto evidente la particolare centralità che il sistema monetario assume nello svolgimento di tali dinamiche, come dimostrano peraltro le recenti tensioni che nel contesto europeo hanno condotto, per un verso, l'avvio di un processo di rafforzamento sovranazionale del governo economico-monetario a cui si è contrapposto, per altro verso, una spinta secessionista, per ora limitata alla scelta operata dal Regno Unito.

Restando nel perimetro dell'UE, l'impatto della crisi finanziaria globale ha profondamente scosso i perni centrali della politica economica, con il conseguente contagio innescato sul debito sovrano degli Stati membri: il pericolo di *default* dell'Unione Monetaria ha quindi posto il problema non solo di salvaguardarne la sostenibilità, ma di rimodulare un modello di *governance* sul fallimento dei precedenti assetti istituzionali. Sicché, si è dato corso ad una risposta di politica istituzionale, nel caso di specie, emergenziale, che ha portato ad un rivolgimento significativo nelle relazioni tra UE e Stati membri con l'intento, tra gli altri, di presidiare la moneta, contenere il debito sovrano, stabilizzare il settore bancario⁶.

L'articolato contesto delle tematiche da trattare induce a limitare la disamina dei fenomeni monetari al profilo organizzativo (nella sua attuale dimensione sovranazionale), seguendo una linea di riflessione che troppo spesso viene relegata in un cono d'ombra se non addirittura pretermessa. Senza indugiare in un'ennesima descrizione della complessa intelaiatura e dei meccanismi che governano l'Euro (già ampiamente presenti, con pregevole acume analitico⁷), si vorrebbe invece contribuire ad estendere i contenuti della funzione monetaria, al di là del tradizionale (e predominante) orizzonte economico-mercantile, verso una prospettiva che miri principalmente alla tutela dei diritti inviolabili della persona: porre come finalità ordinante il massimo godimento dei diritti del cit-

giuridica che organizza e dà regole a questi rapporti: il mercato è il luogo giuridico degli scambi, punto d'incidenza tra i rapporti economici ed i rapporti giuridici ai primi connessi; S. AMOROSINO, *La regolazione pubblica delle banche*, Assago, Cedam, 2016, p. 11.

⁵ Si pensi solamente alla recente crisi finanziaria, dalla quale sono emerse gravi *failures* sugli spazi deregolati come su quelli delle regolazioni e dei regolatori; per tutti, F. CAPRIGLIONE, A. TROISI, *L'ordinamento finanziario della UE dopo la crisi*, Torino, Utet, 2014, Cap. I.

⁶ Così per evitare che i rischi «sovrani» contagino nei singoli Paesi quelli «bancari» (come per la Grecia) o viceversa (come per l'Irlanda e Cipro), si sono delineati quali pilastri di sostegno la *Union banking* ed i Meccanismi unici europei di sorveglianza e di risoluzione del settore bancario (*infra* § 3.2).

⁷ La vastità della letteratura impone un richiamo limitato alle trattazioni di inquadramento sistematico e alle più recenti monografie: F. CAPRIGLIONE, *Moneta*, in *Enc. dir.*, Agg. III, Milano, Giuffrè, 1999, p. 758 ss.; G. L. TOSATO, R. BASSO, *Unione economica e monetaria*, in *Enc. dir.*, Agg. V, Milano, Giuffrè, 2001, p. 1102; S. CAFARO, *Unione monetaria e coordinamento delle politiche economiche*, Milano, Giuffrè, 2001; AA. VV., *La moneta tra sovranità statale e diritto internazionale*, Napoli, Esi, 2001; G. PERONI, *La crisi dell'euro: limiti e rimedi dell'Unione economica e monetaria*, Milano, Giuffrè, 2012.

tadino (europeo), non solo condiziona la fisionomia degli assetti preposti al governo della moneta (che si limitano per lo più ad assicurare un effetto di garanzia indiretta, rispetto alla centralità assunta dai principi tecnico-economici), ma si ritiene possa contribuire a mantenere integra quella «impalpabile» fiducia di operatori e risparmiatori che, come tutti sanno, risulta essenziale per alimentare la crescita economica ed arginare l'incombenza dei fattori di crisi.

2. Le instabilità dei modelli di governo economico.

I sistemi di governo economico e con essi quelli di politica monetaria sono soggetti – come abbiamo anticipato – a cicliche variazioni, condizionate da modelli organizzativi che, al ricorrere di fenomeni di instabilità e di crisi economica, subiscono processi di rinnovamento e trasformazione.

Nel recente passato, si rinviene, dopo la crisi sistemica iniziata nel 2008, una conferma sulla reazione che ha portato a profondi mutamenti dei modelli organizzativi europei e dei singoli Stati membri, in relazione alle specificità legate alla funzione monetaria⁸.

Seguendo una visione dinamica delle traiettorie evolutive, si possono sintetizzare tre fenomeni economici ricorrenti da cui partire per un rapido inquadramento generale⁹.

Il primo, come già visto, conferma la difficoltà di adottare una forma di sistema economico che riesca a coniugare l'intervento pubblico e la libertà del mercato in modo costante negli anni. Le conseguenze dell'instabilità del modello precedente alla crisi (al pari di qualsiasi modello) non va tuttavia assolutizzata in una valutazione del tutto negativa: difatti ogni assetto corrisponde ad un tratto di storia e ne permette comunque, seppure per periodi segmentati, un percorso di crescita e di sviluppo economico.

Una seconda prospettiva, anch'essa tracciata su un piano descrittivo, raffigura un'accelerazione dei periodi che intercorrono dal riassetto organizzativo ed economico ad una nuova esplosione dei fattori di crisi, confermando una sempre maggiore rapidità dei cicli storici¹⁰. Del resto, i mutamenti che contradd-

⁸ Sulle misure di contenimento della recente crisi finanziaria globale mediante l'ampio utilizzo di interventi di natura pubblicistica, G. NAPOLITANO, *L'intervento dello Stato nel sistema bancario e i nuovi profili pubblicistici del credito*, in *Gior. dir. amm.*, 2009, p. 429; per un inquadramento complessivo sulle componenti che hanno contribuito a diffondere una crisi finanziaria sistemica e sui relativi effetti, F. CAPRIGLIONE, *Globalizzazione, crisi finanziaria e mercati: una realtà su cui riflettere*, in G. COLOMBINI, M. PASSALACQUA (a cura di), *Mercato e banche nella crisi: regole di concorrenza e aiuti di Stato*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, pp. 14 ss.; ID.- A. TROISI, *L'ordinamento finanziario dell'UE dopo la crisi*, Torino, Utet, 2014, pp. 81 ss.

⁹ Le linee di discussione qui estremamente semplificate possono essere rinvenute nelle ampie analisi in P. CRAIG, *UK. EU and Global Administrative Law*, Cambridge University Press, 2017; G. DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, Cedam, 2017; E. CARDI, *Mercati e Istituzioni in Italia. Diritto pubblico dell'economia, cit.*, spec. Cap. III; S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, Milano, Mondadori, 2017; M. LOTTINI, *Principio di autonomia istituzionale e pubbliche amministrazioni nel diritto dell'Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2017.

¹⁰ Nella abbondanza dei contributi rivolti alla situazione economica e finanziaria globale, dopo il fallimento della banca d'affari americana Lehmann Brothers nel settembre del 2008,

distinguono i nostri anni e le incidenze che essi comportano sugli assetti economici sono inevitabilmente sempre più condizionati, per un verso, dalla intera rete di globalizzazione dei flussi e, per altro verso, dalla estrema rapidità di scambio e di reazione dei sistemi economici. All'accelerazione delle dinamiche che conducono ad uno stato di crisi dovrebbe forse corrispondere un impianto meno rigido di ogni modello di governo economico, nel senso di prevedere una struttura che possa contenere al suo interno un assetto variabile per rispondere prontamente ai cambiamenti necessari per minimizzare l'impatto degli effetti negativi.

L'ultimo profilo registra l'illusione di superare una situazione di crisi adottando una scelta estrema nel rapporto tra mercato e istituzioni¹¹. Il principio del mercato come metodo generale di orientamento costituisce un fondamento dell'ordinamento politico economico: ma al tempo stesso il mercato, per assicurare il suo funzionamento necessita di condizioni giuridiche, politiche e istituzionali. In altri termini, va posta «l'esclusione di una piena identificazione del mercato con il suo statuto giuridico, cui inclina talora la scienza giuridica. Così come va esclusa una visione subalterna del diritto quasi che questo rincorra sempre il mercato solo per ordinarlo e fissarne le regole»¹².

L'instabilità di un modello di *governance*, la ciclicità sempre più ravvicinata tra crisi e ripartenze del settore economico e le risposte emergenziali estremizzate nella ricerca di un equilibrio tra mercato ed istituzioni, rappresentano quindi le linee di fondo dell'attuale contesto con le quali deve sostanzialmente rapportarsi ogni sistema ordinamentale di regolazione dell'offerta e del costo della moneta.

non sono mancati studi sulla ciclicità dei fenomeni di crisi, a partire da quella del 1929: gli effetti prodotti sull'economia reale rivestono difatti tratti comuni, caratterizzati, tra gli altri, dalla carenza di liquidità, da un eccesso di liberismo, da una produzione dei livelli di produzione industriale; M. ALMUNIA, A. S. BÉNÉTRIX, B. EICHENGREEN, K. H. O'ROURKE, G. RUA, *From Great Depression to Great Credit Crisis: Similarities, Differences and Lessons*, Cambridge MA, National Bureau of Economic Research, 2009; G. SAPELLI, *La crisi economica mondiale. Dieci considerazioni*, Torino, Bollati Borlinghieri, 2008; G. PERONI, *La crisi dell'euro: limiti e rimedi dell'Unione economica e monetaria*, cit., p. 23 ss.

¹¹ Da una soluzione liberista ad una scelta interventista dei pubblici poteri, la radicalità del passaggio ad un modello opposto a quello imputato di una gestione fallimentare della crisi, pur nei limiti descritti, risente senza dubbio del carattere illogico del mercato, nel reagire spesso in maniera sproporzionata alle sollecitazioni: in altri termini, quest'ultimo «segue sovente una logica binaria, secondo cui va tutto bene oppure, viceversa, va tutto male. Ad esempio, i rischi determinati dall'entità sproporzionata (rispetto alle reali capacità produttive) del debito pubblico di un Paese possono venire per lungo tempo sottostimati dagli operatori economici, i quali continuano ad acquistare titoli del tesoro di quel Paese fintantoché lo Stato non si trova a dover affrontare ristrutturazioni del debito. Mentre, al contrario, determinati avvisi, come l'introduzione di imposte non previste sui dividendi azionari od obbligazionari, possono indurre, con effetto immediato, gli investitori a rivolgersi subitaneamente altrove nel timore di una minore rendita del capitale»; G. CONTALDI, *Politica economica e monetaria (diritto dell'Unione europea)*, in *Enc. dir.*, Ann. VII, Milano, Giuffrè, 2014, p. 821.

¹² E. CARDI, *Mercati e Istituzioni in Italia. Diritto pubblico dell'economia*, cit., p. 15.

3. Il governo della moneta nella integrazione europea.

La costruzione di un'Unione monetaria a livello europeo è il risultato di un lungo percorso a livello sovranazionale che ha segnato, dalla nascita della Comunità economica, una profonda trasformazione dei rapporti tra istituzioni e mercati¹³.

Nel quadro economico e commerciale internazionale, l'Unione europea rappresenta la forma più evoluta di integrazione tra Stati per favorire uno sviluppo delle singole economie verso uno spazio commerciale ed economico comune¹⁴. Di conseguenza, la realizzazione all'interno di un mercato unico di una libera circolazione dei fattori produttivi (merci, persone, servizi e capitali) si completa attraverso una politica monetaria ed economica anch'essa comune (come sintetizzato nel titolo del noto Rapporto del 1990, *One market, one money*¹⁵).

Nel 1991 il Consiglio europeo ha adottato la decisione di istituire l'Unione economica e monetaria (Uem) e nel 1992, con il Trattato di Maastricht, tutti i Paesi aderenti hanno dovuto avviare profondi processi di riorganizzazione sociale, economica e politica, per garantire l'allineamento verso la moneta unica¹⁶.

Con l'adozione dell'Euro, il mantenimento della stabilità dei prezzi è stato affidato, come noto, ad un'architettura istituzionale rappresentata dal Sistema europeo delle banche centrali (Sebc) e dalla Banca centrale europea (Bce)¹⁷.

¹³ Si tenga del resto presente che il Trattato di Roma non conteneva esprese disposizioni dedicate all'Unione economica e monetaria, bensì faceva solo riferimento al compito degli Stati membri di attuare «la politica economica necessaria a garantire l'equilibrio della sua bilancia globale dei pagamenti e a mantenere la fiducia nella propria moneta» (art. 104 Trattato Cee).

¹⁴ G. PERONI, *La crisi dell'euro: limiti e rimedi dell'Unione economica e monetaria*, cit., p. 54 ss.

¹⁵ Il Rapporto *One market, one money* assieme al Rapporto *Delors*, di un anno precedente, rappresenta uno dei testi di maggiore importanza nello spiegare le ragioni ed individuare le necessarie componenti per l'introduzione della moneta unica; in tema G. GUARINO, *Eurosistema. Analisi e prospettive*, cit., p. 11 ss.

¹⁶ Come chiaramente osservato «la creazione del mercato interno non poteva prescindere, per un tempo indefinito, dall'attuazione di una progressiva convergenza economica tra gli Stati membri. D'altro canto, la stessa esistenza di monete diverse operava quale fattore di disgregazione degli scambi commerciali. Un mercato unico funziona in maniera più efficiente se gli obiettivi economici sono perlomeno coordinati e se si eliminano gli ostacoli discendenti dall'esistenza di una pluralità di valute che si rapportano tra di loro in un sistema di tassi di cambio flessibili.»; G. CONTALDI, *Politica economica e monetaria (diritto dell'Unione europea)*, cit., p. 811.

¹⁷ Il Sebc, essendo privo di personalità giuridica, costituisce una sorta di organismo di coordinamento, in quanto opera più come una conferenza permanente alla quale partecipano tanto i membri del Comitato esecutivo e quelli delle Banche centrali nazionali. Tra le azioni di cui dispone per gestire la politica monetaria, può svolgere operazioni di cambio, gestire le riserve valutarie degli Stati membri e promuovere il regolare funzionamento dei sistemi di pagamento (art. 127 Tfue); decide inoltre l'organizzazione interna della Bce, svolge le attività consultive e adotta le decisioni in materia di cooperazione internazionale; la letteratura in argomento è vastissima: sugli aspetti strutturali e funzionali della Bce e del Sebc nei contributi più recenti, L. AMMANNATI, P. BILANCIA (a cura di), *Governance dell'economia e integrazione europea*, Milano, Giuffrè, 2007; M. ARCELLI, *L'economia monetaria e la politica monetaria dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2007; T. PADOA-SCHIOPPA, *L'euro e la sua banca centrale. L'unione dopo l'Unione*, Bologna,

Segnatamente, la Bce, inquadrata strutturalmente nel Sebc assieme alle altre banche centrali nazionali, svolge le prevalenti funzioni monetarie in sostituzione delle banche centrali nazionali (secondo gli strumenti classici che concernono la determinazione del tasso ufficiale di sconto, l'approvazione del volume monetario, la fissazione del saggio delle riserve obbligatorie)¹⁸.

Si è posta in passato la questione sulla natura della Banca centrale europea e sull'inquadramento nell'ordinamento (al tempo) comunitario, fino a quando, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, si è placata la discussione per il suo riconoscimento quale istituzione dell'Unione (art. 13, § 1)¹⁹.

Da un punto di vista operativo, il Sebc si avvale degli organi decisionali della Bce, articolati nel Consiglio direttivo, nel Comitato esecutivo e da ultimo nel Consiglio generale²⁰.

Di fatto, come già da tempo autorevolmente intuito, l'assetto organizzativo conferma sotto il profilo sostanziale la piena investitura nella Bce delle funzioni di politica monetaria: più precisamente, si è in presenza di «una formula organizzativa che utilizza un'etichetta accattivante per edulcorare la sostanza, per rendere meno evidente il trasferimento della funzione monetaria dalle singole banche centrali alla

Il Mulino, 2004; R. SMITS, *The European Central Bank. Institutional Aspects*, London, The Hague, 1997, p. 93; A. MORSELLI, *Nascita ed evoluzione della Banca centrale europea. Aspetti istituzionali, economici e monetari*, Città Aperta Edizioni, Troina, 2009.

¹⁸ La stabilità dei prezzi assume quindi un valore primario e circolare, atteso che risulta assoluto (e dominante) anche rispetto alle politiche economiche generali della UE, ma al contempo viene previsto che la politica monetaria svolga una funzione di sostegno di quest'ultima (art. 127 Tfu), in termini di crescita dell'economia, dell'occupazione e di sviluppo di una società equa e solidale; E. CARDI, *Mercati e Istituzioni in Italia. Diritto pubblico dell'economia*, cit., p. 322 ss.

¹⁹ Come noto, l'art. 7 Trattato CE non elencava tra le istituzioni La Bce, sicché mentre taluni risolvevano il vulnus sul piano funzionale delle attività bancarie da essa svolta, altri negavano apertamente una qualsiasi inquadramento all'interno della Comunità a favore di una centralità del solo Sebc; per una ricostruzione delle tematiche, A. MALATESTA, *La Banca Centrale Europea. Gli aspetti istituzionali della banca centrale della Comunità europea*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 75 ss.

²⁰ Il Consiglio direttivo, composto dai membri del Comitato esecutivo della BCE e dai governatori delle Banche centrali nazionali, è l'organo competente a stabilire gli indirizzi e a prendere le decisioni di politica monetaria necessarie per il raggiungimento degli obiettivi della politica monetaria. Il Comitato esecutivo, formato dal Presidente, dal vicepresidente e da quattro altri membri, scelti tra persone di riconosciuta levatura ed esperienza professionale nel settore monetario e bancario, è chiamato a dare attuazione alla politica monetaria secondo le decisioni e gli indirizzi stabiliti dal Consiglio direttivo ed impartisce le necessarie istruzioni alle Banche centrali nazionali: in sostanza può essere considerato come l'organo dotato delle competenze amministrative e dei poteri esecutivi. Quanto alle funzioni deliberative, mentre il Comitato esecutivo vota a maggioranza semplice ed il voto di ogni membro è uguale ad uno, il Consiglio direttivo delibera sia a maggioranza semplice, sia a maggioranza qualificata (in quest'ultimo caso il voto dei vari governatori nazionali è rapportato al prodotto interno lordo ed al bilancio totale aggregato delle istituzioni finanziarie). Il terzo organo decisionale è il Consiglio generale, composto oltre dal Presidente e dal vicepresidente della Bce, da tutti i governatori delle Banche centrali nazionali (anche dei Paesi non aderenti all'Euro) con la funzione precipua di rappresentare una struttura di raccordo con queste ultime; C. ZILLOLI, M. SELMAYR, *La Banca Centrale Europea*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 103 ss.

Banca centrale europea (BCE)»²¹. La Bce ha quindi assunto il ruolo di custode della stabilità del metro monetario e di soggetto catalizzatore delle funzioni monetarie, non senza sollevare, tuttavia, numerose problematiche sul modello di coordinamento istituzionale e sull'esercizio dei poteri conferiti per prevenire fenomeni di inflazione e di deflazione.

Tra le questioni principali, rilevanti nell'economia di questo contributo, si è posto a livello istituzionale il tema sul grado di autonomia che deve ispirare i rapporti tra questa autorità con i pubblici poteri nazionali ed europei (infra § 3.1).

Non meno importante per comprendere la fisionomia organizzativa, risulta la relazione tra l'allocazione delle funzioni sul piano della vigilanza bancaria assieme alle precedenti competenze di regolazione monetaria, soprattutto per gli effetti che discendono sul piano ordinamentale in conseguenza di una siffatta concentrazione all'interno della Banca centrale europea (sempre per brevi cenni, di seguito al § 3.2).

Invece, sul fronte delle competenze che orbitano attorno al governo della moneta, si sviluppa uno dei nodi problematici centrali, per così dire congenito all'introduzione della valuta unica, delineato dagli incerti confini della politica monetaria con quella economica, soprattutto con riferimento alle estensioni registrate nelle ultime iniziative della Bce per fare fronte alle gravi ripercussioni della crisi finanziaria (di seguito § 3.3).

Infine, il modello che si ricava complessivamente da questi spunti problematici, evidenzia come il posizionamento della Bce contempra poteri ben più estesi del progetto istitutivo iniziale, con la difficoltà di mantenere, sotto il profilo organizzativo, un loro esercizio coordinato rispetto alle restanti istituzioni europee, ed in special modo quella parlamentare (§ 4); ma soprattutto emerge una sorta di ineluttabile insuccesso delle forme e dei raccordi organizzativi, ogniquale volta finiscono per frustrare - sotto il profilo teleologico - le matrici della funzione monetaria, che non possono essere allontanate in «*metastrutture*» tecnico-economiche, per quanto raffinate e sofisticate nel loro funzionamento, da un radicamento, per come si tenterà di spiegare, nella realtà sociale, a presidio dei diritti fondamentali della persona e delle libertà economiche (§ 5).

3.1. Moneta e sovranità nelle prerogative di indipendenza della Bce.

Il compimento del percorso di integrazione economica ha comportato, come tappa fondamentale per gli Stati aderenti all'Euro, la rinuncia allo *ius cudendae monetae*, attraverso il trasferimento di una funzione sovrana tipica e primaria per completare il processo di unificazione monetaria²².

L'allocazione sovraordinata delle funzioni monetarie e la creazione di una Banca centrale ha immediatamente posto una prima complicazione, origi-

²¹ F. MERUSI, *Per uno studio sui poteri della Banca centrale nel governo della moneta*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, p. 1431 ss.

²² T. TREVES, *La sovranità monetaria oggi*, in AA. VV., *La moneta tra sovranità statale e diritto internazionale*, cit., p. 18 ss.

nata dalla struttura di una moneta avente natura fiduciaria ma gestita da una autorità sovranazionale, evidentemente distante dai processi democratici dei singoli governi nazionali²³. E' pur vero che le determinazioni relative alla moneta contengono per lo più peculiari connotazioni tecniche, tali da assolvere le relative funzioni secondo criteri di «neutralità»²⁴; non per questo, tuttavia, risultano immuni da incidenze di carattere politico, che si riverberano non solo sugli equilibri di ripartizione tra ambiti distinti (di politica economica e di politica monetaria, come si vedrà di seguito) ma anche sulle prerogative dell'autonomia riconosciuta all'organismo sovranazionale che le esercita.

Con riferimento a quest'ultimo profilo, si comprende il delicato equilibrio che riveste il posizionamento della Bce, quale punto di congiunzione tra la sua indipendenza ed il *deficit* democratico della *governance* che è chiamata ad esercitare, in relazione ad opportuni strumenti di ragguglio del proprio operato nei confronti dei cittadini europei. Più precisamente si è osservato, con la consueta profondità di pensiero, come le garanzie di indipendenza delle banche centrali non vadano del tutto isolate dalla programmazione politico-economica, bensì le funzioni ed i compiti corrispondenti, «per il loro efficiente esercizio, devono naturalmente essere sottratti all'indirizzo politico contingente di maggioranza, onde evitare sollecitazioni esterne incompatibili con gli obiettivi generali di tali politiche e funzioni»²⁵.

Pertanto, sin dall'insediamento della Banca centrale europea, a tutela del perseguimento dell'obiettivo della stabilità dei prezzi, sono state previste ampie garanzie di indipendenza nei confronti delle altre istituzioni europee – Parlamento, Commissione e Consiglio – connotate da una natura più politica del loro ruolo²⁶. Ed in un primo momento, la previsione di un'autonomia della Bce posta direttamente dal diritto primario della UE attraverso le procedure demo-

²³ In breve, «l'esercizio del potere monetario passa dall'ambito degli Stati membri in una dimensione sovranazionale, senza essere accompagnato da una concomitante unificazione politica: ciò rende certamente atipico il modello nel quale trova esplicitazione la capacità di governo della moneta, ora spettante ad un organismo comunitario. La sovranità monetaria viene svincolata da una base socio-nazionale e radicata in un apparato di comando qualificato in chiave meramente tecnica e improntato, sotto il profilo strutturale, ad una logica federale comunitaria»; F. CAPRIGLIONE, *Moneta*, cit., p. 758.

²⁴ L'impostazione di fondo vorrebbe difatti «l'affermazione di una logica tecnocratica nella quale si dà spazio a valori (stabilità, efficienza, ecc.) che si pongono come esclusivi, contraendo la possibilità di scelte e decisioni di tipo politico»; F. CAPRIGLIONE, *Moneta*, cit., p. 759; F. MERUSI, *Per uno studio sui poteri della Banca centrale nel governo della moneta*, cit., p. 1436 ss.; L. TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, Cedam, 1992, p. 167 ss.

²⁵ G. PASTORI, *Poteri delle banche centrali e principio democratico*, in *Banche centrali e principio democratico*, Napoli, 2007, p. 5.

²⁶ Molti sono i presidi nell'architettura normativa posti a garanzia dell'indipendenza: sotto un profilo istituzionale, ad ogni organo espressione del potere politico nazionale o europeo è preclusa la possibilità di fornire istruzioni alla Bce o di agire in modo da interferire con le politiche monetarie da essa adottate (artt. 130 e 282, § 3, Tfu); sotto il profilo dell'autonomia finanziaria, la Banca gode di proprie entrate, versate dalle Banche centrali nazionali secondo una parametrizzazione tra la densità demografica ed il prodotto interno lordo di ogni singolo Stato membro (art. 282, § 3, Tfu); quanto alla nomina dei componenti dell'organo di governo, è prevista una garanzia di mandato revocabile solo in casi determinati, con una procedura sottoposta al controllo della Corte di giustizia (art. 11, § 4); M. PERASSI, *Banca Centrale Europea*, in *Enc. dir.*, Annali IV, Milano, Giuffrè, 2011, p. 155 ss.

cratiche nazionali per la revisione dei Trattati, era stata valutata come garanzia comunque sufficiente del posizionamento istituzionale intervenuto e della legittimazione democratica.

Successivamente, invece, sono emerse numerose perplessità sul ruolo della Bce, a partire dalla specialità dei poteri riconosciuti, segnatamente nell'adozione di atti normativi senza alcun coinvolgimento del Consiglio o del Parlamento, sicché il loro esercizio, per effetto del principio di indipendenza, non è ricondotto ad alcun meccanismo di *accountability* democratica²⁷. Altrettanto sintomatici risultano i rapporti con le Banche centrali nazionali le quali, nell'osservare le istruzioni ricevute dalla Banca centrale europea, completano una sorta di circuito ermetico al confronto democratico sulla incidenza delle scelte operate²⁸.

Cercare un punto di equilibrio non è semplice, anche in ragione del fatto che, all'opposto, la ricerca di un raccordo democratico non potrebbe poi surrogarsi in un controllo politico della funzione monetaria, mettendo in pericolo la basilare prerogativa di indipendenza che connota, come visto, ogni Banca centrale²⁹.

In seguito allo scoppio della crisi finanziaria, le energie necessarie per trovare un'adeguata armonizzazione tra questi elementi sono state assorbite dalle impellenze di protezione dell'intero sistema economico e monetario. Le reazioni si sono protese - in quelle dinamiche di instabilità dei modelli di governo, già descritte -, per approdare verso scelte ben più radicali delle precedenti, nell'intento di rafforzamento e di presidio dell'eurosistema: si è preso atto della inadeguatezza del modulo precedente di coordinamento economico tra gli Stati membri e l'UE, in quanto ritenuto, per un verso, troppo rigido per adeguarsi a contesti economici in evoluzione e, per altro verso, insufficiente per contenere le situazioni eccessive registrate nei debiti sovrani, con il rischio di attentare alla stabilità e sopravvivenza del sistema monetario europeo.

Il contraccolpo economico ha quindi spostato l'attenzione verso l'avvio di riforme che mirano a rafforzare tanto le regole sul ricorso al mercato (mediante la costituzione di fondi di garanzia in modo da creare una sorta di schermo protettivo contro gli attacchi speculativi dei mercati), quanto quelle sulla sorveglianza pubblicistica, nel senso che sono state rese notevolmente più

²⁷ Si pensi a tal fine ai limitati strumenti a disposizione del Parlamento europeo (con riferimento al c.d. dialogo monetario), il quale ha il potere di rivolgere domande e interrogazioni, ma non dispone al riguardo di alcun potere sanzionatorio; S. CAFARO, *Unione monetaria e coordinamento delle politiche economiche*, cit., p. 201 ss.

²⁸ Il collegamento diretto tra istituzione centrale e organi nazionali, se da un lato permette di attuare la politica monetaria senza intermediazioni con la massima rapidità nello svolgimento delle operazioni monetarie, si presta, dall'altro lato, alla critica per cui «non solo le decisioni a contenuto normativo vengono adottate da un organo la cui nomina non avviene su base rappresentativa, ma che per di più assume deliberazioni che vengono poi attuate direttamente da ulteriori apparati amministrativi, anche essi indipendenti da influenze politiche»; G. CONTALDI, *Politica economica e monetaria (diritto dell'Unione europea)*, cit., p. 817.

²⁹ Per un approfondito studio sulle ragioni di una *Central bank independence*, O. CHESSA, *La Costituzione della moneta*, Napoli, Jovene, 2016, p. 253 ss.

rigide le disposizioni sui *deficit* di bilancio e quelle sulle modalità di svolgimento dei procedimenti di controllo: il Patto di stabilità e crescita nonché la disciplina dell'art. 119 del TFUE sono quindi le risposte che hanno portato al trasferimento di una parte dei poteri inerenti le politiche economiche al livello sovranazionale, lasciando agli Stati le (contratte) scelte distributive nel rispetto degli stringenti parametri di sorveglianza e correzione di bilancio³⁰.

In definitiva, la questione di fondo sulla necessità e sulle modalità di un raccordo tra l'indipendenza della Banca centrale europea e le istituzioni politiche rimane ancora aperta (pur in presenza, come vedremo, di meccanismi che compongono il c.d. Dialogo monetario, per il vero di contenuta efficacia); sicché, ancora oggi, possiamo concordare sul fatto che il sistema risulta deficitario di «una vera controparte politica a livello dell'Unione che possa svolgere un ruolo attivo di confronto con la Bce sulla conduzione della politica monetaria e sui suoi effetti sulle politiche generali dell'Unione, pur rispettandone l'indipendenza»³¹.

3.2. Moneta e sorveglianza bancaria.

Quanto al rapporto tra controllo della moneta e vigilanza bancaria, non sono mancate in passato, specialmente nel nostro ordinamento³², forme sovrapposte di interazione delle finalità di intervento pubblico, soprattutto nel ricondurre gli strumenti di controllo bancario al perseguimento delle tradizionali azioni di determinazione quantitativa del segno monetario³³.

Nel nostro Paese, come noto, il superamento di questo modello di polivalenza dell'intervento pubblico si attua definitivamente, a livello normativo, con il Testo Unico del 1993, nel quale si indirizza la vigilanza bancaria verso precisi e distinti obiettivi (stabilità, efficienza, competitività), attraverso i quali

³⁰ Il Pac «originariamente costituito da un unico modulo di coordinamento imperniato su un meccanismo preventivo ed uno deterrente per evitare nell'ambito delle autonomie nazionali di politica economica il verificarsi di disavanzi pubblici eccessivi destabilizzanti per la stabilità monetaria, aveva mostrato nel corso della crisi finanziaria globale la rigidità di regole non adeguate a registrare contesti economici in evoluzione e, dall'altro, l'insufficienza del quadro istituzionale che ne deriva per le politiche economiche dell'area europea. (...) Il trasferimento di potestà ha a che fare soprattutto con i problemi quantitativi delle politiche: vale a dire che lo Stato rimane titolare della scelta distributiva, ma perde il controllo dell'entità del deficit di bilancio, in base a parametri di sorveglianza di bilancio volti a correggere equilibri macroeconomici (così in part. Reg. UE, 16.11.2011, n. 1176)»; E. CARDI, *Mercati e Istituzioni in Italia. Diritto pubblico dell'economia*, cit., p. 327.

³¹ M. PERASSI, *Banca Centrale Europea*, cit., p. 158.

³² Si pensi al duraturo impegno della Banca d'Italia nelle funzioni di sostegno alle politiche di bilancio nazionale, con l'acquisizione dei titoli di Stato rimasti invenduti; per un'ampia ricostruzione storica dell'istituzione bancaria, S. ANTONIAZZI, *La Banca Centrale Europea, tra Politica Monetaria e Vigilanza Bancaria*, Torino, Giappichelli, 2013.

³³ In altri termini, si era maturata la convinzione che «i compiti della politica economica, finalizzata al perseguimento di obiettivi fondamentali per il benessere sociale, non possono prescindere da misure di regolazione della quantità di moneta e/o dei tassi di interesse, di determinazione del flusso complessivo di credito all'economia e dell'entità dell'indebitamento sull'estero del sistema bancario. La formula della stabilità economica, tenendo conto dei condizionamenti derivanti alle forze di mercato dalle politiche macroeconomiche e fiscali, si risolve, quindi, nell'attivazione di strumenti che correlano politica di bilancio e politica monetaria, da un lato, con formazione del risparmio, reddito, occupazione e prezzi, dall'altro»; F. CAPRIGLIONE, *Moneta*, cit., p. 752.

garantire la «sana e prudente gestione dei soggetti vigilati» (art. 5, d.lgs n. 385/1993)³⁴.

Nel quadro sovranazionale, con l'introduzione della moneta unica europea si è completato a livello ordinamentale il processo di distinzione, sicché il governo della moneta si è incentrato essenzialmente nella gestione dei flussi di liquidità, rafforzando definitivamente il piano di autonomia rispetto ad ogni relazione strumentale con le realtà bancarie³⁵.

In risposta alle recenti crisi di liquidità e stabilità degli istituti di credito, si è avviato nell'eurosistema un ulteriore processo ascensionale che ha portato ad un inedito modello di accentramento delle competenze di vigilanza e risoluzione bancaria (*Union banking*), progettata su tre meccanismi unici nell'ambito della vigilanza (*Single Supervisory Mechanism*) degli interventi di risoluzione delle banche in crisi (*Single Resolution Mechanism*) e di un sistema di unico di garanzia dei depositi (ancora incompiuto)³⁶. Tra gli obiettivi dichiarati con l'introduzione di tali meccanismi, si intende superare l'eccessiva frammentazione dei mercati finanziari a livello europeo, che rappresenta una minaccia all'integrità della moneta unica e all'intero mercato interno, e contribuire ad uniformare il rapporto con gli istituti di credito, superando così quegli atteggiamenti meno pignoli da parte dei regolatori nazionali, spesso riservati ai soggetti vigilati³⁷.

³⁴ Comunemente i compiti di vigilanza bancaria vengono ripartiti, per un verso, nella c.d. regolamentazione prudenziale, volta al regime dei processi autorizzatori e alla garanzia della sana e prudente gestione delle attività bancarie; per altro verso, nella c.d. supervisione, concernente i controlli sulle operazioni relative al capitale ed il monitoraggio sul rispetto degli standard, suscettibili di sanzione in caso di violazione; S. AMOROSINO, *I modelli ricostruttivi dell'ordinamento amministrativo delle banche: dal mercato «chiuso» alla «regulation» unica europea*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2016, p. 405; per un inquadramento generale sulle complesse controversie tra pubblici poteri e attività di impresa bancaria, F. MERUSI, *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche*, Torino, Giappichelli, 2013, *passim*.

³⁵ L'inedito modello di vigilanza bancaria centralizzato viene da molti accolto come «una pietra miliare nella costruzione europea, non meno importante della moneta unica e del vincolo di pareggio di bilancio» (S. CASSESE, *La nuova architettura finanziaria europea*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, p. 79) anche in ragione dei limiti che presiedevano gli assetti precedenti, risalenti alle direttive europee della fine degli anni 70, strutturate secondo il principio di *home country control* (V. SANTORO, E. TONELLI, *La crisi dei mercati finanziari: analisi e prospettiva*, vol. I e II, Milano, Giuffrè, 2012-2013; M. MANCINI, *Dalla vigilanza nazionale armonizzata alla Banking Union*, in *Banca d'Italia – Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza Legale*, 2013, n. 73; S. ANTONIAZZI, *La banca centrale europea tra politica monetaria e vigilanza bancaria*, *cit.*, p. 147 ss.

³⁶ Le esigenze di uniformare le discipline in materia di vigilanza prudenziale e di prevenzione del *moral hazard* per attenuare i rischi delle crisi bancarie, sono confluite nelle misure regolatorie riassunte nella c.d. Unione Bancaria, articolata su tre ambiti: il Meccanismo di vigilanza unico (reg. UE n. 1024 del 2013, SSM *Single Supervisory Mechanism*), il Meccanismo unico di risoluzione delle crisi bancarie (direttiva n. 2014/59/UE, BRRD *Bank Recovery and Resolution Directive*) e un nuovo sistema di garanzia dei depositi (direttiva n. 2014/49/UE, DGS *Deposit Guarantee Scheme*); Sul tema si è sviluppata un'imponente letteratura: tra i primi studi monografici, F. CAPRIGLIONE, *L'Unione Bancaria Europea. Una sfida per un'Europa più unita*, Torino, Utet Giuridica, 2013; G. COLOMBINI, M. PASSALACQUA (a cura di), *Mercato e banche nella crisi: regole di concorrenza e aiuti di Stato*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012; A. BROZZETTI (a cura di), *Riflessioni su banche e attività bancaria, immaginando il "futuribile"*, Milano, Giuffrè, 2016; da ultimo, M. MACCHIA, *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, Torino, Giappichelli, 2018.

³⁷ Sotto il profilo del funzionamento appare evidente che la scelta di concentrazione è

Rinviando ad analisi già svolte sul funzionamento dei meccanismi unici europei e sulle principali criticità di funzionamento³⁸, pare utile ai nostri fini svolgere alcune considerazioni sull'adeguatezza del modello di accentramento in capo alla Bce della funzione di vigilanza³⁹.

La complessità di un organismo che raduna a livello europeo le funzioni di vigilanza bancaria assieme a quelle di politica monetaria, rappresenta un impegno non comune per costruire un modello che non si disallinei dalla cornice istituzionale.

Sotto un primo profilo sistematico, si pone il tema della conformità del regolamento istitutivo del Meccanismo unico di vigilanza con il principio di sussidiarietà del Trattato nei rapporti con i Paesi e le relative autorità di controllo (soprattutto in relazione alla compatibilità di un assetto di rapporti tra centro e periferia declinato in una relazione di fatto gerarchica)⁴⁰. Va evidenziato, inoltre, il pericolo di compromettere l'autonomo esercizio che deve ispirare sia le attività in materia di politica monetaria che quelle di supervisione; difatti, l'imputazione contestuale delle due funzioni in capo alla Bce può portare ad una politica monetaria meno rigorosa, per evitare conseguenze indesiderate sulla solvibilità delle istituzioni creditizie o altre situazioni di possibili conflitti di interesse⁴¹.

stata necessitata per evitare il precipitare della crisi; sicché saranno necessari adattamenti per arginare i profili di sovrapposizione delle competenze a livello sovraordinato (ad esempio, tra Autorità bancaria europea e Bce, in ragione degli ambiti geografici estesi a Paesi aderenti o meno all'Euro); o ancora, ai rapporti con le Banche centrali nazionali, per uniformare i parametri di valutazione nonostante le profonde differenze delle normative interne sulla disciplina (civile, commerciale, penale ecc.) del settore bancario (L. TORCHIA, *Unione bancaria: un approccio continentale?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, p. 15 ss.). Di conseguenza, risulta forse troppo ristretta la catena decisionale in materia di vigilanza, visto che gli ambiti delle attività conferite si intrecciano con quelli di altre Autorità europee e si intersecano in processi ancora in parte nazionali ed in parte europei (D. SORACE, *I "pilastri" dell'Unione Europea*, in M. P. CHITI, V. SANTORO (a cura di), *L'unione bancaria europea*, Pisa, Pacini Editore, 2016, p. 95); o, infine, al coordinamento metodologico e operativo dei c.d. *Joint supervisory team*, che costituiscono una sorta di Conferenza, composta da soggetti appartenenti alla BCE e all'autorità nazionale interessata, preposti alla vigilanza su un determinato gruppo bancario (B. BRANCOLI BUSDRAGHI, *Il meccanismo unico di vigilanza bancaria: dalla teoria alla pratica*, in *Merc. conc. reg.*, 2016, p. 475 ss.).

³⁸ Sia permesso il rinvio alle ricostruzioni espresse in A. CLINI, *Ordinamento sezionale del credito e diritti fondamentali della persona*, in *questa Rivista*, 2019, I, p. 137 ss.

³⁹ Il meccanismo di vigilanza unico persegue la risoluzione della c.d. *forbearance* (dei regolatori nazionali verso i maggiori istituti bancari), il contenimento nell'acquisto di titoli pubblici; non di meno, rappresenta il primo tassello per «l'obiettivo più ambizioso costituito dalla cosiddetta Banking Union», mediante la quale perseguire «non soltanto la centralizzazione della vigilanza bancaria in capo alla Banca centrale europea, ma anche l'introduzione di meccanismi efficaci di risoluzione delle crisi bancarie con effetti sistematici, con la messa a disposizione come strumento di soccorso di ultima istanza anche di fondi pubblici, e strumenti di garanzia dei depositanti armonizzati»; M. CLARICH, *I poteri di vigilanza della Banca Centrale Europea*, in *Dir. pubbl.*, 2013, p. 976.

⁴⁰ Come giustamente sollevato; L. TORCHIA, *Unione bancaria: un approccio continentale?*, cit., p. 15.

⁴¹ Sulle considerazioni critiche circa l'opportunità di fare confluire l'insieme di tali funzioni in un unico soggetto, si vedano M. PACINI, *La "vigilanza prudenziale" tra banche centrali na-*

Sotto un secondo profilo di carattere funzionale, il progetto europeo di *Banking Union* pone il serio rischio di frustrare il carattere di tecnicità e neutralità dei poteri affidati, per fare spazio a scelte discrezionali scarsamente sindacabili. Non occorrono molte parole per comprendere come la concentrazione di tali competenze nella Bce sia di gran lunga più rilevante e neppure paragonabile a quelle affidate alla Commissione europea in materia di concorrenza, atteso che le prime non si limitano ad un controllo del mercato o a sanzionare i comportamenti difformi, ma si inseriscono negli ordinamenti nazionali per amministrare direttamente i settori economici di pertinenza (si pensi al potere di accesso al mercato bancario ed alla revoca della autorizzazione per operarvi)⁴².

E dunque gli effetti premiali inizialmente auspicati con il processo di accentramento, confermano un modello ispirato alla massima incisività sul mercato economico, in un'ottica che predilige l'efficienza dei risultati, senza tuttavia risolvere l'iniziale questione del «controllo democratico» e del sistema di garanzie conseguenti alla successiva concentrazione di funzioni.

Nel peggiore degli scenari, rivolti a concepire i tratti distintivi di questo inedito modello organizzativo, si paventa un fenomeno di amministrativizzazione della produzione normativa, attraverso l'esercizio di un potere discrezionale caratterizzato dall'indefinitività delle finalità economiche, in quanto concretamente determinate nelle scelte operate e garantite dalla piena indipendenza di autorità di vertice. Del resto, nella direzione del governo bancario, emergono costanti incidenze che discendono dal potere di rilasciare l'autorizzazione all'accesso al mercato e di vigilare sull'esercizio delle attività: gli operatori economici si ritrovano in una particolare posizione di subordinazione di un'autorità pubblica ordinante che ha il potere di determinare le norme, di impartire gli ordini e di applicare le sanzioni⁴³.

zionali e Banca centrale europea, in *Banca. Impr. Soc.*, 2003, p. 355; I. SABBATELLI, *La supervisione sulle banche. Profili evolutivi*, Padova, Cedam, 2009, pp. 166 ss.

⁴² E dunque, conferire alla Bce «un potere così esteso suscita vari dubbi di compatibilità con il Trattato, ivi incluso il rispetto dei principi di proporzionalità e di non incidenza sulla proprietà privata (v., rispettivamente, art. 5 § 4 Trattato Ue e art. 345 Tjue)»; G. CONTALDI, *Politica economica e monetaria (diritto dell'Unione europea)*, cit., p. 839. Per altri, invece, «l'indipendenza e l'autonomia della Banca centrale quale custode della stabilità del metro monetario, hanno dimostrato la loro importanza e la loro tenuta, tanto che la nuova architettura europea in materia di supervisione bancaria e finanziaria riconosce alla Bce un ruolo centrale nella vigilanza macroprudenziale»; M. PERASSI, *Banca Centrale Europea*, cit., p. 153-154.

⁴³ Come si è cercato di illustrare in altra sede, il rilascio del titolo autorizzatorio rappresenta la porta di ingresso al settore riservato caratterizzato da un rapporto di supremazia speciale, propria dell'ordinamento sezionale. Nel procedimento di verifica sulla sussistenza dei requisiti necessari per l'adozione del provvedimento ampliativo, si ripropone il riconoscimento di un potere discrezionale nello scrutinio dei differenti parametri (potere che si perpetua anche nel successivo rapporto di vigilanza, ai fini dell'eventuale revoca). Il meccanismo che si reitera vede sempre l'autorità preposta all'autorizzazione interpretare clausole generali, che dovrebbero esprimere significati tecnico-economici, nel perseguimento di un interesse pubblico indeterminato o meglio determinato solamente a posteriori a sostegno della decisione che viene assunta. In altri termini, non si è perseguito, secondo la natura di clausola generale propria della «sana e prudente gestione», un percorso decisorio assunto sulla base di valutazioni tecnico-economiche, privilegiando un esercizio riconducibile alla discrezionalità pura e, dunque, non

L'impressione che si trae è quella di inseguire una forma organizzativa che assicuri principalmente una rapidità di risultato, anche a costo, come di seguito analizzato, di estendere l'esercizio delle funzioni attribuite in ambiti di incerta competenza su materie, come quelle di politica economica, affidate a processi decisionali ben più complessi, provenienti dai sistemi di coordinamento tra istituzioni europee e Stati membri.

La concentrazione di tali funzioni dunque non assorbe solamente uno sforzo, certamente gravoso, di garantire un modello organizzativo funzionale ed efficiente, ma impone di valutare il complessivo posizionamento che la Bce assume nel contesto istituzionale europeo, per evitare un esercizio sbilanciato dei poteri rispetto agli ambiti conferiti in assenza di adeguati meccanismi di controllo democratico⁴⁴.

3.3. Il ruolo della Bce tra politica economica e politica monetaria.

Come più volte ricordato, alla Bce è stato originariamente affidato il compito primario di assicurare la stabilità dei prezzi, obiettivo che ha assunto immediata centralità nelle politiche economiche generali della UE⁴⁵.

Alla base dell'azione economica e monetaria dell'Unione, anche dopo il Trattato di Lisbona, permane il compito di governare l'andamento del tasso di inflazione e assicurare, così, l'equilibrio nella bilancia dei pagamenti di singoli Paesi partecipanti all'Euro secondo un'impostazione monetarista derivata dal modello tedesco⁴⁶. A questi ultimi residua in materia di politica economica la programmazione e lo sviluppo, tra gli altri, dei comparti di politica occupazionale, fiscale e degli investimenti⁴⁷. L'espansione in questi ambiti, di assoluta

neutrale; A. CLINI, *Ordinamento sezionale del credito e diritti fondamentali della persona*, cit., p. 145 ss.

⁴⁴ In un ordinamento quale quello dell'UE che dichiara di ispirarsi al modello democratico, come disposto all'art. 6 TUE: «L'Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali...».

⁴⁵ Gli scopi perseguiti dall'Unione in materia monetaria attraverso la Bce riguardano principalmente il mantenimento del tasso di inflazione come stabilito dall'art. 3, §§ 1 e 3, TUE («L'Unione si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa basato sulla stabilità dei prezzi») e dall'art. 119, § 2 TFUE (per cui l'azione in materia di politica monetaria ha «l'obiettivo principale di mantenere la stabilità dei prezzi»). La politica antinflazionistica mira a contenere quella forma di tassa occulta, che grava sui cittadini senza alcuna legittimazione da parte delle assemblee democratiche e che consente ai governi di accaparrarsi risorse senza alcuna formale imposizione tributaria (A. MORSELLI, *Nascita ed evoluzione della Banca centrale europea. Aspetti istituzionali, economici e monetari*, cit., p. 1 ss.). La stabilità dei prezzi, tuttavia, non va perseguita mediante un azzeramento inflazionistico, in quanto, come sostenuto dalle dottrine economiche, se il tasso viene mantenuto in prossimità del 2%, si incoraggiano gli investimenti a lungo termine e la fiducia degli operatori, favorendo la crescita e la stabilità dei mercati (G. L. TOSATO, R. BASSO, *Unione economica e monetaria*, in *Enc. dir.*, cit., p. 1102).

⁴⁶ Si tratta di un modello di politica monetaria assai complessa, sul quale per un inquadramento economico-giuridico, S. BARONCELLI, *The Independence of the ECB after the Economic Crisis*, in M. ADAMS, F. FABBRINI, P. LAROUCHE, *About The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, Hart Publishing Pty Ltd, Oxford, 2014.

⁴⁷ Viene peraltro evidenziato in questo contesto l'incremento esponenziale delle sedi

centralità per i governi nazionali, sconta tuttavia la riduzione degli strumenti di sostentamento posti a disposizione dei Paesi, non potendo -da un lato- più fare leva sulla politica monetaria e -dall'altro- discostarsi dai ristretti limiti imposti, come visto, dal Patto di stabilità e crescita (PSC)⁴⁸.

Senza qui poter entrare nell'analisi delle dinamiche che intercorrono tra centralità europea del sistema e raccordi di coordinamento nazionali, il tema di fondo che si trae, anche in ragione di queste tensioni istituzionali, ruota attorno alla distribuzione delle competenze tra politica economica e politica monetaria rispetto alla *vis* espansiva sul primo ambito, imputato alla Bce.

Come già anticipato, le frizioni che si ingenerano su questi piani, vengono ricondotte, secondo alcuni studi, ad una sorta di «*peccato originale*» della moneta europea, di certo non espriato in occasione degli eventi economici e sociali prodotti dalla crisi sistemica, per cui permane accentuata una cesura sul percorso di unificazione economica e monetaria, a causa della fondamentale obiezione rivolta all'impossibilità per l'Euro di contemperare quelle esigenze di fondo che intercorrono tra una moneta nazionale ed il proprio Stato⁴⁹.

Per altri, invece, nella difficoltà di raggiungere una precisa individuazione dei confini, la perimetrazione tra gli ambiti di politica economica e di politica

decisionali, con evidenti ripercussioni sui rapporti da coordinare: «*la scelta di accentrare la politica monetaria separandola dal binario della politica economica, infatti, già produce almeno un raddoppiamento dei centri decisionali; anzi, si tratta di una moltiplicazione che va ben oltre il doppio, se si considera che comunque il sistema prevede (almeno) un coordinamento delle politiche economiche nazionali. Tale coordinamento, infatti, conosce diverse sedi, che qui ci si limita a segnalare: una sede propriamente europea, che si svolge in seno alle istituzioni previste dai Trattati; una sede intergovernativa, con tutte le difficoltà strutturali che il metodo intergovernativo porta con sé(...); e, infine, la sede nazionale, che acquista dunque un ruolo residuale, talvolta ridotto all'esecuzione della decisione assunta nelle prime due sedi*»; L. TESTA, *Responsabilità democratica della BCE e Internal Review dei suoi atti*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2018, p. 1147.

⁴⁸ Secondo una ricostruzione politico-istituzionale più generale l'integrazione economico-monetaria è essenziale per la sopravvivenza delle strutture politico-economiche degli stati nazionali e quindi è indispensabile per i governi nazionali che di tali strutture sono i vertici. Ma l'obiettivo dei governi nazionali è quello del mantenimento della loro indipendenza e del loro controllo del potere a livello nazionale. Per questo vi è una disponibilità spiccata all'integrazione economica e monetaria ma una forte resistenza a quella politica che va contro gli interessi degli stessi governi e delle élite che li controllano (...). Questo spiega perché gli stati nazionali rinunciano alla sovranità per creare livelli di governo sovranazionale. In realtà i governi nazionali cedono sovranità solo in certi settori (come ad esempio nel settore monetario) ed allo scopo di consolidare la loro sovranità ed il controllo sulla struttura politica delle élite nazionali in altri campi quali appunto quelli che riguardano la politica nazionale, ma anche quella estera. La cessione di sovranità è dunque asimmetrica nel senso che avviene solo in alcuni settori, e spesso virtuale in quanto in questi settori la sovranità degli stati nazionali era di già limitata o inconsistente»; R. DI QUIRICO, *L'euro, ma non l'Europa. Integrazione monetaria e integrazione politica*, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 111 -112.

⁴⁹ In altri termini, non vi sono azioni adeguate al perseguimento della stabilità dei prezzi e del contenimento dei tassi di inflazione, se non si crea una stretta connessione tra politica monetaria e politica economica (soprattutto in relazione ai profili di spesa pubblica, imposizione fiscale e politica dei redditi); E. PICOZZA, *L'incidenza del diritto comunitario (e del diritto internazionale) sui concetti fondamentali del diritto pubblico dell'economia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, p. 239 ss.; sullo stretto legame delle scelte economiche con la cooperazione tra Stati ed Unione, S. CAFARO, *Unione monetaria e coordinamento delle politiche economiche*, *cit.*, spec. p. 12 ss.

monetaria si risolve in un costrutto del tutto artificiale⁵⁰.

Sul tema è intervenuta anche la Corte di Giustizia, la quale -secondo quello che possiamo definire un primo orientamento (rispetto alla prima decisione *OMT*, di seguito analizzata) - ha risolto il rapporto tra i due settori in termini di esclusività e di residualità. Nel noto caso *Pringle* i giudici di Lussemburgo hanno adottato una interpretazione restrittiva della nozione di politica monetaria, limitandone l'operatività alle sole ed esclusive attività necessarie per garantire la stabilità dei prezzi (secondo un'applicazione letterale dell'art.127, § 1, Tfu): ogni altra attività che non sia strettamente necessaria ad interventi antinflazionistici, rientra, in termini residuali, nell'ambito della politica economica, a sua volta ripartita nel coordinamento tra le istituzioni europee e gli Stati membri⁵¹.

Ora, per quanto a tendere sia auspicabile che le due politiche (economica e monetaria), in ragione delle strette connessioni dal punto di vista funzionale, si compongano in una forma di raccordo circolare tra i soggetti titolari delle differenti competenze⁵², nella situazione concreta si registra una dicotomia tra l'azione economica – ripartita tra istituzioni europee e governi nazionali – e la gestione monetaria da parte della Bce, in assenza di «arbitri» che impediscano le «invasioni di campo» di quest'ultima nell'ambito riservato ai primi.

In particolare, il tema della ridefinizione del ruolo svolto dalla Bce è divenuto centrale dopo che, nel tentativo di contenere gli effetti della crisi del debito sovrano, quest'ultima ha avviato delle operazioni di politica monetaria attraverso l'acquisto di titoli del debito pubblico sul mercato secondario (*Securities market programme*, *Outright monetary transaction*, *Quantitative easing*)⁵³. Infatti, nel

⁵⁰ L'artificiosità della distinzione viene giustificata, sulla base di un'analisi comparatistica, dall'assenza di una simile suddivisione all'interno delle attività svolte dalle altre organizzazioni economiche internazionali; G. CONTALDI, *Politica economica e monetaria (diritto dell'Unione europea)*, cit., p. 814.

⁵¹ Sentenza CGUE 27 novembre 2012, causa C-370/12; per i commenti alla decisione ed in generale sulla giurisprudenza della Corte su questa tematica, A. DE PRETIS, *Un compromesso responsabile: la risposta del Tribunale costituzionale federale tedesco alla sentenza della Corte di Giustizia sul rinvio pregiudiziale di Karlsruhe*, in *Federalismi*, 13, 2016; N. MARZONA, *I (nuovi) confini della politica monetaria*, in *Amministrazione in cammino*, 2019; F. SAITTO, *Economia e stato costituzionale. Contributo allo studio della "Costituzione economica" in Germania*, Milano, Giuffrè, 2015, 322 ss.

⁵² L'auspicio era ben espresso nello stesso «Rapporto Delors» nell'indicare come «l'Unione economica e quella monetaria sono parti integranti di un unico insieme e conseguentemente debbono essere realizzate parallelamente» (J. DELORS, *Rapporto sull'Unione economica e Monetaria nella Comunità europea*, in *Boll. Banca d'Italia*, n. 13, ottobre 1989, punto 21); tuttavia, il sistema adottato dal Trattato di Maastricht mantiene inalterato l'impianto che lo stesso Rapporto adottava per conseguire una «convergenza parallela» dei due ambiti di politiche, in quanto quello monetario risultava una funzione esclusiva delle istituzioni europee, mentre quello economico rappresentava il prodotto di un coordinamento tra Stati membri e livello sovranazionale. Si comprende così la matrice dell'impianto non a caso definita come un sistema di «*poliarchia economica*», A. PREDIERI, *Euro, poliarchie democratiche e mercati monetari*, Torino, Giappichelli, 1999, p.190 ss.

⁵³ In termini diacronici, si ricorda la decisione nel 2009 di acquistare le obbligazioni garantite sul mercato primario e secondario da parte delle Banche centrali nazionali (*Covered Bond Purchase Programme*). Nel 2010 si è continuato il piano di acquisti sul mercato secondario dei titoli di debito dei Paesi membri in difficoltà (*Securities Market Program*). Successivamente, la Bce

momento più grave della crisi economica, tanto da portare i mercati a dubitare della sopravvivenza della moneta unica, l'azione svolta dalla Bce si è premurata di contenere gli attacchi speculativi adottando con una serie di operazioni definite «non-convenzionali»⁵⁴.

Dal punto di vista giuridico, pur nelle giustificazioni emergenziali, non è dubbio che la Bce sia intervenuta al di là dei compiti conferiti dal Trattato istitutivo, mentre nelle operazioni rientranti nell'alveo della politica monetaria (come, ad esempio, in occasione della riduzione di tasso di sconto fino al suo azzeramento) ha operato con scelte così drastiche che difficilmente possono ricondursi alla neutralità di una valutazione meramente tecnico-valutaria (peraltro neppure convincente sotto il profilo economico nel rilanciare i consumi).

Come prevedibile, queste scelte allocative di ricchezza hanno sollevato ulteriori dubbi, riconducibili in termini di rilevanza a due specifici versanti: il primo, di tipo formale, si sostanzia nell'ipotesi di una violazione del divieto di aiuto finanziario in favore degli Stati membri (come previsto dagli artt. 123-125 T.fue). Anche se l'acquisto di *bond* sul mercato secondario non sia espressamente vietato, non v'è dubbio che l'operazione costituisca una forma di facilitazione creditizia a favore dello Stato beneficiario (il quale, in alternativa, dovrebbe finanziarsi sul mercato a tassi di interesse molto più alti)⁵⁵.

Il secondo profilo critico, da un punto di vista sostanziale, si ricollega alla disputa sopra richiamata per riproporre l'indebita adozione da parte della Bce di misure che perseguono scelte di politica economica «mascherata»⁵⁶.

Sulla questione è intervenuta nel 2015 nuovamente la Corte di Giustizia (nota sentenza sugli *Outright monetary transaction*, c.d. *OMT I*⁵⁷) che, con un orientamento meno rigido del precedente, ha ricondotto le attività della Banca

ha proceduto con operazioni di immissione di liquidità a tassi scontati (*Long-term Refinancing Operations*). Tra i vari meccanismi di assistenza adottati, risulta di particolare importanza il programma Omt del 2012 (*Outright Monetary Transactions*), che permette l'acquisto illimitato da parte di Bce dei titoli del debito pubblico dello Stato membro che si sottoponga ad un percorso di riforme strutturali; sulle finalità dei singoli programmi di acquisto diretto dei titoli sul mercato secondario, A. CANEPA, *L'intervento della BCE nella crisi fra misure di politica monetaria non convenzionali e strategie di comunicazione*, in C. BUZZACCHI (a cura di), *La Banca Centrale Europea. Il custode della costituzione economica*, Milano, Giuffrè, 2017, p.191 ss.

⁵⁴ Sull'ambiguità della qualificazione giuridica del termine «non convenzionale», coniato dalla dottrina economica, F. BASSAN, *Il parametro di legittimità delle misure non convenzionali della Bce*, in *Banca impresa società*, 2015, p. 174 ss.

⁵⁵ Si è cercato di controdedurre alla critica, sostenendo da un lato che il compito di salvaguardare la stabilità dei prezzi presupponga a sua volta anche la stabilità monetaria, nel senso che la «*suprema salus* dell'euro costituisce l'indispensabile premessa della stessa esistenza della BCE» (G. L. TOSATO, *L'integrazione europea ai tempi della crisi dell'Euro*, in *Riv. dir. intern.*, 2012, p. 689); dall'altro lato, si opera una lettura ermeneutica delle norme ritenute violate, inquadrando le operazioni come manifestazione della cosiddetta teoria dei «*poteri impliciti, che ricorre con una certa frequenza nel diritto delle organizzazioni internazionali*» (U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, Cacucci, 2013, p. 70 ss.).

⁵⁶ N. MARZONA, *I (nuovi) confini della politica monetaria*, cit., p. 2 ss.

⁵⁷ Sentenza CGEU 16 giugno 2015, causa C-62/14; per i commenti dottrinari, vedi nota

centrale europea in un ambito emergenziale, per giustificare l'utilizzo di mezzi non convenzionali, qualora vengano adottati per scongiurare il collasso della Unione monetaria⁵⁸. L'approccio, non privo di vischiosità, si comprende per il tentativo di evitare conseguenze nefaste in forza di un'applicazione formale dei criteri attributivi delle competenze in materia valutaria, ma al contempo si presta a svelare la sequenza di tutte le criticità appena evidenziate, a partire dal contenimento all'interno di un parametro neutrale dell'operato della Bce, alla strumentalizzazione monetaria (e per certi aspetti anche bancaria) al perseguimento di obiettivi di politica monetaria, all'assenza di adeguati meccanismi di *check and balance* nel controllo democratico della *governance*⁵⁹.

Se fino ad ora abbiamo richiamato singolarmente quelli che risultano i principali nodi problematici che scaturiscono dal funzionamento dell'istituzione bancaria centrale (come del resto si rinviene nella gran parte degli studi giuridici che sviluppano un approccio critico su tali temi), la visione d'insieme di questi limiti porta a svelare tratti di un paradigma organizzativo non tanto contraddistinto da un carattere di indipendenza, bensì da una possibile deriva derogatoria rispetto al sistema istituzionale europeo. Sicché, il rischio maggiore è quello di avallare un modello già sperimentato, per lo meno nel nostro ordinamento in materia di controllo monetario orbitante su quello economico, nel quale la giustificazione delle scelte si identifica con il fine predeterminato dalla stessa autorità⁶⁰. In questo senso, la motivazione delle azioni verrebbe ad assumere una validazione da parte dello stesso soggetto, riproducendo - in un'ottica generale - un disallineamento, non solo formale, al fondamento democratico e alla centralità degli interessi del soggetto privato⁶¹.

⁵⁸ In questi termini, A. MANZELLA, C. PINELLI, L. GIANNITI, *Politica monetaria e politica economica nell'Unione europea*, in *Astrid*, 2016, 3.

⁵⁹ E dunque, come acutamente osservato, «*il limite oltre il quale l'azione della BCE non può spingersi deve essere dinamicamente ricostruito alla luce di una serie di variabili giuridicamente rilevanti. Una di queste variabili può essere rintracciata nella quantità e soprattutto nella qualità delle interazioni fra istituzioni rappresentative e Banca centrale europea. In altre parole, eventuali sconfinamenti della BCE dalle proprie competenze, per così dire, "ordinarie" potrebbero risultare difficilmente ammissibili in assenza di meccanismi di controllo parlamentare*»; R. IBRIDO, *Il controllo democratico della politica monetaria: equilibri costituzionali e integrazione europea dopo le sentenze OMT*, in *Federalismi.it*, 2017, n.5, p. 5.

⁶⁰ La condivisa ricostruzione delle criticità del sistema legato all'individuazione di caratteri sezionali dell'ordinamento del credito, viene ricondotta, in modo originale e per molti aspetti inedito, al tratto «*(i) completamente derogatorio della legalità, (ii) nel quale l'intero settore è funzionalizzato all'interesse pubblico e (iii) quest'ultimo non è determinato se non dall'autorità di vertice del sistema, secondo uno schema nel quale esso non è mai sindacabile semplicemente perché è conoscibile solo dopo esser stato determinato (secondo lo schema occasionalistico per il quale il concetto è ciò che di volta in volta si decide che sia), (iv) con il risultato che i diritti fondamentali (anche costituzionali) sono garantiti solo nel perimetro del prudente apprezzamento dell'autorità e (v) si riconferma lo schema base dell'autoritarismo continentale a lungo - ed anche ora - imperante, vale a dire quello per il quale l'autorità preesiste alla legge e tutto ciò che non è limitato da quest'ultima spetta al potere*»; L. R. PERFETTI, (sub) *Art. 107 - Autorizzazione*, in *Commentario al Testo Unico bancario*, a cura di F. CAPRIGLIONE, Padova, Cedam, 2012, p. 1402.

⁶¹ Al limite, l'indipendenza di scelta da parte della Bce dovrebbe essere limitata solo ad alcuni strumenti non convenzionali «*in caso contrario, una libertà di scelta assoluta attribuirebbe alla Bce una competenza sulla competenza*»; F. BASSAN, *Il parametro di legittimità delle misure non convenzionali della Bce*, cit., p. 190.

Affidare ad un soggetto indipendente con un mandato operativo tecnico-economico la scelta della proporzionalità degli interventi e la qualificazione della predominanza dei fini da perseguire, prefigura uno squilibrio verso una situazione di ordinamento derogatorio, sfilacciato dal contesto istituzionale e democratico.

Per evitare di superare questo crinale, si ritiene che il mantenimento di un equilibrio possa essere assicurato nella priorità di alcune finalità che non possono essere pretermesse; vale a dire, si possono trovare giustificazioni plausibili anche per eventuali sovrapposizioni intercorse tra azione economica e monetaria, proprio perché il problema della perimetrazione dei due ambiti, così strettamente connesse sul piano funzionale, si traduce in una ricerca infinita o, come detto, in risultati artificiosi. Tuttavia, la radice del problema rimane inesplorata se non si focalizza l'obiettivo finale di questa complessa simbiosi, attraverso un riposizionamento del sistema strumentale, nella sua configurazione organizzativa e funzionale, alla tutela dei diritti fondamentali della persona.

4. L'*accountability* nella gestione della funzione monetaria.

A presidio della «*condivisione*» democratica delle scelte valutarie, per assicurare una conformità del sistema alle attribuzioni in materia di politica economica ed il rispetto del ruolo svolto dalle istituzioni rappresentative, sono previste forme di interlocuzione con la Bce particolarmente attente a non condizionare l'indipendenza riconosciuta a quest'ultima. Dal Trattato di Maastricht sono state previste e poi rafforzate situazioni di rendicontazione e di controllo di fronte al Parlamento europeo: si tratta di misure che compongono il sistema del c.d. *Monetary Dialogue*, vale a dire un complesso di procedure di interazione periodica tra le due istituzioni per assicurare la trasparenza e l'*accountability* in materia di politica monetaria⁶².

La declinazione dei meccanismi, a partire dalla previsione dell'art. 284, § 3 Tfu, prevede l'obbligo a carico della Bce di sottoporre agli organi europei di indirizzo politico (Parlamento europeo, Consiglio, Commissione e Consiglio europeo) una relazione annuale sull'operato svolta dal Sebc in materia di politica monetaria, riferito all'anno precedente e a quello in corso. In sede parlamentare può aprirsi una discussione generale per poi procedere, come sempre avvenuto, ad una approvazione mediante l'adozione di una risoluzione. Viene inoltre previsto, all'interno del citato articolo, una sorta di *audit* del Presidente della Bce, attivato su iniziativa di quest'ultimo o su richiesta della competente Commissione parlamentare (Commissione affari economici e monetari, Econ)⁶³.

⁶² Tali meccanismi rientrano nella più generale ricerca di «*di strumenti idonei ad assicurare un potenziamento del ruolo delle istituzioni rappresentative in aree decisionali nelle quali il coinvolgimento di queste ultime risultava marginale*» e costituiscono un format riprodotto anche per altre «*procedure dialogiche di accountability democratica: Dialogo politico, Dialogo economico, Dialogo bancario*»; R. IBRIDO, *Il controllo democratico della politica monetaria: equilibri costituzionali e integrazione europea dopo le sentenze OMT*, cit., p. 15.

⁶³ Il complesso degli strumenti riferibili al dialogo monetario si completa con altre misu-

Questa rapida descrizione è già sufficiente per comprendere come le forme di interazione tra istituzioni rappresentative e BCE sono declinate a garanzia dell'operato di quest'ultima, nel rispetto del principio fondamentale di indipendenza, sicché gli strumenti di dialogo monetario si traducono in azioni di controllo-verifica più che di controllo-ingerenza. In altri termini, si preferisce un'organizzazione dialogica tra istituzioni, rispetto a forme più tradizionali di coordinamento, anche se non ne tradisce in vero la *ratio* sottesa: in luogo di procedure circolari di raccordo tra apparati che mirano a promuovere processi di coordinazione e convergenza attraverso strumenti non autoritativi, la procedura dialogica determina un'ampiezza di attività informali che possono anticipare o seguire l'adozione di decisioni formali attraverso un uso, per così dire, discreto dei poteri di persuasione. Si parla del potere di influenza come qualcosa di più rispetto alla consultazione e qualcosa in meno rispetto alla codecisione⁶⁴.

Sul piano interno, vi sono certamente non poche criticità riferite all'efficacia di tali meccanismi (circa la ridotta capacità di influire sui processi decisionali di politica monetaria con interventi *ex post*), anche se al momento i sistemi di dialogo monetario appaiono comunque indispensabili, ancorché parziali, a dare una risposta alla legittimazione democratica degli organi tecnocratici, bilanciando le esigenze di trasparenza con quelle di riservatezza e indipendenza⁶⁵. In ogni caso, vengo evidenziati anche margini per migliorarne il funzionamento, in merito al riscontro di una certa frammentazione delle procedure o per contenere le asimmetrie informative, anche attraverso un'estensione nel coinvolgimento di altre istituzioni rappresentative a livello nazionale (come del resto previsto per il c.d. dialogo bancario, con l'istituzione dei meccanismi di Vigilanza e Risoluzione in merito all'esercizio di controllo da parte della BCE nella parte in cui è previsto un coinvolgimento dei parlamenti nazionali destinatari della relazione annuale alla quale possono essere mosse osservazioni)⁶⁶.

re, tra le quali figura la previsione di un incontro trimestrale tra il Presidente Bce e la Commissione (art. 126 reg. int. Parlamento), nonché la facoltà per ogni parlamentare europeo di formulare fino a sei interrogazioni alla Bce, con obbligo di risposta scritta (art. 131, reg. int. Parlamento); per una approfondita disamina di tali meccanismi, N. LUPO, *Il ruolo delle burocrazie parlamentari alla luce dei principi generali e dei mutamenti dell'assetto istituzionale, nazionale e sopranazionale*, in *Rass. parl.*, 2012, 1, p. 51 ss.

⁶⁴ S. DEL GATTO, *Il metodo aperto di coordinamento. Amministrazioni nazionali e amministrazione europea*, Napoli, Jovene, 2012, p. 271 ss.

⁶⁵ In questo senso, il coinvolgimento delle assemblee legislative (europea e nazionali) avviene, infatti, solo *ex-post*, e solamente dopo avere raggiunto l'accordo sul piano intergovernativo: ovvero in un momento in cui la possibilità concreta di incidere positivamente sul contenuto delle delibere adottate al livello dei Capi di Stato e di Governo è di fatto estremamente ridotta; G. REPETTO, *Responsabilità politica e governo della moneta: il caso BCE*, in G. AZZARITI (a cura di), *La responsabilità politica nell'era del maggioritario e nella crisi della statualità*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 313 ss.

⁶⁶ Sotto tale profilo, è stata opportunamente analizzata la complessità dei rapporti, prima della istituzione dell'Ume, tra le banche centrali degli Stati membri ed i rispettivi parlamenti, mettendo in evidenza una ampia gamma di raccordi contraddistinta da una forte *accountability* imposta all'istituto centrale (come si rinviene ancora oggi nell'ordinamento svedese) contrapposta a forme di controllo parlamentare piuttosto ininfluenti (come rilevato nel nostro Paese in

Su di un piano più generale, invece, occorre non dimenticare l'insegnamento maturato nella storia delle politiche nazionali, come dimostra la costante conferma della scelta di svincolare la responsabilità dell'emissione monetaria dal potere esecutivo, per affidarla a banche centrali dotate di autonomia istituzionale: la moneta non deve dipendere da chi la spende, proprio per evitare che i governi ricorrano alla creazione di questa per finanziare la spesa pubblica⁶⁷. Di qui in avanti, le analisi giuridiche sono state assorbite dalla costruzione di un sistema di raccordi istituzionali, mutevoli come visto all'incedere periodico di crisi sempre più globali e ravvicinate, e dalla progettazione di strutture organizzative che rispondano alla complessità della materia e alle esigenze di equilibrio poc'anzi spiegate, con risultati ancora parziali o forse inarrivabili.

Proprio per questo, si ritiene necessario un allargamento dell'orizzonte di analisi, per fare in modo che i tentativi di interpretare al meglio il periodo storico verso cui fare convergere un modello organizzativo, così come le prospettazioni critiche che si è avuto modo di sintetizzare nei precedenti paragrafi, non si limitino a costruzioni e ricostruzioni finalizzate al mantenimento delle specifiche sovrastrutture. In altri termini, si dovrebbe invertire l'ordine di discussione e partire dalla «*destinazione finale*» per poi concepire quale sia l'apparato migliore (o meno imperfetto) per raggiungere la meta condivisa.

E dunque, in questa prospettiva non può che emergere una forte sterilità nel limitare l'analisi, esemplificando, alle modalità di un percorso di coordinamento istituzionale in luogo di procedure dialogiche, o ancora a forme di controllo più intense rispetto al presidio di un ruolo indipendente, o infine alle incerte delimitazioni delle materie di politica monetaria ed economica, se non si relazionano queste dinamiche ad un nucleo valoriale di condivisa predominanza. La prospettiva rimane parziale se la «*destinazione finale*» risulta rappresentata dall'obiettivo della stabilità dei prezzi e dai relativi corollari tecnico-economici; sono questi, ad avviso di chi scrive, solamente delle tappe intermedie per assicurare il rispetto di altri valori primari, i quali, in definitiva, contengono forse le risposte più adeguate per l'orientamento e le modalità di esercizio della funzione monetaria.

5. Quale organizzazione per l'esercizio della funzione monetaria?

Come visto, l'inquadramento giuridico della moneta non è una ricerca semplice atteso le incidenze economiche che vanno comprese ma disgiunte dall'analisi e la varietà di contenuti sociali che l'entità monetaria comporta: an-

relazione agli strumenti di sindacato ispettivo); per la ricostruzione del dibattito dottrinario, R. IBRIDO, *Il controllo democratico della politica monetaria: equilibri costituzionali e integrazione europea dopo le sentenze OMT*, cit., p. 10 ss.

⁶⁷ Si è riscontrato dal secondo dopoguerra in avanti come i Paesi che hanno beneficiato maggiormente di bassi livelli di inflazione avevano garantito piena indipendenza alla propria Banca centrale; M. G. TENAGLIA AMBROSINI, *La moneta e l'Europa: da Bretton Woods a Maastricht e oltre*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 22 ss.

cora oggi, la moneta non viene appropriata ad una corretta struttura giuridica, come peraltro già spiegato e dimostrato in passato⁶⁸, e viene configurata riduttivamente come oggetto delle funzioni considerate in senso soggettivo da parte degli organi governativi o delle autorità monetarie, che evolvono verso un incremento autoritario e accentrato a fronte di manifestazioni sostanziali delle vicende monetarie (una per tutte, la fiducia) che sfuggono al controllo tecnico-economico. In altre parole, il consueto approccio dei tradizionali studi pubblicistici sul funzionamento monetario, predilige una visione soggettiva-organizzativa della funzione, nell'ambito dei poteri e dei compiti dall'ordinamento (nazionale o sovranazionale) affidati alla Banca centrale. La moneta, in questa ottica, diviene attributo dell'istituto in un contesto, proprio dei cosiddetti ordinamenti settoriali (con derive non improbabili di accezione derogatoria o sezionale), basati sulla struttura del soggetto pubblico e sulla distribuzione di competenze tra enti ed organi, mentre i soggetti privati o ne fanno parte in quanto ammessi al settore (le imprese bancarie), senza partecipare alla costruzione giuridica della funzione in quanto assoggettati alle decisioni adottate dai poteri pubblici; ovvero risultano meramente subordinati (come per il cittadino risparmiatore).

Nella costruzione giuridica della funzione monetaria l'apparato pubblico (inteso come organizzazione) e le discipline preposte all'indirizzo della politica monetaria non ne esauriscono il contenuto, ma si pongono come visione parziale del fenomeno (sia in termini regolatori che distributivi) se non orientano la loro struttura e le attività, come più volte ricordato, verso il massimo godimento dei diritti e delle libertà dei privati, in riferimento alla complessità delle attività economiche (produttive, finanziarie, creditizie) riconducibili alle diverse identità sociali (imprenditore, dipendente, cittadino risparmiatore).

Quali le ragioni a fondamento di questa posizione.

Unilateralità, carattere autoritario e accentramento, che si rinvencono nei recentissimi processi sovranazionali europei, sono l'espressione di un frazionamento della funzione monetaria, funzione che invece si sostanzia in una natura oggettiva, poggiata su valori connessi tra stabilità monetaria (come visto, valore assolutamente dominante) non disgiunta tuttavia dalla libertà economica (intesa come fattore di crescita e di sviluppo della persona)⁶⁹.

⁶⁸ Per cui «lo statuto della moneta deve essere tracciato così da rispecchiare e riprodurre» la complessità degli elementi che lo compongono: «non si tratta però di un mero assemblaggio (...), ma di una combinazione o composizione che se vuole essere giuridica deve effettuarsi attraverso la individuazione di principi idonei a fungere da regola della complessità»; N. MARZONA, *Funzione monetaria*, Padova, Cedam, 1993, p. 114.

⁶⁹ La matrice organizzativa deve al pari delle attività in esecuzione delle competenze assegnate anche in materia monetaria, massimizzare il soddisfacimento dei diritti dei cittadini europei: deve in sintesi assumere un orientamento antropocentrico quale fondamento ontologico della funzione monetaria e strutturarsi in senso oggettivo, per non marginalizzare od escludere le istanze derivanti dall'esercizio delle libertà economiche del cittadino e delle sue formazioni sociali. Al contrario, come acutamente osservato, la moltiplicazione dei centri decisionali rischia di «spostare all'infinito la sede della responsabilità e – conseguentemente – a rendere inafferrabile il pote-

La struttura giuridica della moneta che si condivide è dimostrabile già da una sommaria ricostruzione storica, solo se si pensi alla genesi che ha portato all'abbandono della permuta diretta, per favorire negli scambi commerciali l'adozione di una merce che fungesse da intermediario e poi da misura dei valori: sicché non è tanto lo Stato ad aver creato la moneta, ma ad averla trovata negli usi e consuetudini dei singoli mercati per trasformarla in pagamento legale (assicurando cioè il c.d. effetto liberatorio)⁷⁰. E questa dimensione sociale della realtà monetaria non è stata occasionale o consegnata definitivamente alla storia delle origini o del remoto passato, dopo che, come avviene nel tradizionale schema di giuridicizzazione statale degli istituti politico-sociali, lo Stato sovrappone la propria azione a quella originata dalla collettività (si pensi, ancora ad uno dei primi interventi pubblici di repressione e controllo dell'alterazione e falsificazione della valuta attraverso le azioni di polizia monetaria): questa sovrapposizione difatti non è stata come ancora oggi non può essere mai completa, facendo venire meno il rilievo dell'autonomia nei rapporti privati dello strumento monetario.

Ogni sovrastruttura (sia essa normativa, organizzativa o persino rappresentativa) rispetto alla intrinseca vitalità e dinamicità delle attività economiche vale nei limiti in cui accoglie o viene ispirata dalla realtà verso cui si rivolge. Ciò vale ancor più per la moneta, che è un fenomeno connaturato con la natura umana, precede come detto il momento della statalizzazione e può essere ricondotto verso qualsiasi bene che, in un dato momento storico, individua un parametro di ricchezza da accantonare per esigenze future o da impegnare nelle attività che discendono dall'esercizio delle libertà economiche.

Le reazioni più marcate, sotto il profilo giuridico, si sono indirizzate – come visto – sempre all'interno di una visione d'insieme, per assicurare (o recuperare) una convergenza ed una conformità istituzionale, mai come in questa stagione disattese dalle scelte economico-monetarie di natura emergenziale (sulle quali, pochi giorni addietro, si è levata una forte critica da parte della Corte Costituzionale tedesca)⁷¹. A tendere, le successive scelte di natura strutturale sembrano allinearsi con i limiti espressi in premessa, nel riposizionare la centra-

re»; M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 1667.

⁷⁰ Dal sistema basato sul baratto nella società pre-economica, al sistema monetario romano e poi medioevale di introduzione del biglietto di banca come strumento di scambio nei rapporti personali, fino all'accettazione sociale della carta moneta come intermediazione dell'affare (c.d. circolazione fiduciaria) è riscontrato dal secondo dopoguerra in avanti come i Paesi che hanno beneficiato maggiormente di bassi livelli di inflazione avevano garantito piena indipendenza alla propria Banca centrale; G. STAMMATI, *Moneta*, in *Enc. dir., cit.*, p. 749 ss.

⁷¹ Si tratta della sentenza del 5 maggio 2020 con cui la *Bundesverfassungsgericht* ha sollevato perplessità sulla legittimità del programma di *Quantitative easing*, segnatamente se sia compatibile con il divieto di finanziamento monetario sancito dall'art. 123 T^{fue} – secondo cui sono vietate le facilitazioni creditizie da parte della Banca centrale europea in favore di Stati, organismi Ue, enti locali e via dicendo – e con il «*principio di attribuzione*» disposto dall'art. 5 T^{ue}. I giudici tedeschi hanno quindi rinviato al Governo e al Parlamento tedesco il compito di interloquire con la Bce, per ottenere adeguate giustificazioni sulla compatibilità dei programmi di Qe con i principi sanciti dai Trattati.

lità di alcuni poteri monetari ed economici senza assicurare una serie di equilibri nei rapporti tra le istituzioni europee, in quelli con gli Stati membri e, più in generale, con i processi di decisione democratica e di politica economica.

Abbiamo del resto già analizzato le giustificazioni sulle forzature espresse sul piano giuridico ed economico per fronteggiare la crisi e non si vuole certamente sottovalutare l'importanza della tenuta istituzionale garantita alla moneta unica sui mercati⁷².

Ciò che invece si ritiene non abbia ricevuto altrettanta attenzione è la previsione delle incidenze delle scelte organizzative ed operative descritte sulla tutela dei diritti fondamentali all'interno dell'Unione europea. Ci si riferisce, ad esempio, al rapporto tra i programmi di sostegno finanziario (che come noto hanno coinvolto Grecia, Irlanda, Portogallo e Cipro) e l'incisività degli interventi correlati in materia di lavoro e sicurezza sociale⁷³.

Si assiste ad una ricomposizione piramidale degli interessi prevalenti, per cui all'apice è collocato il mantenimento del sistema europeo, minacciato dal rischio di *default* di un qualsiasi Stato membro⁷⁴. Segue quindi un'azione di salvataggio, che si giustifica anche se non conforme ai criteri di attribuzione delle competenze o disallineati ai percorsi democratici di indirizzo e di controllo. E

⁷²Anche se non poche sono state le perplessità sui condizionamenti che l'acquisto prevedeva come contropartita in tale ambito a carico degli Stati membri; per una disamina sulla natura e sugli effetti giuridico-economici di tali operazioni non convenzionali E. MOSTACCI, *Alla maniera di Asghar Farhadi. Le operazioni straordinarie della BCE nelle dinamiche delle separazioni*, in DPCE, 2015, p. 221 ss.; L. BUFFONI, *La politica della moneta e il soggetto della sovranità: il caso "decisivo"*, in Riv. AIC, 2016, 2; G. NAPOLITANO, *La crisi del debito sovrano e il rafforzamento della governance economica europea*, in ID. (a cura di), *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Bologna, Il Mulino, 2012, p. 383 ss.; M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica: la prospettiva della Costituzione repubblicana*, in *Costituzionalismo e Costituzione nella vicenda unitaria italiana*, Napoli, 2012, p. ss.

⁷³Molte sono le misure che peggioreranno senza dubbio le fasce più deboli della popolazione: «gli Stati che hanno ricevuto il prestito si sono, di volta in volta, impegnati a rivedere le modalità di svolgimento della contrattazione salariale nonché le condizioni di apprendistato e di cessazione del rapporto, nel senso di garantire una maggiore flessibilità nella fase di negoziazione ed in quella di risoluzione del rapporto di lavoro; ad operare riduzioni dei salari per il pubblico impiego; ad attuare una riforma delle pensioni, implicante un contenimento complessivo della spesa pubblica anche attraverso il blocco dell'indicizzazione; a ridurre le indennità per ferie, specie quelle nel pubblico impiego; a diminuire gli sgravi fiscali; ad operare rilevanti tagli di personale nel settore pubblico; ad effettuare riduzioni di spesa nel settore della sanità, consistenti tanto nella contrazione degli orari di apertura dei nosocomi, quanto nell'acquisto di farmaci e dispositivi medicali»; G. CONTALDI, *Politica economica e monetaria (diritto dell'Unione europea)*, cit., p. 828.

⁷⁴E le conseguenze si percepiscono chiaramente: «con l'Uem si è affermata una concezione ed una visione globale delle politiche che realizzano l'intervento dei pubblici poteri dell'economia – politiche monetaria, economica e finanziaria – che fa sì che da un lato la stabilità dei prezzi non sia un obiettivo che deve confrontarsi con altre finalità pubbliche, che in qualche misura potrebbero richiederne un aggiustamento o una correzione; e dall'altro conduce a considerare la medesima stabilità dei prezzi il presupposto dal quale sane politiche economiche e di stabilizzazione finanziaria non possono prescindere e dal quale sono condizionate, subordinando il loro campo di azione ai vincoli che il sovrastante imperativo di stabilizzazione monetaria pone»; C. BUZZACCHI, *Risparmio, credito e moneta tra art. 47 Cost. e funzioni della banca centrale europea: beni costituzionali che intersecano ordinamento della Repubblica e ordinamento dell'Unione*, in ID. (a cura di), *La Banca Centrale Europea. Il custode della costituzione economica*, cit., p.40; in termini, S. ORTINO, *La Banca centrale nella Costituzione europea*, in *Quad. cost.*, 1993, p. 114 ss.

dunque la moneta non risulta più uno strumento di governo dell'economia e, quindi, di tutela delle libertà economiche, bensì si assume come elemento di convergenza, a salvaguardia della propria stabilità, delle politiche economiche, fiscali e finanziarie⁷⁵.

Alla base, quindi, della piramide si collocano i diritti dei cittadini europei, garantiti indirettamente dalla «*sopravvivenza*» dei sistemi sovranazionali, ma di fatto svuotati nel loro contenuto da una condizione di asservimento economico e di forte contrazione delle condizioni sociali.

Se fosse anche minimamente corretto questa sequenza schematica, verrebbe alterata la strutturale funzionalità di ogni autorità, di ogni sovrastruttura che si occupa del governo della moneta, per cui dalla percezione di strumenti inadeguati alla tutela dei bisogni dell'economia reale si manterrebbe una precarietà dei sistemi organizzativi ed una sfiducia nelle capacità di fronteggiare e superare la prossima crisi sistemica.

⁷⁵ S. ORTINO, *La Banca centrale nella Costituzione europea*, cit., p. 116.

GIANLUCA ROMAGNOLI
Professore associato di diritto dell'economia nell'Università degli Studi di Padova
gianluca.romagnoli@unipd.it

CONCORRENZA E “COMPLEMENTARIETÀ” DELLE VIGILANZE ECONOMICHE

INDEPENDENT FINANCIAL AUTHORITIES: BALANCING LEGISLATION AND AGREEMENT

SINTESI

Lo scritto ripercorre le relazioni intercorrenti tra le varie autorità amministrative indipendenti dei mercati finanziari e le forme del coordinamento delle loro azioni, focalizzandosi sull'impiego del protocollo d'intesa. Quindi, verificati i termini dell'impiego sostanziale degli accordi tra amministrazioni al fine della realizzazione di più intense sinergie tra regolatori pubblici e sul loro impatto concreto, sviluppa alcune considerazioni sull'utilità di un loro più ampio impiego.

ABSTRACT

The paper traces the relationships between the various independent administrative authorities of the financial markets and the forms of coordination of their actions, focusing on the use of the memorandum of understanding. Therefore, having verified the terms of the use of the agreements between administrations in order to achieve more intense synergies between public regulators and their concrete impact, he develops some considerations on the usefulness of their wider use.

PAROLE CHIAVE: amministrazioni indipendenti, vigilanza finanziaria, poteri amministrativi, protocolli d'intesa.

KEYWORDS: independent authorities, financial supervision, administrative power, the memorandum of understanding.

INDICE: 1. La delimitazione del campo d'osservazione. Compresenza di vigilanze anche non “strutturalmente” coordinate. – 2. Concorrenza e complementarità dell'azione delle vigilanze economiche ed il ruolo dei protocolli d'intesa. – 3. Quali conseguenze della definizione convenzionale dei compiti delle autorità di vigilanza complementare o concorrente?

1. La delimitazione del campo d'osservazione. Compresenza di vigilanze non “strutturalmente” coordinate.

Una ricognizione della normativa economica – ed in particolare del diritto dei mercati finanziari – porta ad individuare una molteplicità di autorità amministrative indipendenti investite di poteri di regolazione e vigilanza¹. L'interesse generale per il corretto svolgimento di talune attività delicate, quali quelle relative alla circolazione di ricchezza, da tempo ha condotto

¹ S. AMOROSINO, *Le dinamiche del diritto dell'economia*, Pisa, Paccini, 2018, p. 29 ss.

all'istituzione di peculiari P.A.² dotate di articolate e penetranti - anche se non sempre omogenee - potestà di condizionamento dei soggetti abilitati all'esercizio di talune attività riservate in quanto destinatari della disciplina di settore o "segmento" del mercato in cui operano³.

L'evoluzione scoordinata, in tempi diversi, della disciplina dei vari comparti del mercato finanziario (assicurativo, bancario e mobiliare), un lento mutamento della sensibilità politica per alcune istanze di tutela e la spinta all'adeguamento alle indicazioni dell'Unione europea, hanno favorito una moltiplicazione dei centri di regolazione e poi reso evidente la necessità di prevedere forme di loro integrazione e coordinamento al fine di massimizzare il risultato della loro opera e nel contempo ridurre l'impatto negativo sui soggetti vigilati.

Volendo sintetizzare al massimo, si può sostenere che i processi di coordinamento si sono sviluppati in una duplice direzione: lungo una linea interna alla materia, tramite interventi normativi "strutturali", che hanno interessato i soggetti che hanno la competenza alla tutela di un medesimo interesse anche a diverso livello; lungo una linea esterna alla materia od all'interesse "pubblico specifico", precipuamente tramite la previsione della stipulazione di accordi tra titolari di poteri quando le vigilanze - per scelta normativa - si pongono tra loro in un rapporto di complementarietà o di concorrenza.

Il coordinamento per linee interne alla materia per la sua genesi normativa, consente, al soggetto passivo del potere, d'acquisire maggiori certezze sul ruolo delle diverse autorità e, dunque, sul modo con cui le seconde possono interloquire e condizionarlo. Tanto risulta particolarmente evidente a livello di normativa UE ove un'esigenza d'efficienza ed una di massima omogeneità dell'azione - strumentali alla realizzazione di uno spazio economico unico - hanno favorito la definizione di assetti organizzativi che danno luogo a forme di stretta interconnessione spinte sino alla "fungibilità" tra amministrazioni. Primo, e più recente, esempio si trae dal settore bancario - con il sistema di vigilanza unico - ove si rinviene una forma di coamministrazione tra BCE ed autorità nazionali (reg. UE n. 1024/2013)⁴. Una seconda forma di interazione si rinviene nella previsione delle autorità di vigilanza europee quali ABE, EIOPA, ESMA (reg. UE n. 1093/2010; reg. UE n. 1094/2010; reg. UE n. 1095/2010) chiamate ad imprimere un'impostazione condivisa e comune all'azione applicativa delle amministrazioni degli Stati membri appartenenti a ciascun segmento del mercato finanziario, tramite l'uniformazione dell'interpretazione delle regole ed elaborazione di prassi comuni⁵. Terza, - e più risalente - forma di integra-

² Cfr. M. D'ALBERTI, *Il valore dell'indipendenza*, in AA. VV., M. D'Alberti e A. Pajno (a cura di), *Arbitri dei mercati*, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 11 ss.

³ Cfr. M. ANTONIOLI, *Vigilanza e vigilanze tra funzione e organizzazione*, in *Riv. dir. pubbl.*, 2013, p. 673 ss.

⁴ S. AMOROSINO, *La regolazione pubblica delle banche*, Padova, Cedam, 2016, p. 118 ss.; C. BRESCIA MORRRA, *Il diritto delle banche*, Bologna, Il Mulino, 2020, p. 148 ss.

⁵ Sottolinea l'importanza del dialogo che si sviluppa grazie alle autorità di vigilanza europea, al fine dell'importazione delle migliori prassi, in una prospettiva innovativa dell'azione pubblica, M. CLARICH, *Riforme amministrative e sviluppo economico*, in *Riv. dir. pubbl.*, 2020, p. 187.

zione, è quella della concorrenza ove le amministrazioni domestiche – pur in presenza d'una supremazia funzionale della Commissione – operano per il rispetto e la riaffermazione tanto del loro diritto interno quanto di quello dell'Unione ove, salvo un potere di avocazione, l'azione delle prime è fungibile a quello della seconda (reg. UE n. 1/2003).

Diversa situazione si ha nel caso di coordinamento tra amministrazioni investite di competenze distinte per materia od interesse ma complementari, per cui il sistema domestico contempla, comunque, momenti di sinergia. Si spazia, infatti, dalla previsione di forme di “co-regolazione”, di partecipazione all'attività di regolazione tramite l'emissione di pareri obbligatori (art. 6 Tuf), all'informazione sullo svolgimento delle attività di vigilanza di ciascuna (quale l'adozione di iniziative o le irregolarità riscontrate, art. 5, comma 5, Tuf), od ancora alla collaborazione informativa, sottratta ai limiti del segreto d'ufficio, espressamente dichiarato tra loro inopponibile (art. 3, comma 1, cod. ass.; art. 7, comma 6, Tub; art. 4, comma 1, Tuf). Si tratta, però, sempre di forme di coordinamento “puntiformi” che si collocano – anche nel caso del parere raccolto nel corso dell'istruttoria – sempre “all'esterno” del processo che conduce all'adozione della misura di vigilanza. Dunque in questo secondo caso, il vero coordinamento, quello che ha ricadute pratiche percepibili, si può dire, si realizza solo grazie all'accordo tra P.A.⁶

Accordo tra amministrazioni che, per la sua astratta idoneità ad influire su il se ed il come dell'adozione dell'atto ad incidenza puntuale, diviene lo strumento elettivo per consentire di «ridurre al minimo gli oneri gravanti» sui vigilati. Poiché lo strumento è di per sé flessibile e per la sua stessa natura prevede la convergenza di facoltà di scelte spettanti a soggetti distinti, molto, se non tutto dipende dalla sensibilità delle diverse autorità che – nel rispetto della reciproca competenza ed indipendenza – possono ricercare “forme di massima collaborazione operativa” (art. 3, cod. ass.). Una lettura d'insieme del materiale normativo, in uno con il richiamato rispetto al limite della competenza - e quindi alla peculiare connotazione specialistica delle autorità di vigilanza – sembra, peraltro, quanto meno implicitamente, escludere forme di collaborazione procedimentale; tanto sembrerebbe derivare da una sorta di assioma o presupposto implicito secondo cui proprio la competenza specialistica di ciascuna autorità rappresenterebbe la ragione ed il limite della collaborazione anche quando si pongono tra loro in una posizione di complementarità per essere investite della funzione di garantire l'osservanza di diversi principi da parte del medesimo

Sul ruolo delle autorità europee, si vedano, R. LENER, E. RULLI, *La vigilanza sui mercati finanziari*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2019, p. 447 ss. e, con specifico riguardo al settore assicurativo, P. MARIANI, *Evoluzione e nuovo assetto del sistema di regolazione e vigilanza del mercato assicurativo in Italia tra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea*, in *Dir. comm. int.*, 2017, p. 365 ss.

⁶ Infatti, l'accordo genera un vincolo per la P.A. che vi partecipa, dunque, incide sulla dinamica decisionale, orientandola o condizionandola preventivamente mentre il parere obbligatorio – che esprime il punto di vista dell'amministrazione che lo rende – è un elemento istruttorio, come tale da considerare ai fini della decisione ma che, comunque, non determina, anche parzialmente ma necessariamente, la “direzione e/o il contenuto della medesima.

soggetto⁷. Tanto sembra emergere dalla disposizione relativa alle procedure di segnalazione (art. 4-*duodecies*, comma 1, lett. d, Tuf) ove Banca d'Italia e Consob «prevedono, mediante protocollo d'intesa, le opportune misure di coordinamento nello svolgimento delle attività di rispettiva competenza, ivi compresa l'applicazione delle relative sanzioni, in modo da coordinare l'esercizio delle funzioni di vigilanza e ridurre al minimo gli oneri gravanti sui soggetti vigilati».

La rilevanza del protocollo d'intesa, come strumento di coordinamento tra più amministrazioni, risulta, poi, verosimilmente ancora maggiore nelle diverse ipotesi di concorrenza di vigilanze e, cioè, quando: i) lo stesso principio o stesso valore, è presidiato dall'azione di amministrazioni diverse che conservano la medesima funzione rispetto a soggetti che appartengono al “segmento regolatorio” proprio di ciascuna d'esse⁸; ii) v'è coincidenza tra valori tutelati dalle autorità di vigilanza speciali e generaliste e, una scelta normativa imponga di attribuire la preferenza alla disciplina generalista, ritenuta più stringente⁹, salvo, poi, ammettere l'applicazione di quella speciale, riservata all'azione della P.A. di “settore”, per i profili che non sono oggetto di protezione da parte della normativa ritenuta prevalente per la sua specifica vocazione alla tutela della parte debole¹⁰.

2. Concorrenza e complementarietà dell'azione delle vigilanze economiche ed il ruolo dei protocolli d'intesa.

L'esame della prassi applicativa e, in particolare, del modo con cui le varie amministrazioni hanno inteso il “messaggio” normativo evidenzia l'ampio impiego del protocollo d'intesa come strumento di coordinamento dell'azione di più centri decisionali pubblici dotati di poteri conformativi. L'accordo viene, per lo più, impiegato come strumento per la definizione del contenuto di adempimenti materiali (termini entro cui trasmettere i pareri richiesti, modalità di scambio di informazioni) e non, invece, come strumento di chiarimento preventivo e condiviso dei dubbi, anche interpretativi, su come intendere e de-

⁷ Come accade nell'ipotesi della disciplina dedicata agli intermediari finanziari che affida a Consob il presidio della trasparenza e correttezza dei comportamenti ed a Banca d'Italia quella relativa alla stabilità patrimoniale e sana e prudente gestione (art. 5, comma 2 e 3, Tuf).

⁸ Tanto si ha con la spartizione di vigilanza tra Consob ed Ivass relativa alla distribuzione delle polizze vita a contenuto finanziario. Alla seconda rimane, infatti, la vigilanza sulle condotte degli intermediari iscritti alla sezione A e B del R.U.I. (agenti e *broker*) mentre alla prima è riservata quella sulle banche, che sono intermediari assicurativi iscritti alla sezione D dello stesso registro (banche ed altri intermediari finanziari abilitati alla prestazione di servizi assicurativi).

⁹ È il caso del conflitto tra disciplina di settore e quella di protezione del consumatore, risolto dando prevalenza alla seconda in quanto normativa speciale relativamente alla tutela del cliente che pone in essere un atto per scopi estranei alla propria impresa o professione.

¹⁰ Secondo la previsione dell'art. 27, comma 1-*bis*, cod. cons. deve accordarsi una prevalenza alla disciplina del codice del consumo – con conseguente “primazia” di Agcm, sulle discipline speciali – presidiate dalle altre amministrazioni ed applicabili solamente a quelle condotte non suscettibili di essere ricondotte nell'ampia categoria delle pratiche commerciali scorrette.

finire l'estensione ed i limiti della competenza di ciascuna autorità e ciò anche se dal diritto dell'Unione non si ricavano, in principio, limiti alla fissazione dei termini della "spartizione". Il diritto europeo, infatti, non pretende neppure l'assegnazione di una funzione di controllo alla medesima autorità appartenente alla rete cui corrisponde una determinata funzione di vigilanza¹¹. Il legislatore dell'Unione, come si trae dalla normativa sulle autorità europee, si preoccupa dell'effettivo assolvimento della funzione ma non della scelta relativa alla sua attribuzione nell'ambito dell'organizzazione amministrativa di ciascuno Stato membro¹². Attribuzione che, come si ricava dalla normativa europea sulle pratiche commerciali scorrette, può essere indifferentemente attribuita tanto ad un'amministrazione quanto all'autorità giudiziaria poiché ciò che interessa è l'effettività dell'osservanza e dell'applicazione della regola e non il modo con cui quella viene garantita.

Sempre ponendosi in una prospettiva pratica, proseguendo con una sintetica indagine empirica, si può ricordare come l'accordo, con la previsione di meccanismi di confronto e riflessione su singole tematiche (gruppi di studio, consultazioni periodiche, comitati congiunti), offre significative occasioni per il superamento preventivo delle difficoltà che presenta l'operatività quotidiana anche se, solo in parte, par assolvere al ruolo di strumento per ovviare alle incertezze derivanti dalla adozione di un sistema di vigilanza misto¹³ – orientato in parte per finalità ed in parte per soggetti. Infatti, il suo esteso impiego parrebbe garantire un qualche cosa in più rispetto alla definizione delle modalità dello svolgimento in collaborazione di attività d'interesse comune (art. 15, l. 241/1990), atteggiandosi a (sostanziale) mezzo di «*coordinamento per l'esercizio delle competenze*» attribuite a Banca d'Italia, Consob Ivass, Covip ed Agcm (art. 20, l. 262/2005)¹⁴.

¹¹ G. ROMAGNOLI, *L'espansione della competenza sanzionatoria di Agcm - Note sulla - dubbia - separazione delle prerogative di regolazione e sulla pretesa (sostanziale) marginalizzazione delle autorità di vigilanza dei mercati finanziari*, in *Dir. banc.*, 2016, I, p. 493 ss.

¹² L'inesistenza d'una preferenza per la vigilanza unica – anche sotto il profilo sanzionatorio – per la tutela del consumatore si trae anche dal reg. 2006/2004/CE «*sulla cooperazione tra le autorità di vigilanza nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori*». Il regolamento – in ossequio al principio dell'autonomia organizzativa e procedurale – lascia aperta l'opzione per una articolazione e distribuzione delle competenze in materia di tutela del consumatore, riconoscendo allo Stato membro la più ampia libertà in merito alla designazione delle autorità competenti (art. 4, par. 1 – 2), fermo l'obbligo di indicazione dell'ufficio unico di collegamento con le autorità operanti negli altri paesi, onde evitare che la scelta organizzativa di ciascuno possa compromettere l'efficace ed efficiente repressione delle condotte a rilevanza transfrontaliera od «*intra-comunitaria*».

¹³ Cfr. F. CINTIOLI, *Regolazione e regolatori nazionali nei settori del credito e dei mercati finanziari*, in www.giustamm.it, 2016, p. 7.

¹⁴ Sottolinea tale aspetto, per quanto riguarda la "concorrenza" tra normativa speciale e le diverse autorità di vigilanza investite di funzioni regolatorie e sanzionatorie, M. RABAI, *Ancora sul riparto di competenze tra autorità Antitrust e Autorità di settore in tema di pratiche commerciali scorrette*, in *Riv. regolazione e merc.*, 2019, p. 376, cui si rinvia per una ricognizione della giurisprudenza espressasi sulla spettanza del potere punitivo.

Non sembra azzardato, invero, trarre dalla pratica la dimostrazione di come l'utilizzo del protocollo sia indicativo di un metodo di confronto per la definizione in concreto della spettanza della competenza, tanto nell'ipotesi in cui le amministrazioni si pongono in una relazione di complementarità quanto in una di concorrenza, svelandosi così essere un utile mezzo per lo smaltimento dei "carichi" di lavoro.

Tanto par essere accaduto per quanto concerne l'attività di Banca d'Italia ed Agcm chiamate a garantire il rispetto di diversi plessi di regole a tutela delle parti deboli, presidiati dalla previsione di distinti strumenti reattivi a disposizione di ciascuna delle due. Alla sottoscrizione di protocolli d'intesa tra le due autorità relativi alla tutela del consumatore nel mercato finanziario, ha fatto seguito un attivismo dell'Autorità garante della concorrenza ed una sostanziale inerzia di quella bancaria. L'accordo – nelle sue varie versioni¹⁵ – attribuisce prevalenza all'azione repressiva/correttiva di Agcm ed all'autorità bancaria una posizione residuale in quanto le disposizioni contenute nel titolo V del testo unico bancario relativo alla trasparenza, condizioni contrattuali e tutela del cliente – presiedute dalla seconda (art. 128 Tuf) – recano prescrizioni di tutela della parte debole in molta parte riconducibili a quelle previste dalla disciplina delle pratiche commerciali scorrette del codice del consumo (art. 20 cod. cons.). Con il protocollo, dunque, è stata consensualmente riconosciuta – sul piano operativo – la prevalenza dell'amministrazione generalista, per la sovraordinazione della corrispondente disciplina e, quindi, la residualità di ogni altra forma di protezione amministrativa a favore dei privati¹⁶.

La "retorica" della tutela del consumatore¹⁷, quindi, sembra condurre, quanto meno, ad una "semplificazione degli oneri per i vigilati", esposti, di massima, solo al "fuoco" dell'Autorità garante, orientata a reprimere non più condotte isolate – le c.d. pratiche commerciali episodiche – ma condotte seriali¹⁸ che di fatto od implicitamente sono assimilate a quelle scorrettezze che per

¹⁵ Il primo protocollo d'intesa siglato da Agcm e Banca d'Italia è del 22 febbraio 2011, mentre il successivo è del 14 ottobre 2014.

¹⁶ Presupponendo una posizione di superiorità della disciplina consumeristica – come sostenuto da Cons. Stato, ad. Plen., 9 febbraio 2016 nn. 3 e 4, in www.giustizia-amministrativa.it – impostazione, poi, condivisibilmente superata, valorizzando le indicazioni della Corte di giustizia da Cons. Stato, sez. VI, 11 novembre 2019, n. 7699, *ivi*.

¹⁷ Per il rilievo dell'enfasi "consumeristica" che ha caratterizzato gli interventi legislativi e l'interpretazione dei principi della legislazione degli ultimi tre lustri, si veda, F. CINTIOLI, *op. cit.*, p. 4.

¹⁸ Da tempo, Agcm spiega, nelle sue relazioni annuali, le proprie iniziative sanzionatorie in termini di congrua risposta alla necessità d'ottimizzazione di risorse e mezzi obiettivamente limitati, il cui corretto impiego rende indispensabile una selezione e, dunque, impone di soprassedere dal reagire a quelle notizie d'illecito che, per le loro caratteristiche, possono apparire minimali, ora per la contenuta capacità offensiva, ora per la limitatissima cerchia dei possibili "danneggiati". Agcm, nell'illustrare le linee del proprio operato in materia – Relazione sull'attività svolta nel 2012, p. 172, in www.agcm.it – confrontando quello del 2012 con quello dell'anno precedente, conferma, invero, come quanto svolto deriva da una precisa scelta di politica di fondo, dichiarando d'aver preferito «concentrare le risorse su un numero complessivo di procedimenti inferiore rispetto a quello dell'anno precedente ma di più significativo impatto

la legge bancaria dovrebbero essere individuate e contrastate da Banca d'Italia¹⁹.

Analoga funzione “spartitoria sostanziale” svolge il protocollo d'intesa concluso da Banca d'Italia e Consob per coordinare le loro “vigilanze complementari” sugli intermediari finanziari. Sia pur rimanendo nell'ambito delle linee del sistema, quello fissa gli spazi riservati all'una e all'altra, individuando, nel concreto, come ciascuna si comporta quando ad agire è Banca d'Italia – a garanzia del contenimento del rischio, della sana e prudente gestione e stabilità patrimoniale – o Consob – a garanzia della correttezza e trasparenza.

Chi legge anche il più recente accordo quadro «*in materia di servizi finanziari ed attività d'investimento e gestione collettiva del risparmio*» del 2019²⁰ ha l'impressione che la sua formulazione sia espressione di una forma concordata di suddivisione degli aspetti di competenza dell'una e dell'altra, non rigorosamente individuati dalla legge e, dunque, come il protocollo tracci un confine seguendo il criterio di prevalenza di aspetti generali di competenza dell'una o dell'altra. In particolare, i paragrafi 3, 4 e 5 dell'art. 3 quando fissano i requisiti ai fini del rilascio dell'intesa sul regolamento, rispettivamente, da parte di Consob a Banca d'Italia e viceversa, vanno a precisare la consistenza dei “temi” di ciascuna, a contrario, così, escludendo che ciò che è individuato possa essere oggetto di ridiscussione da parte dell'altra chiamata (solo) a prestare il proprio assenso²¹.

in termini di gravità delle diverse pratiche commerciali, con riferimento al maggior pregiudizio arrecato al comportamento economico del consumatore, nonché al corretto funzionamento dei mercati, in termini di capacità della pratica di perturbare gli operatori e di determinare un forte discredito sul buon funzionamento del mercato o su forme più evolute di transazioni commerciali (come, ad esempio, nel caso del commercio elettronico)».

¹⁹ Su cui, oltre a C. BRESCIA MORRA, *op. cit.*, p. 241 ss., si rinvia a A. BALDASSARRE, (*sub*) art. 128, in AA. VV., F. Capriglione (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, II, Padova, Cedam, 2018, p. 127 ss.

²⁰ Protocollo d'intesa tra Banca d'Italia e Consob del 5 novembre 2019.

²¹ Si tratta d'una necessità derivante dalla naturale sovrapponibilità degli aspetti di rispettivo interesse delle due P.A. Così si pensi alla duplice considerazione cui si presta la predisposizione di un sistema di controllo interno d'un intermediario. La predisposizione d'una appropriata o “robusta” organizzazione imprenditoriale rileva in quanto la sussistenza di quella garantisce il contenimento del rischio e la stabilità patrimoniale – di competenza di Banca d'Italia – ma lo stesso garantisce ulteriormente la correttezza e la trasparenza dell'azione dello stesso intermediario; grazie a quello, infatti, l'impresa finanziaria sarà in grado di garantire che al cliente investitore vengano proposti contratti appropriati al profilo di rischio ed alla “capacità d'investimento” di quest'ultimo. Ulteriormente, la correttezza delle condotte dell'impresa – di spettanza di Consob – può ripercuotersi sulla stabilità patrimoniale. La diffusione della notizia della scorrettezza dell'impresa, incide sul prestigio reputazionale della stessa, distogliendo la clientela dal rivolgersi al soggetto colpito dal discredito, impedendo, in prospettiva, la continuazione dell'attività.

3. Quali conseguenze della definizione convenzionale dei compiti delle autorità di vigilanza complementare o concorrente?

L'impiego dei protocolli, ai fini del coordinamento, in una prospettiva di riduzione degli oneri per i vigilati, ragionevolmente, è da considerare con favore in quanto atto d'adempimento d'un obbligo gravante sulle P.A. e, se si vuole, anche di un dovere nei confronti dei vigilati. Le incertezze della normativa europea non ovviate dalle misure interne di recepimento devono essere superate o, quanto meno, contenute in termini ragionevoli da chi è investito del potere attuativo ed applicativo della regola tracciata dalla "fonte superiore" e, quindi, con l'impiego di ogni mezzo a sua disposizione. Di conseguenza, se emerge l'esistenza di ambiti di "regolazione" non riservati in modo chiaro e rigoroso ad una specifica autorità, s'impone a carico delle "coinvolte" un obbligo - anche organizzativo - di chiarire preventivamente quali spazi si intendano riservati all'una o all'altra, risultando insufficiente che ciascuna anticipi come intenderà il significato dell'insieme dei documenti normativi che definiscono gli interessi, i beni od i valori alla cui soddisfazione e finalizzata la propria azione.

Come è stato evidenziato, il problema che si pone è quello dell'appropriato impiego dei protocolli e, dunque, il loro utilizzo "coraggioso" al fine di superare ogni ragionevole incertezza²². Una chiara definizione - anche in sede convenzionale - degli ambiti riservati a ciascuna "amministrazione concorrente", ben può ritenersi compatibile con la natura ampiamente discrezionale dell'attività di regolazione cui non si sottrae, per l'opinione preferibile²³, quella sanzionatoria delle amministrazioni indipendenti. La perimetrazione degli spazi attribuiti a ciascuna P.A. - delimitati con il protocollo - ben può essere vista, in ragione della concorrenza dell'opera di altra amministrazione, come un completamento di quel precetto, posto per Banca d'Italia - ma implicito per ogni amministrazione operante nel mercato finanziario - di determinare e «rendere pubblici preventivamente i principi ed i criteri dell'attività di vigilanza» (art. 4, comma 2, Tub)²⁴. Invero, tramite l'accordo, l'autorità indica, in negativo, quali sono le aree in cui non intende esercitare la propria influenza perché ritenute di pertinenza d'un'altra amministrazione. Peraltro, la valenza bilaterale o plurilaterale, che è caratteristica del patto, consente di dare razionale giustificazione - in una prospettiva d'efficienza e di proporzionalità dell'azione amministrativa (art. 97 cost.) - ad un autolimito reciproco, inteso come anticipato potere di consumazione di una frazione di discrezionalità, ipotesi ampiamente ammessa dalla giu-

²² Cfr. F. CINTIOLI, *La sovrapposizione di competenze delle autorità indipendenti nelle pratiche commerciali scorrette e le sue cause*, in www.giustamm.it, 2015, pp. 9 - 10.

²³ Cfr. S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, p. 91 ss.

²⁴ D'altronde può dirsi pacifica e risalente la riconduzione dei criteri d'esercizio del potere espressi nelle istruzioni di vigilanza di Banca d'Italia all'insieme degli autolimiti tramite cui l'amministrazione bancaria conteneva anticipatamente i margini della discrezionalità dei propri poteri, cfr., A. POLICE, *Prevedibilità delle scelte e certezza dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 1996, p. 697 ss.

risprudenza europea²⁵. Consumazione in negativo tesa, appunto, a prevenire quei dubbi che potrebbero essere alimentati dall'incertezza dei documenti normativi, sempre più interpretati in modo libero in ragione di una tutela sostanziale dei principi e valori sottostanti, chiarendo che certe aree sono sottratte all'intervento dell'una o dell'altra amministrazione, con l'ulteriore limitazione del potenziale contenzioso in punto di competenza.

La definizione delle condizioni e dei limiti dell'azione delle diverse autorità concorrenti, si sottolinea, ben potrebbe sortire molteplici effetti positivi, che – nella prospettiva esterna – possono essere visti come adempimento di quel dovere di buona fede oggettiva posto a carico di tutte le P.A. nei confronti dei vigilati (art. 9, l. 11 novembre 2011, n. 189) ed anche di proporzionalità, in una prospettiva di considerazione d'insieme delle loro decisioni.

Quanto al primo aspetto è sufficiente evidenziare come la certezza in merito all'amministrazione competente all'adozione dei provvedimenti ed all'esercizio del potere d'orientamento, consente di individuare nei suoi atti (anche interpretativi) quelle determinazioni che possono generare quell'affidamento incolpevole che esime anche da un'eventuale sanzione²⁶. Non è un caso, peraltro, che il regolamento sul procedimento sanzionatorio di Banca d'Italia evidenzi come la valutazione in merito all'esistenza di una condotta punibile presuppone la considerazione degli eventuali effetti di indicazioni interpretative diramate dalla stessa nell'esercizio dei suoi poteri d'orientamento²⁷, la cui adozione ben può avere una forza di condizionamento dei destinatari ben più consistente d'un'indicazione non vincolante²⁸.

Una puntuale definizione – tramite protocollo – dell'amministrazione concorrente cui compete la repressione della condotta sospetta della violazione di diverse disposizioni di interesse di ciascuna ma che, nel contempo, pone in pericolo i beni affidati alle cure d'entrambe, soddisferebbe, poi, un'esigenza di giustizia sostanziale e di proporzionalità della reazione punitiva che è alla base del principio del *ne bis in idem*²⁹, da qualche anno, costantemente ridimensionato, soprattutto dalla giurisprudenza ordinaria³⁰.

²⁵ Cort. giust., 19 luglio 2016, C-526/14, (par. 40-44), in www.europa.eu. In dottrina, si vedano, le riflessioni di S. CIMINI, *op. cit.*, p. 129 ss.

²⁶ Dunque, essere considerati manifestazione di quelle «*indicazioni sufficientemente precise, provenienti da fonti istituzionali*» che la recente giurisprudenza – Tar Lazio – Roma, sez. I, 12 luglio 2019, n. 9289, in www.giustizia-amministrativa.it – richiede ai fini del riconoscimento d'una situazione di legittimo affidamento.

²⁷ Il regolamento sui procedimenti sanzionatori di Banca d'Italia (adottato con provvedimento del 3 maggio 2016, in www.bancaditalia.it), dopo aver ricordato che la stessa autorità avvia la procedura nei casi in cui accerta la violazione delle norme per le quali «è prevista l'irrogazione di sanzioni amministrative», nel terzo comma dell'art. 1.1, parte II, precisa che «*Nelle materie disciplinate da norme di principio (di carattere generale gestionale), in coerenza con esigenze di certezza e prevedibilità della sanzione, la Banca d'Italia valuta la condotta tenendo anche in considerazione eventuali provvedimenti a carattere generale emanati allo scopo di precisare il contenuto del precetto*».

²⁸ Cfr. M. RAMAJOLI, *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, in *Riv. regolazione e merc.*, 2016, p. 53 e spec. p. 60 ss., ove anche si rinviene una considerazione dell'atto orientativo come fonte d'autolimita del regolatore.

²⁹ F. CINTIOLI, *La sovrapposizione di competenze*, *cit.*, p. 2.

³⁰ La giurisprudenza della Corte regolatrice ha, infatti, ridotto nei minimi termini, gli

L'individuazione, tramite il protocollo, dell'autorità competente "in modo accettato da quella esclusa", in primo luogo, potrebbe precludere la reiterazione delle iniziative punitive per lo stesso "fatto", con conseguente sottrazione del soggetto passivo al rischio di una reiterazione di pene amministrative sostanzianti in un carico repressivo cumulativamente sproporzionato³¹. In secondo luogo, la precisazione del momento in cui viene individuata la competenza in concreto dell'amministrazione competente all'avvio dell'iniziativa punitiva, potrebbe rappresentare l'indice temporale cui ancorare l'accertamento dell'infrazione – che appunto, presuppone l'analisi e valutazione della condotta – con conseguente possibilità di far decorrere da quello i termini di decadenza per l'esercizio dell'azione punitiva³².

spazi per l'applicazione del principio del *ne bis* anche nell'ambito delle sanzioni amministrative, riconosciuto all'esito d'una complessa evoluzione giurisprudenziale, per l'esame della quale si rinvia a, E. BINDI, *Divieto di ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio nel dialogo tra giudici nazionali e sovranazionali*, in www.federalismi.it, 2018, p. 27 ss. Per la Corte regolatrice lo stesso fatto può comportare l'applicazione dei sanzioni distinte quanto è idoneo a violare diverse norme poste a tutela di beni giuridici distinti. In tal senso si veda, Cass., 6 agosto 2019, n. 21017, par. 7.1., in www.giustizia.it, per la quale «*il principio del ne bis in idem non opera qualora vengano in rilievo più condotte illecite ricomprese in diverse norme sanzionatorie applicate dalla Banca d'Italia e dalla Consob secondo le rispettive competenze*». Situazione che ricorre «*quando il provvedimento sanzionatorio emesso dalla Banca d'Italia ha avuto ad oggetto comportamenti posti in essere (...) contrari ai criteri di sana e prudente gestione, laddove la Delib. sanzionatoria della Consob riguarda l'inadempimento dell'obbligo di organizzarsi in modo da ridurre al minimo il rischio di conflitti di interesse anche tra patrimoni gestiti*».

³¹ Sulla rilevanza del principio di proporzionalità nell'ambito del sistema sanzionatorio amministrativo, da ultimo si veda, Cort. cost., 10 maggio 2019, n. 112, in www.cortecostituzionale.it.

³² Tanto la disciplina generale delle sanzioni che quelle specifiche delle autorità di vigilanza (art. 14, comma 1 – 2, l. 24 novembre 1981, n. 689; art. 311-*septies*, cod. ass.; art. 195, comma 1, Tuf; art. 145 comma 1, Tub) pongono, in alternativa alla possibile contestazione immediata della violazione un termine entro cui – a pena di estinzione del potere punitivo deve essere effettuata la contestazione. Per attenuare l'impatto "privativo" della prerogativa sanzionatoria ancorato allo spirare dei diversi periodi brevi previsti dalla legge, la giurisprudenza, ingenerando un'elevata incertezza, ha ritenuto che il periodo entro cui notificare la contestazione, sostanzialmente dipenda da un ragionevole periodo di tempo necessario all'amministrazione per la ponderazione della condotta. In tal senso relativamente alle sanzioni del Tub, tra le tante, si veda, in Cass., 7 gennaio 2019, n. 126, in www.giustizia.it, per la quale «*In tema di sanzioni amministrative previste per la violazione delle norme che disciplinano l'attività di intermediazione finanziaria, il momento dell'accertamento, dal quale decorre il termine di decadenza per la contestazione degli illeciti da parte della Consob, va individuato in quello in cui la constatazione si è tradotta, o si sarebbe potuta tradurre, in accertamento, dovendosi a tal fine tener conto, oltre che della complessità della materia, delle particolarità del caso concreto anche con riferimento al contenuto ed alle date delle operazioni, tanto più ove la violazione sia riferibile ad un tempo ben determinato e circoscritto*» (Cass. n. 8687/2016; n. 9456/2004). È stato anche chiarito che «*mentre la redazione della relazione ed il suo esame debbono essere compiuti nel tempo strettamente indispensabile, senza ingiustificati ritardi, occorre, invece, individuare, secondo le particolarità dei singoli casi, il momento in cui ragionevolmente la contestazione avrebbe potuto essere tradotta in accertamento, momento dal quale deve farsi decorrere il termine per la contestazione stessa*» (Cass. n. 25836/2011; conf. n. 5914/2018). Dunque, non rileva la completa ricostruzione del fatto poiché necessiterebbe anche una presa di coscienza dello stesso da parte dell'organo dell'autorità dotato di potere decisionale. Determinazione che – peraltro – il giudice reputa correttamente intervenuta quando sia collocabile in un momento non irragionevolmente distante rispetto all'acquisizione dei dati og-

In fine, ma non ultimo, un protocollo, attento al coordinamento sostanziale delle prerogative di vigilanza delle amministrazioni concorrenti, potrebbe essere utile strumento per garantire un'azione di vigilanza coerente, ponendo al riparo i vigilati da "incursioni" di autorità che – ragionevolmente travisando il loro ruolo – interrompono quella unitarietà della regolazione che dovrebbe essere riferibile ad un unico centro decisionale.

Ancora una volta è immediato pensare al discusso operato di Agcm nell'ambito del contrasto alle pratiche commerciali scorrette³³. La scelta dell'amministrazione di operare solo nei confronti di pratiche seriali³⁴ ha come conseguenza normale quella d'accompagnare all'applicazione della sanzione pecuniaria un ordine inibitorio che sostanzialmente va ad incidere sulla struttura organizzativa imprenditoriale della destinataria, di fatto esplicando degli effetti comparabili con quelli che seguono a provvedimenti adottati nell'esercizio della c.d. vigilanza prudenziale che sono di competenza d'altra amministrazione ed il tutto, deve sottolinearsi, a prescindere dall'abbattimento del livello di tutela che ne consegue.

Sembra innegabile che lo "spostamento" del regolatore abbia come ricaduta un diverso trattamento degli interessi che sono oggetto di considerazione legislativa, come emblematicamente si trae dalla situazione di concorrenza tra Agcm e Banca d'Italia in punto di trasparenza. L'attivismo della prima ha, di fatto, condannato alla desuetudine gli strumenti d'intervento specifici attribuiti alla seconda quali, l'inibitoria di singole offerte, di specifiche attività – anche per aree – nonché l'ordine di sospensione di iniziative o la restituzione di somme impropriamente addebitate alle controparti (art. 128-ter, Tub)³⁵. È, peraltro, immediato, poi, come non solo siano diversi gli strumenti di intervento ma anche i termini di riferimento della tutela e, in specie, come quelli della prima siano più selettivi rispetto a quelli propri della seconda che sono "legislativamente" più ampi, in quanto inclusivi anche di imprese significative che non svolgono attività finanziaria. L'Autorità garante agisce, infatti, a tutela dell'interesse dei consumatori, cioè d'una categoria dai confini più angusti di quella del cliente che appare nel Tub. Quindi Agcm, se si mantiene come riferimento la normativa bancaria, si pone in una prospettiva d'indagine, quanto meno, più limitata. L'autorità mira, infatti, alla repressione delle condotte che possono incidere negativamente sull'autodeterminazione della parte debole mentre l'amministrazione di settore dovrebbe ragionare in una logica di regolazione del mercato anche attraverso la sanzione pecuniaria. Sanzione, peraltro, che pure dal Tub è stata riconosciuta essere strumento d'amministrazione atti-

getto d'esame. Per una analisi della soluzione giurisprudenziale, oltre a S. CIMINI, *op. cit.*, p. 356 ss., d'obbligo è rinviare a W. TROISE MANGONI, *Il potere sanzionatorio della Consob*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 146 ss.

³³ F. CINTIOLI, *La sovrapposizione di competenze*, *cit.*, p. 4.

³⁴ Si veda nota 17.

³⁵ Per un esame dei rimedi, si veda M. PASSALACQUA, *Sub art. 128-ter*, in AA. VV., *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, *cit.*, p. 2431 ss.

PA PERSONA E AMMINISTRAZIONE

Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia

va, cioè leva dell'azione conformativa. Anche la sanzione è tale, infatti, perché considerata fungibile – cioè discrezionalmente sostituibile - con la sanzione costituita dall'ordine d'eliminare le infrazioni, con le modalità e nei termini stabiliti dalla stessa autorità di vigilanza (art. 144-*bis*, comma 1, Tub)³⁶.

³⁶ Sul punto si veda V. LEMMA, (*sub*) art. 144- *bis*, in AA. VV., *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., p. 2647 ss.

ROSA CALDERAZZI
Professore associato di Diritto dell'economia
presso il Dipartimento di Economia, Management e Diritto dell'impresa
Università degli Studi di Bari
rosa.calderazzi@uniba.it

L'ORGANIZZAZIONE DEL CAPITALE NELL'IMPRESA BANCARIA

CAPITAL ORGANIZATION IN BANKING COMPANIES

SINTESI

Una riflessione sul ruolo del capitale nell'impresa bancaria consente di offrire una conferma degli interessi tutelati dal sistema bancario.

Nell'impresa bancaria la normativa regolamentare si preoccupa di assicurare un rapporto minimo tra patrimonio di vigilanza di cui la banca dispone e attività della stessa, in considerazione della sua rischiosità, giacché il capitale regolamentare viene commisurato ai rischi assunti dalla banca. I fondi propri diventano così il primo presidio di fronte ai rischi connessi all'attività bancaria e, al contempo, parametro di riferimento per le valutazioni dell'Autorità di Vigilanza. La determinazione del capitale interno complessivo diventa il frutto di un processo organizzativo che, insieme all'adozione di adeguati sistemi di governo e gestione del rischio di liquidità, costituisce parte integrante della gestione aziendale e contribuisce a determinare le strategie e l'operatività corrente delle banche.

L'intero sistema preordinato all'individuazione dei requisiti patrimoniali è espressione del requisito dell'organizzazione e diventa funzionale al perseguimento del principio di sana e prudente gestione.

Il legislatore, nelle società bancarie, oltre a irrigidire la disciplina sul capitale, ritiene essenziale il principio della sana e prudente gestione, principio cardine di tutto il sistema del diritto della regolazione.

La sana e prudente gestione diventa funzionale al conseguimento degli scopi che si prefigge l'art. 47 Cost., creando un collegamento tra sana e prudente gestione e tutela del risparmio.

Dall'analisi compiuta sulla disciplina del capitale sociale nell'impresa bancaria si possono cogliere tre spunti di riflessione: 1) nel rapporto tra pretese individuali patrimonio e interessi collettivi emerge come ciascuna pretese individuale contenga un segmento di interesse pubblico e assume una valenza organizzativa della società; 2) con la fissazione dei requisiti patrimoniali da parte dell'autorità di vigilanza si comprimono gli spazi di autonomia delle società bancarie per riequilibrare la tutela degli interessi, sicché la regolazione diventa criterio ordinatore dell'autorità e della libertà; 3) l'intervento dell'Autorità di Vigilanza trova la sua legittimazione nell'art. 47 Cost. e persegue lo scopo di massimizzare l'interesse pubblico inteso come tutela del risparmio, sicché il suo potere si legittima se e nella misura in cui massimizza il godimento dei diritti della persona e bilancia la componente comprimibile di quei diritti.

ABSTRACT

A reflection on the role of the capital in the banking company drives to interests protected by the banking system discovering.

Concerning Banks, the legislation is driven to assure a sufficient link between the “regulatory capital” and Bank’s activities, particularly taking into account risks, therefore “regulatory capital” must be commensurate with risks. Thus, own funds become the first safeguard against banking-related risks and, at the same time, a reference parameter for the assessments of the Supervisory Authority. As a consequence, total internal capital amount is the result of an organization process which, together with the adoption of adequateness of governance and management of liquidity risk, forms an integral part of the company management and contributes to determine the strategies and the current overall operations of the banks.

In conclusion, it must be underlined that capital’s requirements are expression of the adequacy of organization and both, together, realizes the principle of sound and prudent management.

In banking companies, the lawmaker, in addition to tightening the discipline on capital, considers the principle of sound and prudent management as essential as the cardinal principle of the entire system of the regulation law.

The sound and prudent management becomes functional to the achievement of the purposes set by the art. 47 of the Constitution by creating a link between sound and prudent management and the protection of the savings.

From the analysis carried out on the discipline of the social capital in the banking company, three points of reflection can be highlighted: 1) in the relationship between individual claims, assets and collective interests, it emerges how each individual claim effectively contains a segment of public interest and assumes an organizational value of the company; 2) with the establishment of capital requirements by the Supervisory Authority, the autonomy spaces of banking companies are compressed to rebalance the protection of interests, so that regulation becomes an ordering criterion for both authority and freedom; 3) the intervention of the Supervisory Authority finds its legitimation in the art. 47 of the Constitution and pursues the aim of maximizing the public interest intended as protection of savings, so that its power is legitimized if and to the extent of how it maximizes the enjoyment of the rights of the person and balances the compressible component of those rights.

PAROLE CHIAVE: capitale, organizzazione, impresa bancaria, sana e prudente gestione.

KEYWORDS: capital, organization, banking company, sound and prudent management.

INDICE: 1. Le ragioni dell’indagine. – 2. La nozione di capitale nelle società bancarie. – 3. Un raffronto con le società di diritto comune. – 4. La funzione organizzativa del capitale. – 5. Ulteriori spunti di riflessione.

1. Le ragioni dell’indagine

Una riflessione sul ruolo del capitale nell’impresa bancaria costituisce un elemento importante nella costruzione della disciplina bancaria in quanto l’organizzazione finanziaria rappresenta un tassello del più ampio tema della

funzione dell'organizzazione in ambito bancario¹.

L'evoluzione del regime dell'impresa bancaria, nella disciplina dell'attività e dell'organizzazione d'impresa, verso una prospettiva pubblicistica ha portato ad acquisire la consapevolezza che l'adozione di un sistema organizzativo proporzionato, efficiente e razionale rappresenti il presidio migliore, vuoi della correttezza dei comportamenti dell'impresa nei confronti dei clienti e investitori, vuoi del perseguimento degli obiettivi della vigilanza pubblicistica sull'impresa², giacché la crescente valorizzazione dell'adeguatezza degli assetti organizzativi, nella disciplina degli intermediari finanziari e nella prospettiva della vigilanza pubblicistica sugli stessi, mira al perseguimento di obiettivi che si identificano con quelli assegnati alla Vigilanza.

In tal senso l'individuazione dell'organizzazione della struttura interna dell'impresa bancaria, di cui il sistema dei controlli interni, è parte integrante diventa funzionale al perseguimento della sana e prudente gestione e, con essa, alla tutela dei risparmiatori.

Per tali ragioni, la prosecuzione di una riflessione sulla funzione dell'organizzazione spinge l'interprete all'analisi dell'organizzazione finanziaria.

L'importanza del tema rileva non solo perché una corretta organizzazione dei valori finanziari dell'attività d'impresa rappresenta una costante del legislatore/regolatore comunitario, ma anche perché la ricostruzione che se ne darà porterà un'ulteriore conferma della tutela degli interessi.

L'intero sistema preordinato all'individuazione dei requisiti patrimoniali è espressione del requisito dell'organizzazione e serve a monitorare, gestire e correggere i rischi per consentire il rispetto una gestione sana e prudente.

Il capitale sociale, nella sua determinazione complessiva che tiene conto dei requisiti patrimoniali aggiuntivi, costituisce lo strumento con il quale la banca fronteggia i propri rischi, in un contesto nel quale gli interessi da tutelare sono più ampi di quelli delle comuni attività d'impresa.

Ed è questa la ragione per la quale la disciplina del capitale, nell'impresa bancaria, è sempre più assoggettata a interventi normativi e regolamentari invasivi nella fissazione dei requisiti patrimoniali che finiscono per attribuire al capitale sociale un ruolo denso di significati, diventando espressione di un processo organizzativo. E, infatti, come si avrà modo di dimostrare, l'intero sistema elaborato per la misurazione dei requisiti patrimoniali non si limita ad assicurare il rispetto di un principio di corretto finanziamento dell'attività d'impresa, ma diventa funzionale al perseguimento della sana e prudente gestione.

¹ La riflessione sulla funzione dell'organizzazione nell'impresa bancaria trova un suo approfondimento in R. CALDERAZZI, *La funzione dell'organizzazione nell'impresa bancaria*, in *questa Rivista*, 2019, p. 261.

² Per una riflessione sul sistema dei controlli sia consentito il riferimento a R. CALDERAZZI, *Il sistema di controllo interno delle banche nella prospettiva della tutela dei risparmiatori*, in *Riv. regolaz. merc.*, 2019, p. 272, ove riferimenti bibliografici sull'adeguatezza organizzativa e sui sistemi di controllo interni.

2. La nozione di capitale nelle società bancarie.

Nell'impresa bancaria la distinzione tipica delle società non bancarie tra capitale nominale e patrimonio netto si rivela inadeguata, in quanto il capitale sociale rappresenta, ai fini della Vigilanza, solo una componente di un più ampio patrimonio, ora chiamato fondi propri.

La disciplina del capitale sociale assume rilevanza ai fini dell'accesso all'attività bancaria quando è richiesto un ammontare minimo sul capitale versato per il rilascio dell'autorizzazione, *durante societate* per computare il patrimonio di Vigilanza; una volta iniziata l'attività bancaria, per la Vigilanza, non rileva più solo il capitale in sé considerato, ma i fondi propri di cui il capitale rappresenta solo uno dei componenti.

La normativa regolamentare si preoccupa di assicurare un rapporto minimo tra patrimonio di vigilanza di cui la banca dispone e attività della stessa, in considerazione della sua rischiosità³, giacché il capitale regolamentare viene commisurato ai rischi assunti dalla banca.

I fondi propri diventano, così, il primo presidio di fronte ai rischi connessi all'attività bancaria e, al contempo, parametro di riferimento per le valutazioni dell'Autorità di Vigilanza.

L'individuazione dei requisiti patrimoniali necessari per la composizione del patrimonio e la determinazione di coefficienti patrimoniali minimi obbligatori è il frutto di regole globali elaborate da comitati e organismi che hanno come finalità quella di individuare misurazioni del capitale e coefficienti patrimoniali minimi uniformi, al fine di approntare una cornice regolamentare comune ed evitare fenomeni di arbitraggio regolamentare o condotte aggressive.

Il Comitato di Basilea e il *Financial Stability Board* incidono sulla individuazione dei requisiti prudenziali di capitale di cui devono dotarsi le banche: il *Financial Stability Board* svolge funzioni ancillari⁴ rispetto al Comitato di Basilea, stabilendo regole che impattano, in qualche misura, sui requisiti prudenziali delle banche.

Il Comitato di Basilea fa parte delle cosiddette reti transnazionali di regolatori, cioè delle strutture informali che coinvolgono soggetti che fanno capo ad amministrazioni nazionali che interagiscono tra di loro, al di fuori di strutture rigide e di negoziazioni formali⁵.

La sensibilità verso i requisiti patrimoniali è presente a tutti i livelli, internazionale, comunitario, nazionale e si manifesta attraverso una pluralità di fonti.

³ v. D. LA LICATA, *La struttura finanziaria della società bancaria: patrimonio, patrimonio netto, patrimonio di vigilanza*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 106 e ss.

⁴ Così si esprime A. PISANESCHI, *La regolazione bancaria multilivello e l'art. 47 della Costituzione*, in M. P. Chiti e V. Santoro (a cura di), *L'Unione bancaria europea*, Pisa, Pacini, 2016, p. 156; ID., *Autorità sovranazionali di regolazione finanziaria e diritto costituzionale: brevi considerazioni*, in *Federalismi.it*, 2015, p. 6.

⁵ S. CASSESE, *Le reti come figura organizzativa della collaborazione*, in S. Cassese (a cura di), *Lo spazio giuridico globale*, Bari, 2006, p. 21; M. DE BELLIS, *La regolazione dei mercati finanziari*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 12; A. CANEPA, *Reti europee in cammino. Regolazione dell'economia, informazione e tutela dei privati*, Napoli, Jovene, 2010.

La globalizzazione finanziaria ha portato ad uno spazio giuridico globale, dove si assiste ad un ampliamento dei soggetti che intervengono nell'elaborazione di regole globali⁶.

La crisi finanziaria 2007- 2008 ha rimarcato l'urgenza di una standardizzazione delle regole e la centralità del capitale delle banche come primo presidio dei rischi connessi all'attività bancaria: Draghi nel 2008 e Visco nel 2012 evidenziano come la condizione di adeguatezza del patrimonio bancario sui rischi gestionali costituisca uno dei fondamentali presidi ai quali è affidata la stabilità del sistema bancario, accanto all'adeguatezza dell'assetto organizzativo e alla qualità della *governance* societaria.

La crisi finanziaria ha fatto emergere l'importanza del capitale all'interno delle banche, per una molteplicità di fattori: le ingenti perdite registrate; le perdite attese per effetto della recessione economica e del deterioramento della qualità del credito; l'alto *leverage* preesistente alla crisi, soprattutto presso le *investment banks* americane e alcune grandi banche europee; l'incertezza sulla valutazione degli attivi e sulla qualità del capitale; le esigenze di sostegno al credito in un contesto di recessione.

A partire da quel momento l'Unione Europea ha introdotto una serie di riforme, definendo un nuovo *framework* regolamentare, con l'obiettivo di rafforzare l'adeguatezza patrimoniale degli enti creditizi e delle imprese di investimento, cercando di renderle più resilienti ai possibili *shock* futuri.

Di qui la necessità della previsione di una capitale sociale rafforzato e commisurato ai rischi assunti dalla banca e l'urgenza di una rivisitazione degli Accordi di Basilea i quali, attraverso ripetuti interventi, recepiti dai legislatori e/o regolatori europei e nazionali hanno inciso sulla determinazione della composizione del patrimonio, stabilendo un rapporto minimo tra patrimonio di vigilanza e ammontare dell'esposizione ai rischi, attraverso la determinazione di coefficienti patrimoniali minimi obbligatori: tanto più le attività sono a rischio, tanto più elevato è l'ammontare del capitale che la banca deve accantonare in quanto al capitale sono assegnate determinate classi in funzione della qualità e del rischio. Il patrimonio della banca viene, così, segmentato in considerazione della qualità dei valori, della stabilità e idoneità degli stessi ad assorbire le perdite, affinché, accanto ad un requisito minimo quantitativo, si preveda una composizione qualitativa dei mezzi patrimoniali che consenta di tutelare gli interessi sottesi.

Nello stesso tempo l'individuazione e la misurazione dei rischi diventano funzionali, non solo alla determinazione dei requisiti patrimoniali minimi, ma anche al controllo prudenziale sull'adeguatezza patrimoniale e ad una implementazione di un'informativa sul mercato.

Le norme sull'adeguatezza patrimoniale contenute negli Accordi stabiliscono la composizione del patrimonio, individuano i rischi a cui è soggetta

⁶ Sulla globalizzazione finanziaria, cfr. F. CAPRIGLIONE, *Globalizzazione, crisi finanziaria e mercati: una realtà su cui riflettere*, in G. Colombini, M. Passalacqua (a cura di), *Mercato e banche nella crisi: regole di concorrenza e aiuti di Stato*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012; S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Bari, 2006.

l'attività bancaria, quantificano l'entità dell'esposizione al rischio, stabiliscono un rapporto minimo tra patrimonio di Vigilanza e ammontare dell'esposizione ai rischi, attraverso la determinazione di appositi coefficienti patrimoniali minimi obbligatori⁷.

⁷ Il principio guida degli Accordi di Basilea, introdotto con il documento del 1988 (Basilea I), ribadito successivamente, è che le banche devono necessariamente dotarsi di un ammontare minimo di mezzi patrimoniali per far fronte ai rischi della propria attività e alle perdite che ne potrebbero scaturire: si parla, infatti, di adeguatezza patrimoniale delle banche. Non è sufficiente garantire la serietà dell'iniziativa intrapresa dai soci, ma occorre assicurare la solidità patrimoniale della società (bancaria) nello svolgimento della propria attività.

Nel 1988 il Comitato raggiunse un primo accordo sui requisiti patrimoniali minimi delle Banche, al fine di limitare la condotta molto "aggressiva" di alcuni istituti di credito, liberi di agire in contesti normativi poco regolamentati: viene così fissato un requisito patrimoniale minimo per fare fronte al rischio di credito (intermediazione creditizia) e al rischio di mercato (compravendita in proprio di strumenti finanziari). Il requisito patrimoniale minimo rappresenta la quota di capitale destinata a proteggere i depositanti dal rischio che gli attivi bancari (prestiti alla clientela) subiscano delle perdite, risultando insufficienti a ripagare i debiti.

Con Basilea 2 viene costruita un'architettura basata su tre pilastri, costituenti un sistema unitario e integrato: i requisiti patrimoniali, il controllo prudenziale, la disciplina di mercato. Viene introdotto il rischio operativo, accanto al rischio di credito e di mercato e criteri di calcolo più affinati nella misurazione del rischio di credito (*rating*).

Con Basilea 3 vengono introdotti standard minimi di liquidità; definizione di capitale regolamentare unitamente alla fissazione di più elevati requisiti patrimoniali; migliore copertura dei rischi di mercato e di controparte, nel senso che le nuove regole prevedono che alcuni parametri chiave per il calcolo dei requisiti, quali il valore a rischio e le correlazioni tra attività, siano calcolati tenendo conto di condizioni di stress; contenimento del livello di leva finanziaria; misure anticicliche per ridurre la "prociclicità" delle regole prudenziali per cui le banche sono chiamate a detenere risorse patrimoniali superiori a quelle minime (*buffer*).

Il Comitato di Basilea, già a partire dal 2015, aveva provveduto a rivedere i concetti di trasparenza delle misure di rischio e di allineamento normativo tra i diversi Paesi.

A dicembre 2017 la *Bank for International Settlements* pubblica il documento "*Basel III: Finalising post-crisis reform*", mentre la Commissione Europea aveva già pubblicato, a novembre 2016, una proposta di modifica delle principali fonti normative, al fine di calibrare i requisiti di capitale e di liquidità mediante aggiornamento della direttiva e del regolamento di competenza (rispettivamente "Draft CRD V" e "Draft CRR II"). L'ampiezza e l'entità di tali riforme regolamentari ha incentivato l'utilizzo convenzionale dell'espressione Basilea 4, evocando una sostanziale riforma rispetto al precedente *framework* regolamentare. A giugno 2019, vengono pubblicate due direttive e due regolamenti del Parlamento europeo e del Consiglio che costituiscono il cd. Pacchetto bancario europeo, volto a completare l'Unione bancaria e l'Unione dei mercati dei capitali e a rafforzare i requisiti patrimoniali delle banche. Il pacchetto bancario, proposto dalla Commissione europea a novembre 2016, apporta modifiche alla vigilanza prudenziale degli enti (CRD IV e CRR) e al risanamento e risoluzione degli enti (BRRD e SRM). Nell'ambito della vigilanza prudenziale e requisiti patrimoniali degli enti è stata emanata la direttiva 2019/878/UE (CRD V) che modifica la direttiva 2013/36/UE (CRD IV) per quanto riguarda le entità esentate, le società di partecipazione finanziaria, le società di partecipazione finanziaria mista, la remunerazione, le misure e i poteri di vigilanza e le misure di conservazione del capitale e il regolamento (UE) 2019/876 (CRR II) che modifica il regolamento (UE) n. 575/2013 (CRR). Tali nuove misure cercano di aumentare la resilienza del sistema bancario e finanziario europeo, adeguando il vigente regime prudenziale alle nuove norme concordate a livello internazionale dal Comitato di Basilea (BCBS) e dal Consiglio per la stabilità finanziaria (*Financial Stability Board*, FSB).

Vastissima è la letteratura su Basilea: cfr. tra i tanti, A. RESTI, A. SIRONI, *La crisi finanzia-*

Ad una maggiore esposizione ai rischi deve corrispondere una più elevata dotazione di capitale proprio: si passa così da una attività di controllo strutturale ad una prudenziale, e contestualmente al susseguirsi delle regole introdotte dagli Accordi di Basilea che ampliano le tipologie di rischi rilevanti.

Senza voler entrare nel dettaglio della disciplina di Basilea, ai fini che qui interessano emerge la circostanza che le regole sui requisiti patrimoniali (primo pilastro), sul controllo prudenziale (secondo pilastro), sulla disciplina del mercato (terzo pilastro) sottendono la medesima preoccupazione: rafforzare la componente patrimoniale dell'impresa bancaria, attraverso una individuazione sempre più dettagliata delle tipologie di rischio e, conseguentemente, tutti gli interventi sono finalizzati al perseguimento di un unico obiettivo, il rispetto del principio di sana e prudente gestione che contiene una formula riassuntiva degli obiettivi che sottostanno all'intera disciplina dell'impresa bancaria.

La complessità e numerosità degli interventi normativi mostra la preoccupazione di una tutela degli interessi che necessita di interventi continui in considerazione della mutevole realtà economica che impone un adattamento costante per la realizzazione dei propri obiettivi.

Una conferma di quanto detto è offerta dalle recentissime misure europee sul capitale delle banche legate all'emergenza sanitaria che contemplano la possibilità, introdotta dalla Bce per le banche significative e recepita da Banca d'Italia per le *less significant*, di operare temporaneamente al di sotto di alcuni *buffer* di capitale e di liquidità⁸: tali previsioni introducono un margine di elasticità, ponendosi solo apparentemente in controtendenza rispetto agli interventi nel tempo predisposti dagli Accordi di Basilea che hanno progressivamente irrigidito i requisiti patrimoniali, cioè in una posizione di arretramento della tutela patrimoniale dell'impresa bancaria, in quanto si collocano in una prospettiva che continua ad interpretare il capitale come uno strumento necessario per la tutela degli interessi in gioco: in un contesto in cui le ricadute sul piano eco-

ria e Basilea 3: origini, finalità e struttura del nuovo quadro regolamentare, WP Carefin, Università Bocconi, n.1/2011; F. CANNATA, M. QUAGLIARELLO, *L'impatto di Basilea2 sulla crisi finanziaria: fra tanti indiziati, un solo colpevole?*, in *Bancaria*, 2009, p. 38; A. RESTI, *L'implementazione di Basilea 2: le nuove regole cambiano il gioco*, in *Bancaria*, 2007, p. 30; AA.VV., *Basilea 2 e piccole banche. Organizzazione, gestione e scelte strategiche*, Stefano Dell'Atti (a cura di), Roma, Bancaria editrice, 2007; M. LAMANDINI, *Nuove prospettive in materia di vigilanza bancaria: il "secondo pilastro" del Nuovo Accordo di Basilea*, in *Il rischio di credito e le implicazioni di Basilea 2*, Milano, 2004, p. 3 e ss; A. VICARI, *La nuova disciplina di Basilea tra obblighi di capitalizzazione delle banche, costo medio del passivo e obiettivo di riduzione dei tassi di finanziamento per le imprese*, in I. Demuro (a cura di), *Le operazioni di finanziamento alle imprese. Strumenti giuridici e prassi*, Torino 2010, p. 11; C. COSTA, *Le regole di Basilea II tra tutela del capitale delle banche e comportamenti virtuosi delle imprese*, in *Dir. fall.*, 2008, p. 98; M. SCIUTO, *Organizzazione e merito di credito delle società a responsabilità limitata alla luce di "Basilea 2"*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2007, p. 702.

⁸ BCE, *ECB Banking Supervision provides temporary capital and operational relief in reaction to coronavirus*, comunicato stampa del 12 marzo 2020; BCE, *ECB Banking Supervision provides further flexibility to banks in reaction to coronavirus*, comunicato stampa del 20 marzo 2020; Banca d'Italia, *Proroga dei termini e altre misure temporanee per mitigare l'impatto del Covid-19 sul sistema bancario e finanziario italiano*, comunicato stampa del 20 marzo 2020.

nomico di un'emergenza sanitaria rischiano di essere dirompenti si ritiene, a livello europeo, di prevedere interventi di stimolo all'erogazione del credito e di garanzia di tutte quelle dimensioni fondamentali dei diritti che l'esercizio dell'attività bancaria consente.

Il capitale diventa, così, frutto di un processo evolutivo che non può tener conto delle condizioni del contesto economico e sociale.

Dunque, gli interventi sui requisiti patrimoniali mirano sempre allo stesso tipo di tutela mutando, nel tempo, gli strumenti attraverso i quali quegli obiettivi vengono raggiunti.

3. Un raffronto con le società di diritto comune.

Un approfondimento sulla funzione del capitale dell'impresa bancaria non può prescindere da un raffronto della disciplina dettata dal legislatore per le società di diritto comune.

Non è questa la sede per una disamina della complessa disciplina del capitale nelle società di diritto comune, tuttavia appare opportuno evidenziare la diversa prospettiva che il legislatore assume nel diritto societario dove sembra «celebrare l'ufficio funebre del capitale sociale», una sorta di declino del sistema fondato sul capitale sociale⁹: qui, nel tempo, si sono progressivamente succeduti interventi legislativi volti a sminuire la rilevanza del capitale, da un lato, riducendo l'ammontare minimo necessario, sino a renderlo puramente simbolico, dall'altro, allentando la rigidità della sua disciplina¹⁰: con la riforma del 2003 si semplifica la disciplina dei conferimenti in natura nella S.r.l.; con la direttiva n. 68/2006 si alleggerisce la disciplina del capitale introdotta dalla seconda direttiva; nel 2012-2013 si introducono le S.r.l. semplificate e a capitale ridotto che si possono costituire con un solo euro di capitale; si introduce l'articolo 186-*sexties* l.f. che prevede la sospensione dell'obbligo di riduzione del capitale per perdite a partire dal deposito della domanda per l'ammissione al concordato preventivo, della domanda per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione o della proposta di accordo; si assiste all'introduzione di deroga alla disciplina della riduzione del capitale per perdite nelle società *start up* innovative e PMI innovative nel 2012 e nel 2015; viene abbassato il minimo legale di capitale del-

⁹ Di recente v. M. CAMPOBASSO, *Il futuro delle società di capitali*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2019, p. 138.

¹⁰ G. B. PORTALE, *La parabola del capitale sociale nella s.r.l. (dall'«importanza cuasi-sacramentale» al ruolo di «ferro vecchio?»)*, in *Riv. soc.*, 2015, p. 815; ID., *Società a responsabilità limitata senza capitale sociale e imprenditore individuale con «capitale destinato» (capitale sociale quo vadis?)*, in *Riv. soc.* 2010, p. 1237; G. FERRI JR, *Prime considerazioni in tema di società a responsabilità limitata semplificata e di società a responsabilità limitata a capitale ridotto*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, II, p. 135 ss.; C. MONTAGNANI, *Prime (e ultime) osservazioni su s.r.l. ordinaria e semplificata quasi senza (ma con) capitale*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, I, p. 395 ss.; G. DELL'ATTI, *Brevi note sull'applicabilità in quanto compatibile della disciplina sulla riduzione del capitale nelle s.r.l. alla s.r.l. a capitale ridotto e alla s.r.l. semplificata*, in G. Giannelli e A. Dell'Atti (a cura di), *Il ruolo del capitale tra regole bancarie e disciplina societaria*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 97.

le Spa a 50.000 € nel 2014.

Queste riforme hanno, secondo una parte della dottrina, messo in crisi il ruolo del capitale, in ogni caso, hanno provocato «un arretramento della tutela, in termini di valore, del capitale sociale»¹¹.

Si tratta, evidentemente, di un'evoluzione che conferma la volontà del legislatore di superare le rigidità di alcuni aspetti di disciplina del capitale con una diversità di approccio rispetto a quanto accade nell'impresa bancaria¹².

La differente impostazione, nei confronti del capitale sociale, appare strettamente legata alla finanziarizzazione dell'economia che determina un allentamento dei vincoli della disciplina del capitale e un ampliamento dei canali di finanziamento alternativi alle banche, con conseguente previsione di una pluralità di strumenti di accesso delle imprese al credito non bancario.

Se non che, ad una più attenta analisi, emerge come il legislatore continui a ritenere essenziale l'organizzazione finanziaria dell'attività d'impresa solo che la stessa non passa necessariamente attraverso l'imposizione di rigide regole di formazione del capitale, ma anche attraverso la previsione di strumenti volti a garantire e monitorare la solvibilità di una attività d'impresa.

In particolare, l'indebolimento della disciplina del capitale importa un rafforzamento della esigenza di prevedere regole volte ad assicurare il corretto finanziamento dell'attività d'impresa: ciò in quanto più si allentano le norme sul capitale, più importante si rivela l'individuazione «di un equilibrato sistema di principi, limiti e rimedi, i quali impediscano (o, perlomeno, riducano il pericolo) che l'“attacco” al capitale ... si traduca anche, o si traduca innanzitutto, in attacco ai diritti dei creditori sociali»¹³.

In altri termini il legislatore, anche nelle società di diritto comune, non rinuncia a considerare l'importanza dell'organizzazione del capitale che si manifesta, nella fase iniziale, nella quantificazione della misura dell'investimento da immobilizzare, durante la vita della società, nella esigenza di individuare strumenti volti a consolidare e monitorare l'organizzazione finanziaria: di qui la necessità di approntare strumenti alternativi alla rigida applicazione dei vincoli sul capitale, sempre in ossequio al rispetto del principio di corretto finanziamento quale clausola generale dell'attività d'impresa.

Dunque, a fronte di una tendenza al ridimensionamento della funzione del capitale, emerge un'accentuazione del rafforzamento dei doveri di monitoraggio da parte degli amministratori della situazione economica della società: gli amministratori vengono chiamati ad operare una valutazione prospettica dell'evoluzione della situazione finanziaria della società, al fine di assicurare un corretto svolgimento dell'attività d'impresa con valutazione delle possibili al-

¹¹ A. PACIELLO, *La funzione normativa del capitale sociale*, in *Riv. dir. soc.*, 2010, p. 2 e ss.

¹² Per le critiche al ruolo del capitale v. L. ENRIQUES e J.R. MACEY, *Raccolta di capitale di rischio e tutela dei creditori*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 78. Per una risposta v. F. DENOZZA, *A che serve il capitale? (piccole glosse a L. Enriques – J. R. Macey, Creditor versus capitale formation: the case against the european legal capital rules)*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 585.

¹³ F. BRIOLINI, *Verso una nuova disciplina delle distribuzioni del netto?*, in *Riv. soc.*, 2016, p. 64.

ternative di finanziamento; ad evitare la prosecuzione di attività che non presentino una prospettiva di continuità aziendale e a conservare l'integrità patrimoniale anche nelle ipotesi di crisi dell'impresa¹⁴.

Il tema meriterebbe ben più ampie riflessioni, tuttavia ai fini dell'indagine, è sufficiente sottolineare come il legislatore, benché detti nelle società di diritto comune una disciplina del capitale meno rigida, non intende in alcun modo abdicare alla tutela degli interessi in gioco, tanto che avverte l'esigenza di accentuare l'obbligo di monitoraggio sulla situazione economica della società.

Possiamo, dunque, ritenere che, nonostante i dati normativi sembrino confermare uno svuotamento della disciplina del capitale nel diritto societario comune, in realtà queste scelte legislative presuppongono una visione della funzione produttiva, organizzativa, di garanzia del capitale, non statica, ma dinamica¹⁵, in cui diventa rilevante non solo l'indagine patrimoniale e contabile, ma anche una valutazione organizzativa, prospettica e di valutazione di mercato¹⁶: il patrimonio netto non è più utilizzato come limite alla capacità di indebitamento, ma come proiezione della capacità di indebitamento.

Da questa prospettiva sembra potersi ricavare una regola di corretto indebitamento della società che trova limiti applicativi con l'applicazione di un

¹⁴ Sul tema, v. M. MIOLA, *Riflessioni sui doveri degli amministratori in prossimità dell'insolvenza*, in *Studi in onore di Umberto Belviso*, Bari, 2011, p. 609; U. TOMBARI, *Crisi di impresa e doveri di «corretta gestione societaria e imprenditoriale» della società capogruppo. Prime considerazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 2011, p. 631; F. BRIZZI, *Responsabilità gestorie in prossimità dello stato di insolvenza e tutela dei creditori*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, p. 1027; L. STANGHELLINI, *La crisi d'impresa fra diritto ed economia. Le procedure d'insolvenza*, Bologna, 2007; C. ANGELICI, *Diligentia quam in suis e business judgement rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, p. 675.

¹⁵ C. ANGELICI, *La società per azioni. I Principi e problemi*, in *Trattato di diritto civile commerciale*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 466 ricorda che la prospettiva statica e quella dinamica non si escludono necessariamente: nei sistemi che adottano il *solvency test*, pur presupponendo un superamento del ruolo del capitale sociale, attribuiscono un significato ai dati patrimoniali e richiedono una *balance sheet test*; allo stesso tempo nei sistemi dell'Europa continentale dove il patrimonio netto assume a parametro decisivo per la distribuzione degli utili si prevede una verifica, quindi *insolvency test*, per i casi in cui pur rispettando quel parametro si verifica l'impossibilità per la società di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni e di conseguenza l'impossibilità di distribuire utili.

¹⁶ Ai sensi dell'art. 2501-*bis* c.c., la relazione dell'organo amministrativo deve indicare le ragioni che giustificano l'operazione, mentre la relazione degli esperti attesta la ragionevolezza delle indicazioni contenute nel progetto di fusione; secondo quanto disposto dall'art. 2381, c.c. 3° comma, il consiglio di amministrazione valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società; ai sensi dell'art. 2403 c.c. il collegio sindacale vigila sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento; ai sensi dell'art. 2409-*octiesdecies*, c.c. 5° comma, lett. b), il comitato per il controllo sulla gestione vigila sull'adeguatezza della struttura organizzativa della società, del sistema di controllo interno e del sistema amministrativo e contabile; ai sensi dell'art. 2501-*sexies* c.c., la relazione degli esperti deve contenere un parere sull'adeguatezza del metodo o dei metodi seguiti per la determinazione del rapporto di cambio; a proposito dei patrimoni destinati, la delibera costitutiva del patrimonio destinato deve, tra l'altro, indicare (art. 2447-*ter* c.c., lett. c) il piano economico-finanziario da cui risulti la congruità del patrimonio rispetto alla realizzazione dell'affare.

test di solvibilità e la previsione di doveri di condotta in capo agli amministratori i quali dovranno monitorare la situazione patrimoniale della società, assicurando un corretto svolgimento dell'attività di impresa; evitando la prosecuzione di un'attività d'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale; perseguendo la conservazione dell'integrità patrimoniale anche nell'ipotesi di crisi dell'impresa.

Una corretta organizzazione dei valori all'interno dell'impresa societaria costituisce, altresì, presupposto per un corretto finanziamento della stessa¹⁷.

Infatti, il tema del capitale sociale, nelle società di diritto comune, appare direttamente correlato al principio di corretto finanziamento dell'attività d'impresa: la tutela dei creditori viene assicurata da una organizzazione equilibrata di valori all'interno della società; ciò consente di allentare i vincoli patrimoniali, di utilizzare il parametro della prospettiva di continuità aziendale e di garantire il rispetto del principio di corretto finanziamento attraverso l'obbligo di monitoraggio e la corretta gestione imprenditoriale da parte della società.

Il principio di corretta gestione imprenditoriale vincola in tal modo gli amministratori a tutelare gli interessi, non solo dei soggetti coinvolti nei rapporti con l'impresa, ma di tutti coloro che potrebbero, in prospettiva, entrare in contatto con la stessa.

Quindi possiamo affermare che, di fronte ad un indebolimento della disciplina del capitale, si cerca di rafforzare tutte quelle regole che sono volte ad assicurare il corretto finanziamento dell'attività d'impresa, in particolare il legislatore si preoccupa di garantire che il principio di corretto finanziamento, che si pone come un principio sistematico, trovi adeguata tutela attraverso l'applicazione di una corretta gestione societaria e imprenditoriale da parte degli amministratori¹⁸: ogni volta che si verifica un arretramento del capitale sociale il legislatore avverte il bisogno di accentuare il dovere degli amministratori di monitoraggio della situazione economica della società, di incentivare il recupero dell'attività d'impresa, vincolando gli amministratori a prendere misure che considerino una pluralità di interessi, non solo dei soggetti coinvolti nei rapporti con l'impresa, ma anche di tutti coloro che lo saranno in una prospettiva, più

¹⁷ G. GIANNELLI, *Disciplina del capitale, organizzazione del patrimonio, «corretto» finanziamento della società e tutela dei creditori*, in *Società, Banche e crisi d'impresa*, Liber amicorum Pietro Abbadessa, vol. 1, 2014, p. 479. Sulla funzione organizzativa del capitale, v. B. LIBONATI, *Bilancio delle società*, in *Noviss. Dig. It.*, Appendice, I, Torino, 1980, p. 807; P. SPADA, *Dalla nozione al tipo della società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, I, p. 108; M. MIOLA, *Capitale sociale e conferimenti nella nuova società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 657; S. FORTUNATO, *Capitale e bilanci nella s.p.a.*, cit., p. 134; E. GINEVRA, *Conferimenti e formazione del capitale sociale nella costituzione delle s.r.l.*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 102.

¹⁸ A. MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, in Liber amicorum *Antonio Piras*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 829, evidenzia come, nel nostro ordinamento, non vi sia una norma che espressamente sancisca l'obbligo o il dovere, per chi gestisce l'impresa, di farlo secondo i criteri di correttezza imprenditoriale, ma c'è una norma, l'art. 2497 c.c., che postula questo precetto quando ne sanziona l'inosservanza. Da ciò l'Autore evince che l'ordinamento riconosce che «prima e al di fuori della fattispecie di gruppo, vi sono principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, che hanno portata generale».

generale, di continuità aziendale.

Per tali ragioni il capitale garantisce una pluralità di interessi in quanto serve a soddisfare gli interessi dei contraenti, l'interesse alla remunerazione degli azionisti e alla tutela dell'investimento fatto, nonché l'interesse sociale finalizzato al conseguimento dell'oggetto sociale.

Al tempo stesso il principio di corretto finanziamento diventa un principio sistematico che tende a tutelare una pluralità di posizioni soggettive, una pluralità di rapporti giuridici che coinvolgono non solo il perseguimento del fine sociale, non solo l'interesse di tutti i creditori, ma anche l'interesse di tutti gli *stakeholders* esterni che entrano o possono entrare in contatto con la società.

4. La funzione organizzativa del capitale.

Dalle considerazioni sin qui svolte risulta del tutto evidente che, in ambito bancario, il legislatore europeo e il regolatore mostrano un approccio diverso sul ruolo del capitale, in ragione della specialità dell'impresa bancaria.

Come si è avuto modo di argomentare, nell'impresa bancaria, si assiste ad un rafforzamento del ruolo del capitale sociale: rileva non solo il capitale sociale nominale, non solo il patrimonio netto, ma il patrimonio di Vigilanza (i cosiddetti fondi propri) con tutte le regole di Basilea, dei regolamenti comunitari e delle direttive.

Il rafforzamento dei requisiti patrimoniali viene accompagnato da una sempre più dettagliata individuazione delle tipologie di rischio.

Tale scelta deriva dalla consapevolezza che qui il capitale sociale non rileva tanto come garanzia della serietà dell'investimento programmato dai soci e indirettamente tutela dei creditori/clienti/risparmiatori: qui il capitale non svolge una funzione di finanziamento dell'attività di impresa, come nelle attività non bancarie, essendo la stessa alimentata dal capitale di debito e dalle altre passività, né tanto meno deve consentire un equilibrio patrimoniale che, attraverso un corretto indebitamento o l'esercizio dei doveri previsionali degli amministratori, consenta di compiere una valutazione prospettica sull'adeguatezza patrimoniale e sulla situazione finanziaria e sulle prospettive di redditività futura, né deve risolvere eventuali conflitti tra creditori e soci, come invece accade nella visione moderna del capitale sociale del diritto commerciale.

In ambito bancario, in ragione della specialità dell'attività, il capitale sociale, nella diversa accezione che abbiamo individuato, svolge un ruolo diverso: è lo strumento attraverso il quale la banca fronteggia i rischi. E, difatti, la formazione del RAF che definisce il livello di rischio che una banca intende perseguire in relazione agli obiettivi prescelti e al modello di business adottato rappresenta, insieme all'ICAAP e all'ILAAP, il processo organizzativo aziendale che concorre alla determinazione del capitale in funzione degli obiettivi di rischio.

Le crisi bancarie hanno portato una consapevolezza diversa sulla gestione del rischio, elemento immanente di ogni attività di impresa: il pericolo non è dato dal rischio, ma dall'incapacità dell'impresa di valutarlo, monitorarlo e gestirlo.

L'individuazione di una sempre più dettagliata lettura delle tipologie di rischi, da un verso, l'approccio *control risk*, dall'altro, fanno emergere la necessità di intervenire in via preventiva, affinché il patrimonio diventi non più e non solo garanzia della serietà dell'investimento programmato dai soci e indirettamente tutela dei creditori/clienti/risparmiatori. Si persegue, così, l'obiettivo di coprire ogni tipologia di rischio, nella prospettiva di *risk based*, al fine di consentire che l'interesse della banca sia perseguito con il minor rischio possibile, tutelando così gli interessi dei risparmiatori.

La determinazione del capitale interno complessivo diventa, allora, il frutto di un processo organizzativo che, insieme all'adozione di adeguati sistemi di governo e gestione del rischio di liquidità, costituisce parte integrante della gestione aziendale e contribuisce a determinare le strategie e l'operatività corrente delle banche.

Nell'ambito del processo di revisione e valutazione prudenziale, la Banca centrale europea e la Banca d'Italia dispongono di tutti i necessari poteri di intervento sull'attività delle banche. In particolare, possono chiedere detenzione di mezzi patrimoniali in misura superiore al livello regolamentare previsto per i rischi di credito, controparte, mercato e operativi, anche attraverso l'applicazione di un trattamento specifico con riferimento alle modalità di determinazione dei requisiti patrimoniali, nonché a copertura di rischi diversi.

Questa diversa impostazione porta allora l'interprete a due risultati:

1) il patrimonio fissato dalla Vigilanza assolve una funzione normativa, riassume, cioè, una determinata disciplina che mira a far fronte ai rischi della propria attività, quindi a valutarli, monitorarli e gestirli.

2) alla luce delle puntualizzazioni sin qui fatte, l'organizzazione finanziaria dell'impresa bancaria non si limita ad assicurare il rispetto di un principio di corretto finanziamento dell'attività di impresa, come nell'impresa non bancaria: si richiede qualcosa in più in quanto il patrimonio di Vigilanza mira a tutelare interessi più ampi.

L'intero sistema preordinato all'individuazione dei requisiti patrimoniali è espressione del requisito dell'organizzazione e diventa funzionale al perseguimento del principio di sana e prudente gestione: esso persegue la medesima finalità del regime di autorizzazione, dei poteri relativi alla funzione di vigilanza, del sistema dei controlli: monitorare, gestire e correggere i rischi, al fine di garantire una gestione sana e prudente che sia in grado di tutelare gli interessi previsti dall'art. 47 Cost.

Dal raffronto con la disciplina del capitale sociale nell'impresa non bancaria emerge senza dubbio un diverso approccio del legislatore che, come si è visto, in ogni caso non abdica alla necessità di garantire un corretto finanziamento dell'attività d'impresa.

Nelle società bancarie la previsione di rafforzati requisiti patrimoniali fissati dagli Accordi di Basilea, i parametri di *rating* e la determinazione delle attività ponderate per il rischio sono tutti espressione della volontà di ritenere il capitale, non solo garanzia della serietà dell'iniziativa e presidio dei molteplici rischi connessi all'attività bancaria, ma anche strumento per esercitare una cor-

retta gestione della banca che consenta di tutelare tutti quei diritti fondamentali che l'art. 47 Cost. riassume e che l'impresa bancaria deve realizzare.

Ed è questa la ragione per la quale il legislatore, nelle società bancarie, oltre a irrigidire la disciplina sul capitale, ritiene essenziale il principio della sana e prudente gestione, principio cardine di tutto il sistema del diritto della regolazione¹⁹ (cfr. art. 5 del tub ; art. 5 del tuf; art. 3 del codice delle assicurazioni) nell'esercizio del potere da parte della Vigilanza e nel giudizio sull'esercizio di quel potere nello svolgimento dell'attività da parte dell'intermediario, come criterio comportamentale dell'agere imprenditoriale, in funzione della tutela del risparmio.

«Il canone della sana e prudente gestione non si limita a conformare la vigilanza regolamentare, bensì diventa esso stesso criterio che pone regole di condotta e che può assumere valore determinante sul piano della crescita del diritto vivente»²⁰.

La sana e prudente gestione diventa, così, un criterio che non apre valutazioni arbitrarie o discrezionali, ma una formula riassuntiva della sussistenza dei requisiti che limita i confini di valutazione nell'esercizio del potere della Vigilanza stessa²¹.

In questa prospettiva la sana e prudente gestione diventa funzionale al conseguimento degli scopi che si prefigge l'art. 47, creando un collegamento tra sana e prudente gestione e tutela del risparmio²².

Se si segue questa impostazione l'applicazione della clausola della sana e prudente gestione determina i limiti alla libertà operativa dell'intermediario e diventa il criterio che conforma la vigilanza regolamentare.

¹⁹ A. ANTONUCCI, *Diritto delle banche*, Milano Giuffrè, 2012, p. 55 ricorda che nel Tub i redattori si sono entusiasmatis per l'espressione "sana e prudente gestione" del diritto comunitario e l'hanno utilizzata dappertutto, in quanto essa garantisce valori di cui nessuno può in astratto negare la fondatezza, nonostante la II direttiva comunitaria adotti il criterio della sana e prudente gestione solo in due norme; v. altresì EAD, *Commento all'art. 5*, in C. Costa (a cura di), *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, I, Torino, Giappichelli, 2013, p. 39. Sul principio di sana e prudente gestione, v. M. PORZIO, *La sana e prudente gestione*, in *Dir. banca e merc. fin.*, 2008, p. 387; C. LAMANDA, *Le finalità della vigilanza*, in P. Ferro-Luzzi, C. Castaldi (a cura di), *La nuova legge bancaria. Il t.u. delle leggi sull'intermediazione bancaria e creditizia e le disposizioni di attuazione*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 157 e ss.; S. AMOROSINO, *La vigilanza sulle banche nel t.u. ed il ruolo della Banca d'Italia*, in *Bancaria*, 1994; S. DE ANGELI, M. ORIANI, *La sana e prudente gestione delle banche*, in *Bancaria*, 1995, p. 70.

²⁰ F. SARTORI, *Disciplina dell'impresa e statuto contrattuale: il criterio della «sana e prudente gestione»*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2017, p. 131.

²¹ Per un approfondita analisi delle ragioni che portano a tale conclusione, v. L.R. PERFETTI, *Art. 107 – Autorizzazione*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, Cedam, 2018, p. 1592 e ss.

²² Anche la giurisprudenza ha fatto emergere più volte un collegamento tra sana e prudente gestione e tutela del risparmio: T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 9 aprile 2010, n. 6185, in *Foro amm.* TAR 2010, 4, p. 1313; T.A.R. Roma, sez. III, 10 marzo 2014, n. 2725 in *Foro amm.* 2014, p. 936 ribadisce che lo specifico potere della Banca di accertare la ricorrenza delle condizioni di sana e prudente gestione ai sensi dell'art. 56 del Tub e, più in generale, l'esigenza di presidiare la stabilità finanziaria complessiva del mercato ai sensi dell'art. 5 del Tub, sono «in un nesso di stretta derivazione con la finalità di tutela del risparmio avente dignità primaria nell'ambito dei valori costituzionali (art. 47 Cost.)»; Cons. Stato, sez. VI, 20 maggio 2019, n. 3228, Cons. Stato, sez. IV, 8 maggio 2015, n. 2328.

5. Ulteriori spunti di riflessione.

L'analisi sin qui compiuta sulla disciplina del capitale sociale nell'impresa bancaria sollecita alcuni spunti di riflessione utili alla individuazione delle finalità più profonde dell'organizzazione finanziaria nell'impresa bancaria.

Tre sono i punti oggetto di approfondimento: 1) il rapporto tra le pretese individuali, il patrimonio e gli interessi collettivi; 2) il grado di libertà con cui la società può disporre del proprio patrimonio e quindi il rapporto tra autonomia privata e autorità; 3) il ruolo del regolatore sui requisiti patrimoniali funzionale al godimento dei diritti.

1) Diventa di particolare interesse soffermarsi sul rapporto società - azionisti e società - terzi al fine di indagare le tutele di quei destinatari e conseguentemente le loro pretese.

È, infatti, del tutto evidente come l'azionista crei, nei confronti della società bancaria, un rapporto multiforme, più complesso e articolato di quello delle società di diritto comune e, in quanto tale, caratterizzato da una pluralità di pretese: l'azionista di una banca non è soltanto colui che ha effettuato un investimento azionario e che è titolare della pretesa al rimborso o alla remunerazione, ma molto spesso diventa, contemporaneamente, titolare di tutte quelle pretese che spettano ai clienti della banca e che il legislatore e il regolatore qualificano come risparmiatori.

Tale rapporto multiforme incide su alcune delle sue prerogative patrimoniali e amministrative che, in alcuni casi, vengono comprese o limitate e che portano a domandarsi se vi sia un contratto tra pretese, individuali, dell'azionista e pretese, collettive, dei terzi risparmiatori.

Si è, in proposito, sostenuto che i soci, nelle società bancarie, vedono significativamente ridimensionate le proprie prerogative amministrative e patrimoniali, individuali e collettive che risultano indirettamente comprese in conseguenza del riconoscimento, all'Autorità di Vigilanza, di competenze e poteri incisivi²³: per tali ragioni, si ritiene che la disciplina della società bancaria compri, insieme alle prerogative dei soci, lo stesso significato di strumento di investimento che invece caratterizza la società non bancaria.

Tale lettura, che finisce per porre in una posizione di contrapposizione i diritti dei soci di società bancaria rispetto a quelli dei soci di società ordinaria, può essere rivisitata se si assume una prospettiva diversa che è possibile cogliere alla luce delle considerazioni sin qui fatte.

Infatti, come si è avuto modo di argomentare, la previsione di una disciplina rigorosa sui requisiti di capitale ha come finalità quella di assicurare una gestione sana e prudente dell'attività d'impresa, obiettivo necessario per la protezione del risparmio.

Tale ricostruzione consente di superare la contrapposizione tra pretese degli azionisti e pretese dei risparmiatori in quanto la tutela del risparmio, che

²³ G. FERRI JR, *La posizione dei soci di società bancaria*, in *Società bancarie e società di diritto comune. Elasticità e permeabilità dei modelli. Incontro di studio del 23 giugno 2016*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2016, p. 806.

PA PERSONA E AMMINISTRAZIONE

Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia

mira a tutelare le pretese di tutti quei soggetti (compresi gli azionisti) che vedrebbero lesi i propri diritti costituzionali, non si pone in contrasto con le pretese classiche degli azionisti i quali ricevono indirettamente la loro tutela.

La presenza di più ampie pretese giustifica, piuttosto, la previsione di una disciplina diversa e più incisiva sulle regole del capitale in ambito bancario e ciascuna pretese individuale contiene, strutturalmente, un segmento di interesse pubblico.

In questa prospettiva le pretese assumono una valenza organizzativa della società, nel senso che ne determinano gli equilibri patrimoniali e influenzano le regole di gestione.

Nelle società di diritto comune, come si è visto, sussiste un principio di corretto finanziamento, nell'impresa bancaria c'è un incrocio di pretese, di prestazioni, di attività che connotano il servizio pubblico: per tali ragioni la funzione del capitale è garantita, oltre che da un principio di corretto finanziamento, anche dalle regole di Banca d'Italia e dal principio di sana e prudente gestione, a tutela dell'interesse pubblico.

2) La funzione organizzativa del capitale nell'impresa bancaria porta, altresì, ad una riflessione sul grado di libertà di cui la società può disporre del suo patrimonio.

La fissazione dei requisiti patrimoniali, imposta dalle Autorità di Vigilanza, finisce per ridurre fortemente gli spazi di autonomia delle società bancarie, prevedendo regole più rigide inderogabili, attraverso una compressione degli atti di disposizione del patrimonio che incidono altresì sulla libertà gestionale degli amministratori, limitando quei poteri decisionali che, nel diritto comune, sono propri degli amministratori o dei soci.

L'incidenza della Vigilanza sull'autodeterminazione negoziale degli attori del mercato rappresenta una costante di tutta la disciplina del diritto bancario che ripropone il rapporto autonomia privata/intervento pubblicistico, diventando un problema sociale e politico prima ancora che giuridico²⁴.

²⁴ V. ROPPO, *Contratti e atti giuridici*, in http://www.treccani.it/enciclopedia/contratti-e-atti-giuridici_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29/, ricorda come il principio dell'autonomia privata costituisca un portato della moderna società borghese e liberale, modellata dal capitalismo, così come le teorie del negozio giuridico e del contratto, nate per strumentare quel principio. Le corrispondenti regole e costruzioni giuridiche riflettono gli stessi valori fondamentali che informavano quella società e le filosofie create per legittimarla: il valore dell'individuo; il valore della volontà; il valore della libertà da ingerenze pubbliche. L. BUTTARO, *Corso di diritto commerciale I, Premesse storiche. Disciplina dell'impresa*, Bari, Laterza, 2005, pp. 68 e 69, il quale evidenzia che, nel diritto commerciale, il crescente intervento pubblicistico non è più un fatto sporadico ed eccezionale, ma un dato costante della nuova disciplina che non rientra nell'ambito del solo diritto privato: il fatto nuovo è costituito dall'incontro e dalla compenetrazione fra diritto pubblico e diritto privato; ritiene, tuttavia, che non si deve sostenere una sorta di pubblicizzazione o amministrativizzazione della materia in quanto il diritto commerciale resta il diritto dell'impresa e dell'imprenditore: per tali ragioni si deve continuare a parlare di autonomia e specialità del diritto commerciale nel senso in cui la si intendeva ancora vigente il codice di commercio del 1882. Più di recente sui rapporti fra "diritto comune" e "diritti speciali", per l'intervento dei pubblici poteri sulle dinamiche del processo economico, cfr. G. DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, cit. Per un'evoluzione sul dibattito sul diritto

Di fronte alla crisi dell'autonomia privata dei soggetti coinvolti l'Autorità di Vigilanza interviene con lo strumento della regolazione che porta come conseguenza la perdita della libertà delle parti, dell'autonomia negoziale e organizzativa al fine di riequilibrare la tutela dei diversi interessi²⁵.

Certamente non si può negare che nel rapporto tra libertà e autorità l'autonomia privata venga regolata e limitata dall'Autorità di Vigilanza attraverso lo strumento della regolazione²⁶, tuttavia, assumendo la prospettiva indicata, la dialettica tra autorità e autonomia privata viene ricostruita non secondo un approccio di contrapposizione tra interessi, tra restrizioni all'autonomia privata e intervento dell'autorità pubblica, in quanto tutti gli interventi vanno nel senso della protezione dei diritti che l'art. 47 contiene.

La regolazione diventa criterio ordinatore della autorità e della libertà²⁷.

3) Infine, l'analisi sin qui compiuta ha evidenziato la presenza, sempre più imponente, dell'Autorità di Vigilanza sui requisiti patrimoniali.

Lo stesso articolo 53 del Tub affida alla Banca d'Italia il potere di emanare disposizioni di carattere generale aventi ad oggetto l'adeguatezza patrimoniale²⁸.

L'intensificarsi del ruolo della Vigilanza che, come si è visto, porta ad una limitazione incisiva dell'autonomia dell'intermediario, appare giustificato da una centralità crescente che, nel tempo, ha assunto la protezione del risparmiatore.

Come si è cercato già di dimostrare, una volta ricostruito il sistema bancario ponendo al centro la protezione del risparmiatore e abbandonando l'interpretazione tradizionale che vedeva la banca come servizio pubblico, l'obiettivo della Vigilanza nella regolamentazione e nel controllo del rispetto dei requisiti patrimoniali trova un significato adeguato nell'art. 47 Cost²⁹.

dell'economia, v. A. TUCCI, *Il diritto dell'economia nella prospettiva storico-istituzionale*, in *Amministrazione in cammino*, 2016, p. 1.

²⁵ M. SEMERARO, *Provvedimenti delle autorità indipendenti e patologie contrattuali (premesse ricostruttive)*, in *Concorrenza e mercato*, 2012, p. 666, sostiene che la regolazione interviene sulle strutture del mercato e il suo rapporto con l'autonomia negoziale si presenta in termini di strumentalità.

²⁶ Le nuove frontiere della regolamentazione del sistema economico portano a un «nuovo governo dell'economia»: così V. RICCIUTO, *Nuove prospettive del diritto privato dell'economia*, in E. Picozza, V. Ricciuto (a cura di), *Diritto dell'economia*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 255. Parla di nuovo «diritto privato regolatorio» A. FRIGNANI, *Diritto della concorrenza. L'insufficienza dei modelli sanzionatori classici e obiettivi dei nuovi modelli*, *Public and Private Enforcement*, in *Dir. comm. int.*, 2008, p. 111 e ss.

²⁷ Sia consentito il riferimento a R. CALDERAZZI, *La decisione e le scelte economiche oltre i concetti tradizionali di potere e autonomia privata*, in questa *Rivista*, 2017, p. 331.

²⁸ C. BRESCIA MORRA, *Le forme della vigilanza*, in *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. CAPRIGLIONE, Padova, Cedam, 2018, p. 209; sull'art. 53 Tub, v. anche G. GIORDANO, *(sub) art 53*, in *Commentario breve al Testo unico bancario Costi – Vella*, 2019, Padova, Cedam, p. 252.

²⁹ Per una lettura dell'art. 47 come una formula riassuntiva che contiene la garanzia delle diverse funzioni cui la tutela del risparmio è preordinata v. L.R. PERFETTI, *Art. 107 – Autorizzazione*, in *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., p. 1595, nonché A. CLINI, *Sovranità della persona nelle determinanti di tutela del risparmio*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2017, p. 349.

PA PERSONA E AMMINISTRAZIONE

Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia

Anche se lo spostamento decisorio viene collocato al di fuori dello Stato in quanto «*l'atto governativo viene soppiantato da quello di autorità indipendente*»³⁰, verso dimensioni sovranazionali per consentire una uniformità di applicazione tra i diversi Stati³¹, non si perde la centralità statale³² ma si crea solo uno spostamento della programmazione economica della regolazione che però conserva la finalità di proteggere i diritti.

In questa prospettiva l'intervento dell'Autorità di Vigilanza persegue lo scopo di massimizzare l'interesse pubblico, inteso come tutela del risparmio.

Nel momento in cui si ritiene che il potere dell'Autorità di Vigilanza è funzionale al godimento dei diritti individuali e che i diritti fondamentali resistono all'ordinamento, allora l'intervento dell'Autorità diventa funzionale al godimento di quei diritti e il suo potere si legittima se e nella misura in cui massimizza il godimento dei diritti della persona e bilancia la componente comprimibile di quei diritti.

³⁰ L.R. PERFETTI, *Autorità dello Stato, autorità del mercato, autorità dei diritti delle persone. Osservazioni sull'evoluzione del dibattito culturale dei pubblicisti a partire dalle premesse costituzionali alla programmazione economica di Francesco Gabriele*, in *Studi in onore di Francesco Gabriele*, t. II, Bari, 2016, p. 778.

³¹ F. CAPRIGLIONE, *Non luoghi. sovranità, sovranismi. Alcune considerazioni*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2018, p. 424, ricorda come la tendenza internazionale eurocentrica abbia modificato il concetto di sovranità rispetto alla visione correlata all'applicazione degli «*ordini nozionali della pandettistica agli ordinamenti successivi all'ancien regime*» e diventa il presupposto di un nuovo contesto pluralistico nel quale si ravvisa una sorta di «*decentramento poliarchico della sovranità classica*» (si esprime in tal senso, A. CARRINO, *Oltre l'Occidente. Critica della Costituzione europea*, Bari, Dedalo, 2005, p. 174).

³² Cfr. sull'argomento, L.R. PERFETTI, *Sull'ordine giuridico della società e la sovranità*, in *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, Padova, Cedam, 2016, p. 1153.

ANDREA MALTONI
Professore ordinario di Diritto Amministrativo
presso il Dipartimento di Economia e Management dell'Università di Ferrara
mltndr@unife.it

**CONDIZIONI CHE CONSENTONO DI 'EQUIPARARE'
UN'ORGANIZZAZIONE PRIVATA AD UNA
ORGANIZZAZIONE PUBBLICA NELL'ESERCIZIO DI
FUNZIONI AMMINISTRATIVE E CONDIZIONI ETERO-
IMPOSTE DA CUI CONSEGUONO EFFETTI
CONFORMATIVI DELL'ORGANIZZAZIONE DI ENTI
PRIVATI PER LA SALVAGUARDIA DI INTERESSI PUBBLICI
'ESSENZIALI'.**

**CONDITIONS ENABLING A PRIVATE ORGANIZATION TO BE
EQUATED WITH A PUBLIC ONE IN THE EXERCISE OF
ADMINISTRATIVE POWERS AND EXTERNALLY-ENFORCED
CONDITIONS THAT AFFECT THE ORGANIZATION OF PRIVATE
ENTITIES SAFEGUARDING ESSENTIAL PUBLIC INTERESTS.**

SINTESI

A partire dalla stagione delle privatizzazioni degli anni '90 in Italia, si è andata affermando una tendenza, che può essere denominata come "fuga" dalla organizzazione pubblica. A fronte di detta tendenza se n'è affermata un'altra, vale a dire quella alla graduale estensione della nozione di "soggetto pubblico" – alla quale possono ricondursi diversi enti privati – estensione che inizialmente si è avuta soprattutto in ragione del recepimento delle direttive eu-roepee in materia di appalti pubblici, che avevano introdotto la definizione di organismo di diritto pubblico. La menzionata estensione ha poi portato la giurisprudenza ad ampliare la nozione di atto amministrativo e, conseguentemente, ad estendere il sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo. Successivamente, dette nozioni sono state ridefinte da interventi del legislatore. Da quel momento, nel nostro ordinamento giuridico, si è affermato un concetto allargato di autorità pubblica, le cui coordinate normative generali sono individuabili nell'art. 1, comma 1-ter, l. n. 241/1990 e nell'art. 7, comma 2 c.p.a. Pertanto, la nozione allargata di autorità pubblica non coincide con quella di pubblica amministrazione, in ragione del fatto che non può stabilirsi una necessaria corrispondenza tra la titolarità e/o l'esercizio di funzioni amministrative e l'esistenza di un'organizzazione pubblica. Una società di diritto privato, una fondazione costituita da una p.a. o società a partecipazione pubblica non sono infatti annoverabili tra le organizzazioni pubbliche, con la conseguenza che ad esse non risulta applicabile lo statuto giuridico proprio delle organizzazioni pubbliche. Il fatto che non trovi applicazione detto regime a tali organizzazioni, laddove alle stesse sia conferito l'esercizio di attività amministrative, deve considerarsi un indice della perdita di centralità delle organizzazioni pubbliche. Il tema della so-

stituzione di un'organizzazione pubblica con un'organizzazione privata nell'esercizio di poteri amministrativi discrezionali, da un lato pone la questione di quali siano le condizioni che rendono la prima equiparabile alla seconda, dall'altro ci induce a riflettere sulle condizioni che rendono non necessaria la creazione di un apparato amministrativo per l'esercizio di funzioni amministrative. In mancanza di limiti espliciti o impliciti alla possibilità di conferire a soggetti privati l'esercizio di poteri amministrativi anche discrezionali, le garanzie essenziali dei cittadini, che risultano connesse esclusivamente al regime giuridico del potere conferito, impediscono che si determini un affievolimento delle stesse. L'obbligo di mantenere inalterato il livello delle garanzie dei cittadini risulta in particolare desumibile dall'art. 1, comma 1-ter l. n. 241/90 e dall'art. 7, comma 2, c.p.a. Nei casi in cui ad un'organizzazione privata siano stati conferiti poteri amministrativi discrezionali – sulla base di un atto di conferimento – la stessa deve conformarsi alle direttive impartite dagli organi politici, al fine di assicurare, non soltanto nel momento iniziale (id est quando la funzione viene conferita) ma anche successivamente, la necessaria legittimazione democratica nell'esercizio di tali poteri da parte di tale organizzazione. Detta conformità individua dunque un'ulteriore condizione, che risulta essenziale al fine di assicurare un'effettiva equiparazione giuridica tra un apparato amministrativo e un'organizzazione privata nell'esercizio di poteri amministrativi discrezionali. Un fenomeno diverso da quello del conferimento a organizzazioni private di funzioni amministrative è costituito dalla parziale conformazione – eteroimposta – della struttura di organizzazioni private a fini di interesse generale. In base al d.l. n. 21/2012, conv. con mod. dalla l. n. 56/2012, il Governo, là dove ravvisi una situazione di minaccia di grave pregiudizio per gli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale, può esercitare golden power, imponendo specifiche condizioni e prescrizioni (si v. l'art. 1, comma 1, lett. a). In un importante caso di esercizio di golden power, il Governo ha imposto a TIM Spa e alle società dalla stessa controllate, di modificare in parte la sua governance e di creare una struttura organizzativa interna per la sicurezza, dotata di particolare autonomia, che deve svolgere, in modo indipendente, determinate attività a regime privatistico. Ciò ha condotto alla realizzazione di un'inedita collaborazione tra lo Stato e gli enti socio-tari privati, destinatari delle particolari prescrizioni e condizioni – operanti in certi settori considerati dalla legge di rilevanza strategica – nella cura di fondamentali interessi pubblici.

ABSTRACT

In the 1990s, when the Italian era of privatisations began, a trend, which could be named as an “escape” from the public organisation, was established. In the face of this trend another one has been established, namely the one to the gradual extension of the “public body” concept – to which could be re-conducted different private bodies – an extension that was initially established above all due to the transposition of European directives on public procurement, which had introduced the definition of body governed by public law. The extension referred to has led to case-law broadening the concept of administrative act and, consequently, to extend the scrutiny of the administrative judge. Later, those notions were re-defined by interventions of legislator. Since that time, in our legal system, an extended concept of public authority has been established, whose general legal coordinates can be identified in article 1, par. 1-ter of the law no. 241/1990 and article 7, par. 2 of the code of administrative process. Consequently, the extended concept of public authority

does not coincide with the one of public administration, on the grounds that it cannot establish a necessary correspondence between the ownership and/or the exercise of administrative functions and the existence of a public organization. A private-law company, a foundation that has been established by a public administration or companies with publicly-owned shareholdings must not be counted among the public organisations, with the consequence that the legal status, which is exactly the one of public organisations, is not applicable to them.

The fact that the mentioned legal regime is not applicable to those organisations, wherever it has awarded them the exercise of administrative functions, has to be considered as a sign of loss of central role of the public organisations. The topic of the replacement of a public organisation with a private organisation in the exercise of administrative discretionary powers, on one hand raises the question of what the conditions are that make the first one equated to the latter, on the other hand draws our attention to the conditions that make the establishment of an administrative apparatus for the exercise of administrative functions unnecessary. In the absence of explicit and implicit limits to the possibility of awarding private parties administrative and discretionary powers, the essential safeguards of the citizens, which are exclusively related to the legal regime of the awarded power, prevent them from being weakened. The obligation to maintain the same level of the citizens safeguards may in particular be inferred by article 1, par. 1-ter of law no. 241/90 and article 7, par. 2 of the code of administrative process. In cases in which administrative discretionary powers have been awarded to a private organisation - on the basis of an act of awarding - the same organisation must comply with directives issued by political bodies in order to ensure the required democratic legitimacy in the exercise of those powers by that organisation, not only initially (*id est*: when the function has to be awarded), but also at a later time. Such compliance identifies a further condition, that is essential to the scope of ensuring an effective juridical equivalence between an administrative apparatus and a private organisation in the exercise of administrative discretionary powers. A phenomenon other than the one of the awarding of administrative functions to private organisations, is represented by the partial conformation - external-enforced - of the organisational framework of private organisations for purposes of general interest. According to law decree no. 21/2012, converted into law no. 56/2012, the Government, wherever a threat of serious injury to the essential interests of the defence and national security is detected, may exercise golden powers, by imposing specific provisions or conditions (see article 1, par. 1, lett. a). In an important case where golden powers were exercised, the Government enforced the company TIM and the companies controlled by the latter, to modify its governance and set up an internal organisational structure for the safety, with special autonomy, which must carry out some activities under private law regime, independently. This has led to the implementation of an unprecedented collaboration between the State and private-law companies, targeted of specific provisions or conditions - operating in certain sectors considered strategically important by law - for the fulfilment of essential public interests.

PAROLE CHIAVE: privati, conferimento di poteri amministrativi discrezionali, autorità pubblica, equiparazione, golden power.

KEYWORDS: private entities, the award of administrative discretionary powers, public authority, legal equivalence, golden powers.

INDICE 1. Dalla rottura dell'unità amministrativa statale all'estensione della nozione di "soggetto pubblico". - 2. Il concetto allargato di autorità pubblica è riferibile anche a soggetti che non sono organizzazioni amministrative. - 3. Il regime amministrativo delle attività esercitate da soggetti privati qualificabili come autorità amministrative. - 4. Attività organizzativa di indirizzo ed azione amministrativa. - 5. Il conferimento ai privati di poteri discrezionali amministrativi e la loro sottoposizione all'indirizzo politico degli enti territoriali. - 6. Prescrizioni e condizioni imposte nell'esercizio di *golden power* che comportano effetti conformativi dell'organizzazione di enti societari privati.

1. Dalla rottura dell'unità amministrativa statale all'estensione della nozione di "soggetto pubblico".

Come è stato osservato dagli storici del diritto, tra la prima e la seconda guerra mondiale si assistette, in alcuni paesi europei, ad una frantumazione dell'amministrazione pubblica, che portò alla creazione di diverse strutture organizzative. L'amministrazione, dal punto di vista organizzativo, assunse una fisionomia proteiforme, nel senso che all'amministrazione autoritativa si affiancò l'amministrazione preposta all'erogazione di servizi ai cittadini, nonché quella imprenditoriale¹. Pertanto, «*la perdita di unità amministrativa e il diffondersi di morfologie organizzative*» costituì la diretta conseguenza della proliferazione degli statuti differenziati delle attività. Detta frantumazione portò inoltre al forte incremento degli interessi pubblici perseguiti e degli enti portatori dei medesimi².

Più precisamente, come è stato posto in rilievo in dottrina, in Italia già durante il periodo giolittiano si ebbe un'espansione della sfera pubblica, nella forma dell'amministrazione diretta, in quella degli enti pubblici e in quella delle aziende autonome; espansione che proseguì durante tutto il periodo fascista, in concomitanza con l'ampliamento degli interessi pubblici, e nel dopo guerra³ fin quasi alla stagione delle privatizzazioni.

Se dunque la frantumazione dell'unità amministrativa è da porre in relazione essenzialmente al fatto che lo Stato, per rispondere a determinati bisogni dei cittadini, ha ritenuto necessario assumere nuovi compiti pubblici, dando avvio ad un processo di entificazione, nonché di pubblicizzazione di alcuni enti privati (basti pensare al caso delle opere pie, a quello delle Casse di risparmio, a quello delle federazioni sportive), a partire dagli anni '70 del secolo scorso la sfera pubblica ha continuato ad espandersi più che altro nella variante organizzativa costituita dall'amministrazione diretta dello Stato e degli altri enti territoriali⁴.

Non sembra peraltro necessario soffermarsi su vicende normative ben note quali quelle che hanno contrassegnato la stagione delle privatizzazioni sia

¹ Sul punto si v. L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Laterza, Roma, 2001, p. 477.

² Cfr. L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., pp. 482-483

³ Su detti aspetti, con riferimento ai periodi storici indicati, in cui si è avuta una espansione della sfera pubblica, si v. G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, Bologna, Il Mulino, 1991, spec. p. 45.

⁴ Si v. ancora G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, cit., p. 58.

di enti pubblici economici che di enti pubblici non economici⁵.

Si può però osservare che, quasi per compensare detta “fuga” dall’organizzazione pubblica⁶, si è assistito ad un processo di graduale estensione della nozione di “soggetto pubblico” o di amministrazione in senso sostanziale – nel cui novero sono ormai compresi anche diversi enti di diritto privato – estensione che inizialmente si è avuta soprattutto in ragione del recepimento delle direttive europee in materia di appalti pubblici, che, com’è noto, hanno introdotto la definizione di organismo di diritto pubblico. Quest’ultima ha poi portato ad un ampliamento della nozione di atto amministrativo ad opera della giurisprudenza, a cui è corrisposta una simmetrica estensione del sindacato giurisdizionale del g.a.; successivamente, i contorni di dette nozioni sono stati precisati dal diritto positivo⁷.

Da ultimo, si può osservare come, nel nostro ordinamento giuridico, si sia affermato un concetto allargato di autorità pubblica/amministrativa⁸, le cui coordinate normative generali sono desumibili dall’art. 1, comma 1-ter, l. 7 agosto 1990⁹ e dall’art. 7, comma 2 c.p.a.¹⁰.

⁵ Per tutti i necessari riferimenti all’ampia letteratura che si è occupata del tema, sia consentito rinviare ad A. MALTONI, G. MATTIOLI, *Privatizzazioni*, in *Codice delle società a partecipazione pubblica*, a cura di G. Morbidelli, Giuffrè, Milano, 2018, pp. 568 ss.

⁶ Come sottolinea F. G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, VI, Milano, Giuffrè, 2002, p. 110, nota 169, detta fuga è anche da porre in relazione al fatto che le organizzazioni private sono in grado di assicurare una migliore efficienza e una maggiore efficacia nei modi di produzione rispetto alle organizzazioni pubbliche.

⁷ Per una ricostruzione di detti profili si può rinviare a quanto illustrato in A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005, spec. pp. 47 ss. Per una impostazione diametralmente opposta, che, tuttavia, a nostro avviso, non sembra tener conto che è sempre la legge ad investire direttamente o ad individuare gli atti (i.e. autorizzandone l’adozione) con cui effettuare il conferimento a privati dell’esercizio di una funzione amministrativa, a prescindere dal fatto che possano instaurarsi rapporti contrattuali privatistici tra diversi soggetti – come nel caso in cui un’impresa si rivolga ad una SOA ai fini dell’ottenimento dell’attestazione di qualificazione – si v. S. TORRICELLI, *I contratti tra privati con funzioni di amministrazione pubblica*, in *Amministrazione pubblica dei contratti*, a cura di D. Sorace, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, spec. pp. 282 ss. Parimenti ci sembra difficile negare che, alla luce nell’art. 1, comma 1-ter, l. n. 241/90 e dell’art. 7, comma 2 c.p.a., gli atti adottati dai privati esercenti funzioni amministrative siano a regime amministrativo ed in quanto tali siano sindacabili dal g.a.

⁸ Invero, anche in passato non si era mancato di rilevare come dovesse accogliersi un concetto ampio di autorità amministrativa, ovvero non coincidente con quello di pubblica amministrazione intesa come apparato pubblico, tenuto conto che determinati soggetti privati risultavano investiti dell’esercizio di attività pubbliche, estrinsecantesi nell’adozione di atti amministrativi, si v. al riguardo: A.M. SANDULLI, *I limiti di esistenza dell’atto amministrativo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, I, 125 s., spec. p. 142.

⁹ A norma dell’art. 1, comma 1-ter, l. n. 241/1990, «I soggetti privati preposti all’esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei principi di cui al comma 1, con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni di cui alla presente legge».

¹⁰ A norma dell’art.7, comma 2 c.p.a. «Per pubbliche amministrazioni, ai fini del presente codice, si intendono anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo».

2. Il concetto allargato di autorità pubblica è riferibile anche a soggetti che non sono organizzazioni amministrative.

A detto concetto allargato di autorità pubblica, sia pure implicitamente, si è riferita, di recente, anche l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 9/2019¹¹, la quale ha sottolineato come il GSE rientri nel novero dei soggetti privati esercenti funzioni pubbliche, segnatamente funzioni di natura pubblicistica nel settore elettrico – ovvero attività di carattere regolamentare, di verifica e certificazione relativa al settore dell'energia elettrica – ed adotti provvedimenti amministrativi nei casi previsti dalla legge.

D'altra parte, da tempo si è evidenziato come nei casi di esercizio di pubbliche funzioni, ivi compresi quelli che in dottrina sono stati ascritti alla sottocategoria dei *munera* pubblici, allo svolgimento di attività di cura di interessi pubblici siano preposte figure soggettive, che - come è stato sottolineato - «non sono organicamente inserit[e] nell'apparato organizzativo dello Stato»¹².

Quest'ultima osservazione non può che indurre, mi pare, a constatare come detta nozione allargata di autorità pubblica non coincida con quella di pubblica amministrazione o di ente pubblico, proprio perché non appare predicabile alcuna necessaria correlazione tra la titolarità e/o l'esercizio della funzione amministrativa e la sussistenza di un'organizzazione pubblica. Si potrà infatti sostenere che alcuni soggetti privati sono tali solo formalmente (tesi invero che per alcuni profili appare discutibile), ma occorrerà riconoscere che, in ogni caso, una società di diritto privato, una fondazione costituita o partecipata da una p.a. non sono annoverabili tra le organizzazioni amministrative – diversa è evidentemente la situazione che si ha allorquando la titolarità di un ufficio pubblico sia attribuita ad un ente di diritto privato¹³ – con la conseguenza che ad esse non trova applicazione lo statuto costituzionale¹⁴ e il regime proprio delle organizzazioni pubbliche¹⁵.

¹¹ Per un approfondito e ampio commento di tale pronunzia, si v. A. COLAVECCHIO, *Provvedimento amministrativo e atti di accertamento tecnico*, in *G.d.A.*, n. 1/2020, p. 90 ss.

¹² Si v. sul punto S. VALENTINI, *Precisazioni sul munus publicum*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988, III, pp. 969 ss., spec. p. 975, che, con riguardo a dette nozioni, richiama anche gli scritti di Zanobini, Miele e Giannini.

¹³ Su cui si v. *ex multis*: M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1988, spec. 267 s.; B. CAVALLO, *Teoria e prassi della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2005, 174 s.; A. BARTOLINI, *Organo e ufficio*, in *I fondamenti dell'organizzazione amministrativa*, G. Morbidelli (a cura di), Roma, Dike Giuridica Editrice, 2010, spec. pp. 53 ss.

¹⁴ Per un riferimento a detto profilo si v.: I. PIAZZA, *L'organizzazione dei soggetti privati incaricati di pubbliche funzioni e i riflessi sul regime degli atti*, in *P.A.*, n. 1/2019, spec. p. 174.

¹⁵ Per tali ragioni non sembra condivisibile quell'impostazione che qualifica come organizzazioni pubbliche, in forma privatistica, associazioni, fondazioni e società di diritto privato, allorquando le stesse siano «deputate all'esercizio di compiti di amministrazione pubblica», si v. sul punto: V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2011, spec. pp. 39 ss. Per quanto la locuzione organizzazione amministrativa abbia un carattere polisemico (su cui si v.: G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2013, spec. pp. 1 ss.), dal punto di vista giuridico, ci pare, che assuma rilievo il fatto che la stessa si presenta come una «struttura differenziata nel seno della comunità giuridica e sociale», o meglio essa si può definire

Il fatto dunque che vi siano organizzazioni alle quali non trova applicazione detto statuto, là dove le stesse siano chiamate ad esercitare attività amministrative, costituisce un primo indice della perdita di centralità del ruolo della organizzazione amministrativa, quanto meno per come è stata tradizionalmente intesa.

Va peraltro osservato come nella manualistica corrente di diritto amministrativo si riscontri ancora la sottolineatura di una forte compenetrazione tra funzione e organizzazione¹⁶.

A ben vedere, la necessaria presenza, ai fini dell'esercizio di funzioni amministrative, di un apparato amministrativo non può che essere ridimensionata, dal momento che, come si è indicato, nel nostro ordinamento occorre fare riferimento ad una nozione allargata di autorità pubblica/amministrativa, ossia comprensiva anche di enti di diritto privato titolari *ex lege* o concessionari o delegatari di funzioni amministrative.

La perdita di centralità dell'organizzazione amministrativa non può che risultare correlata innanzitutto al fatto che deve comunque essere assicurata la conformità al principio di legalità. In altri termini, la sussistenza di un'organizzazione pubblica non appare più essenziale ai fini dell'esercizio di funzioni amministrative, quanto meno là dove non siano individuabili limiti al conferimento ad un ente privato di funzioni amministrative, che sia disposto direttamente *ex lege* ovvero sulla base di atti amministrativi previamente autorizzati dalla legge che ne individui i presupposti. È evidente che nelle ipotesi considerate, risultando i privati investiti dell'esercizio di attività provvedimentali, occorre garantire il rispetto del principio di legalità inteso in senso sostanziale. Da ciò consegue che «*le finalità, le procedure da seguire, l'oggetto, la forma, gli effetti del provvedimento*»¹⁷ debbano essere determinati dalla legge, senza che possa rilevare il fatto che sia un soggetto privato, invece di un'amministrazione, ad essere investito nell'esercizio di una potestà amministrativa.

come «*il complesso degli uffici, quali strumenti predisposti dall'ordinamento per la cura degli interessi generali di una comunità*» (si v. M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966, spec. pp. 109 e 116 ss.). In detta prospettiva, non sembra allora che possa trascurarsi il fatto che, come si è chiarito nel testo, soltanto alle organizzazioni pubbliche trovano applicazioni determinate disposizioni costituzionali, nonché disposizioni di legge che vi danno attuazione, che delineano lo specifico regime delle stesse sul piano organizzativo. In altri termini, la qualificazione come amministrativa di una organizzazione comporta la sottoposizione ad uno specifico regime, che non è riferibile ad organizzazioni private, che tali rimangono quantunque siano poste sotto l'influenza dominante oppure costituiscano il prolungamento organizzativo di amministrazioni pubbliche.

¹⁶ Si v. ad esempio: M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2019, p. 106, il quale osserva che «*per funzioni amministrative si intendono i compiti che la legge individua come propri di un determinato apparato amministrativo in coerenza con la finalità ad esso affidata. L'apparato è tenuto ad esercitarle per la cura in concreto dell'interesse pubblico*».

¹⁷ Si v. sul punto: G. MORBIDELLI, *Legittimità e legalità nell'attività amministrativa (con particolare riguardo alla disciplina dell'abuso d'ufficio)*, in *Convivenza nella libertà. Scritti in onore di Giuseppe Abbamonte*, Napoli, Jovene, 1999, spec. p. 1022.

Inoltre, come si desume dal diritto positivo¹⁸, l'esercizio da parte dei privati di attività amministrative procedimentalizzate – che deve risultare sempre ancorato al rispetto di quella trama di principi che identifica lo statuto del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione – non può mai determinare un affievolimento del livello e della qualità delle garanzie riconosciute agli amministrati¹⁹.

Fermo restando dunque il necessario rispetto del principio di legalità in senso sostanziale, nonché di quei principi che assicurano una piena ed effettiva tutela delle situazioni soggettive degli amministrati, si può rilevare come sia l'applicazione (ovvero la sottrazione al rispetto) dei principi costituzionali in tema di organizzazione, desumibili *ex art.* 97, commi 2, 3 e 4 Cost. – ove, com'è noto, è contenuta una riserva di legge relativa – a segnare lo spartiacque tra ciò che è (e ciò che non è) qualificabile come organizzazione amministrativa.

Soltanto in un'organizzazione pubblica la legge deve anche occuparsi dell'organizzazione degli uffici, determinando le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità dei funzionari. Inoltre, soltanto in detto tipo di organizzazioni non è, di regola, possibile accedere agli uffici se non in base ad un pubblico concorso. Trovano peraltro applicazione agli apparati organizzativi qualificabili come amministrazioni pubbliche l'insieme delle norme che possono considerarsi svolgimento dei sopra indicati principi, ossia le norme relative all'organizzazione degli uffici ed ai rapporti di impiego²⁰, quelle riguardanti la gestione finanziaria e contabile, le disposizioni sui controlli²¹.

Con riferimento, invece, ad enti privati, deve rilevarsi come anche quando la loro struttura organizzativa risulta variamente conformata dalla legge – basti pensare alle società organismi di attestazione (SOA) – non si abbia mai la sottoposizione dei medesimi ai sopra indicati principi costituzionali e alle norme che vi hanno dato attuazione.

Per le indicate ragioni non sembra che possa accogliersi una diversa impostazione, secondo la quale, tenuto conto che il tratto caratterizzante la figura del *munus publicum* è da individuarsi nel fatto che «*non vi sia, nell'apparato amministrativo l'elemento oggettivo costituito dalla presenza e dalla predisposizione delle funzioni*», là dove si abbia la sostituzione di un apparato amministrativo nell'esercizio di funzioni «*scompare l'esercizio "privato" delle stesse, perché la titolarità dell'ufficio,*

¹⁸ Le disposizioni più rilevanti al riguardo come si è già evidenziato, sono costituite dall'art. 1, comma 1-ter, l. n. 241/90 e dall'art. 7 c.p.a.

¹⁹ Sul punto sia consentito rinviare ad A. MALTONI, *Esercizio privato di pubbliche funzioni*, in *Enc. giur.*, Annali I, Milano, Giuffrè, 2007, spec. pp. 591-592.

²⁰ Si v. Cass. civ., sez. un., ord. 12 dicembre 2019, n. 32608, in <http://www.cortedicassazione.it/corte-di-cassazione/it>, ove si sottolinea che con la trasformazione dell'ENPAM in fondazione di diritto privato il medesimo ente non può più essere compreso nel novero delle amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 165/2001, «*con la conseguente giuridica impossibilità di considerarlo parte di un rapporto di pubblico impiego* (Cass., sez. lav. 7 aprile 2008, n. 8986)».

²¹ Per tali considerazioni si v. per tutti: D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, Il Mulino, 2016, spec. p. 288.

l'elemento soggettivo dell'ufficio, è in ogni caso costituito da una persona ... in posizione di estraneità all'ufficio fino a quando non intervenga il raccordo costituito dalla titolarità»²². Più precisamente, non ci sembra possibile attribuire rilievo decisivo al fenomeno della sostituzione del privato all'ufficio pubblico, ovvero al fatto che esista un apparato amministrativo tenuto ad esercitare, di norma, le funzioni amministrative – si pensi, ad esempio, alle funzioni espropriative che possono essere in tutto o in parte delegate dalle amministrazioni comunali a privati affidatari di contratti di concessione (si v. l'art. 6, comma 8 d.P.R. n. 327/2001) – atteso che, anche in ipotesi di tal fatta, il regime dell'attività non muta come conseguenza del conferimento e l'organizzazione del soggetto privato è comunque sottratta all'applicazione dei principi costituzionali in tema di organizzazione, di cui all'art. 97, commi 2, 3 e 4 Cost. e delle disposizioni legislative che vi hanno dato attuazione.

3. Il regime amministrativo delle attività esercitate da soggetti privati qualificabili come autorità amministrative.

Se, dunque, è essenzialmente l'aspetto funzionale da considerare ai fini dell'equiparazione dei privati esercenti funzioni amministrative alle amministrazioni pubbliche, non possono considerarsi rispondenti alla realtà del diritto positivo le varie definizioni di organo indiretto e di *munus* pubblico, che furono coniate nel secolo passato da illustri maestri del diritto amministrativo; esse infatti non individuano l'*ubi consistam* dell'equiparazione dei privati esercenti attività amministrative alle p.a. – equiparazione a cui il diritto positivo connette determinati effetti giuridici²³ – nel fatto che il regime dell'attività non muta in ragione del conferimento.

In mancanza, poi, di limiti espliciti o impliciti alla possibilità di conferire a soggetti privati l'esercizio di funzioni anche discrezionali amministrative, le garanzie essenziali degli amministrati risultano connesse esclusivamente al regime proprio dell'attività conferita, il quale impedisce che si determini un affievolimento delle stesse. L'obbligo di mantenere inalterato il livello delle garanzie, desumibile *ex art. 1, comma 1-ter* l. n. 241/90 ed *ex art. 7, comma 2, c.p.a.*, quand'anche possa comportare l'osservanza di determinati requisiti che richieda l'adozione di specifiche misure organizzative da parte dell'ente privato conferitario – come ad es. l'individuazione di un responsabile del procedimento o di un RUP – ovvero un adeguamento della sua struttura organizzativa al rispetto di disposizioni di principio della l. n. 241/90 attinenti al livello minimo essenziale delle garanzie procedurali, non trasforma detto ente in un'organizzazione pubblica.

Pertanto, ciò che impedisce che si determini un affievolimento delle garanzie dei cittadini è la proceduralizzazione dell'attività, derivante dalla sottoposizione della stessa a quella trama di principi che definisce lo statuto del

²² In questi termini: S. VALENTINI, *Precisazioni sul munus publicum*, *cit. spec. p.* 981.

²³ Si v. ancora l'art. 1, comma 1-ter, l. n. 241/90 e l'art. 7, comma 2 c.p.a.

cittadino con riguardo all'azione amministrativa²⁴. Come è stato infatti riconosciuto anche dai giudici di Palazzo Spada, «quando un ente viene dalla legge sottoposto a regole di diritto pubblico, quell'ente, limitatamente allo svolgimento di quell'attività proceduralizzata, diviene, di regola, "ente pubblico", a prescindere dalla sua veste formale», e lo diviene «non in maniera statica ed immutabile, ma dinamica e mutevole, perché dismette quella veste quando svolge altre attività non proceduralizzate»²⁵. In definitiva, la qualificazione di autorità amministrativa è certamente riferibile anche ad organizzazioni private, limitatamente allo svolgimento di determinate attività amministrative. Detta conclusione appare confermata anche dal fatto che i privati esercenti attività a regime amministrativo adottano atti amministrativi, pienamente sindacabili dal giudice amministrativo.

4. Attività organizzativa di indirizzo ed azione amministrativa.

Chiarito in quali termini appare configurabile, nell'ordinamento positivo, una nozione allargata di autorità pubblica/amministrativa, occorre chiedersi se vi sono funzioni amministrative, ed eventualmente quali, che debbono essere immancabilmente esercitate da organizzazioni pubbliche.

Prima di rispondere a tale quesito occorre evidenziare come le organizzazioni pubbliche necessarie, individuate come tali espressamente dalla Costituzione, sono gli Enti territoriali – qualificati anche come pubblici poteri – enti esponenziali tendenzialmente a fini generali, con riferimento ai quali tanto il principio di elettività degli organi di base, quanto le garanzie costituzionali in tema di autogoverno, di indirizzo politico, di autonomia normativa, organizzativa, finanziaria ecc., inducono a ritenere necessaria la presenza anche di un apparato amministrativo.

Peraltro, il fatto che le funzioni amministrative siano, per disposto costituzionale (art. 118, commi 1 e 2 Cost.), attribuite o conferite dalla legge allo Stato e agli altri enti territoriali, induce a considerare come l'esercizio delle stesse debba di regola avvenire mediante apparati amministrativi dei medesimi enti.

Con riguardo a tali enti pubblici, la presenza di una struttura organizzativa deve, a ben vedere, considerarsi essenziale al funzionamento degli organi politici, a cui spetta l'esercizio della funzione di indirizzo politico o politico-amministrativo²⁶. Si tratta dunque di apparati rivolti a rendere possibile lo svolgimento, da parte degli organi di indirizzo politico, delle funzioni loro assegnate nel perseguimento dei fini stabiliti dalla legge. Da questo punto di vista,

²⁴ Per ulteriori approfondimenti non può che rinviarsi ad A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, cit., *passim*.

²⁵ Si v. Cons. Stato, sez. VI, 11 luglio 2016, n. 3042 e n. 3043, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

²⁶ D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit. p. 24, distingue, all'interno dell'organizzazione amministrativa degli enti territoriali, gli apparati politici dagli apparati amministrativi. Detta distinzione però sembra più che altro riferibile a quella tra organi politici e organi amministrativi. Nella impostazione qui accolta, ci si intende invece riferire al fatto che per l'esercizio di funzioni di indirizzo politico deve pur sempre esservi un complesso di uffici, persone e mezzi materiali e dunque un apparato amministrativo di supporto agli organi politici.

sembra potersi condividere quell'insegnamento, che appare ancora attuale, secondo cui, dal momento che «l'organizzazione è "modellata" sugli interessi che deve curare», «il sistema degli interessi (dai più generali – e politici – a quelli settoriali e di raggio ancora più ristretto) ... esprime la sua massima ed immediata validità (vigenza) nel pretendere una "propria" organizzazione, un'organizzazione che sia idonea a concretarli e ad attuarli»²⁷. L'attività di organizzazione non è allora «un qualcosa di distaccato dall'azione ... ma qualcosa di appropriato all'azione, ai metodi ed ai fini di essa», con la conseguenza che la stessa può considerarsi «"un inizio" della stessa azione sostanziale» o meglio «un'attività di guida e di indirizzo di questa azione»²⁸. In definitiva, «il potere d'organizzazione è o puramente e semplicemente lo stesso potere d'indirizzo o una sua specificazione (...) o, al massimo, una figura di potere strutturalmente a se stante ma funzionalmente dipendente ed accessorio rispetto al potere di indirizzo»²⁹.

Detta concezione dell'attività di organizzazione rende evidente come la stessa risulti connaturata al potere di indirizzo politico o politico-amministrativo e dunque, in questi termini, appaia essenziale ed incredibile per i pubblici poteri.

Sembra in definitiva potersi individuare un nucleo minimo essenziale di organizzazione pubblica, che si ritiene abbia carattere indefettibile, in quanto per il suo tramite è destinata a concretarsi la funzione di indirizzo politico³⁰, preordinata ad orientare l'esercizio delle funzioni di amministrazione attiva³¹, a prescindere dalla natura del soggetto chiamato ad esercitarle.

5. Il conferimento ai privati di poteri discrezionali amministrativi e la loro sottoposizione all'indirizzo politico degli enti territoriali.

Il tema della sostituzione di un'organizzazione privata ad un'organizzazione amministrativa nell'esercizio di funzioni amministrative o dell'attribuzione *ex lege* in via esclusiva alla prima della titolarità delle stesse, tenuto conto di quanto si è sopra rilevato, impone di affrontare la questione delle condizioni che la rendono praticabile. A tal riguardo, oltre che con riferimento agli apparati amministrativi degli organi di ciascuna amministrazione a cui spetta l'esercizio di poteri autoritativi, la sostituzione di cui si è detto appare confi-

²⁷ Si v. M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit. pp. 117-118.

²⁸ In questi termini: M. NIGRO, *L'azione dei pubblici poteri*, in *Manuale di Diritto pubblico*, G. Amato e A. Barbera (a cura di), Bologna, Il Mulino, 1991, spec. p. 706.

²⁹ Si v. ancora M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit. p. 152.

³⁰ Sulla qualificazione come attività di indirizzo della funzione di organizzazione si v. anche A. MASSERA, *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, I. Stato-persona e organo amministrativo. Profili storico-dogmatici, Milano, Giuffrè, 1986, spec. pp. 306 ss. Come sottolinea, inoltre, G. GUARINO, *Quale amministrazione? il diritto amministrativo degli anni '80*, Milano, Giuffrè, 1985, spec. p. 127, «l'organizzazione è composta mediante l'uso di poteri amministrativi e quindi con atti, ed opera avvalendosi di poteri amministrativi e creando atti».

³¹ Con riguardo a detta classificazione dell'attività si v. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Napoli, Jovene, 1989, p. 589.

gurabile con riguardo ad enti pubblici c.d. strumentali o ausiliari (ad es. enti pubblici non economici, agenzie, autorità d'ambito, ecc.) – il cui grado di dipendenza dagli enti territoriali appare piuttosto vario³² –, che risultano comunque sottoposti a poteri di indirizzo e di vigilanza da parte di questi ultimi. Con riferimento a tali ipotesi occorre chiedersi quando per l'esercizio di dette funzioni amministrative non sia necessaria la creazione di un apparato amministrativo.

Mi pare che fino ad ora sia mancata su questo profilo una riflessione in dottrina. Né, invero, si può ritenere che detta questione sia divenuta rilevante soltanto in seguito alla proliferazione delle ipotesi disciplinate dal diritto positivo di esercizio di funzioni amministrative da parte di enti societari, quali, ad esempio, ANAS Spa, di Rete ferroviaria italiana, della Acquedotto Pugliese S.p.A., di Invitalia Spa³³, del GSE S.p.A.

Si potrebbe semplicemente rispondere che rientra nella discrezionalità del legislatore stabilire quando l'esercizio della funzione amministrativa debba avvenire da parte di un apparato amministrativo e quando possa essere conferito ad un ente privato.

Ma se anche fosse possibile risolvere la questione in tali termini, non sembra che possa eludersi la questione se siano individuabili presupposti e condizioni che consentono di attribuire la funzione indifferentemente ad una organizzazione pubblica o ad una organizzazione privata.

Inoltre, il conferimento tanto all'una quanto all'altra organizzazione può garantire in termini equipollenti il soddisfacimento dell'interesse pubblico, alla cui cura risulta preordinato l'esercizio della funzione conferita? E se sì, detto risultato deve porsi in relazione al rispetto di determinate condizioni?

Negli enti pubblici strumentali l'ancoraggio al principio democratico è assicurato, com'è noto, dalla legittimazione di tale organizzazione pubblica allo svolgimento dell'attività amministrativa, che deriva dalla legge, la quale stabilisce anche che la nomina dei componenti gli organi di vertice di detti enti spetti al Governo, alle Giunte regionali, agli organi di governo degli enti locali, e li sottopone all'indirizzo politico o politico/amministrativo degli organi politici.

Il complesso delle garanzie che da tale legittimazione conseguono, che trae appunto fondamento nella legge, ci pare riferibile anche ad organizzazioni private investite dell'esercizio di un potere amministrativo, dal momento che anche in quest'ultimo caso non può che trovare applicazione il principio di legalità in senso sostanziale, il quale, come è stato chiarito dal giudice delle leggi, richiede non soltanto che il potere conferito «sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore», ma altresì «che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa»³⁴.

³² Per una classificazione degli enti pubblici e per l'individuazione di alcuni tratti comuni si v. G. PASTORI, *La pubblica amministrazione*, in *Manuale di Diritto pubblico*, cit. p. 545 ss.

³³ Si v. Cons. Stato, sez. VI, 22 maggio 2007, n. 2596, in *Foro amm./CDS*, 2007, 5, p. 1582; Cass. sez. un. 24 luglio 2007, n. 16297, in *Foro it.*, 2008, 4, I, p. 1192.

³⁴ Si v. Corte cost. sent. 115 del 2011, che richiama anche le sentt. nn. 32/2009 e

Peraltro, come sopra si è puntualizzato, la equiparabilità di un'organizzazione privata ad un'organizzazione pubblica – sempre che la presenza di quest'ultima non sia imposta come necessaria dal diritto europeo³⁵ – viene garantita anche in ragione del fatto che agli enti territoriali è comunque attribuito un potere di organizzazione/indirizzo, per il cui esercizio è richiesta la presenza di un apparato amministrativo, che risulta indefettibile anche nell'ipotesi di conferimento ai privati di funzioni amministrative.

Per altro verso, con riferimento alla scelta se conferire tali funzioni ad un'organizzazione pubblica ovvero ad un'organizzazione privata il legislatore potrà tener conto dei possibili vantaggi e svantaggi che l'una e l'altra possono assicurare. Al riguardo, si può osservare, in termini generali, che un'organizzazione privata offre una maggiore flessibilità sul piano organizzativo e di gestione del personale dipendente, basti considerare che non sono dalla stessa adottati atti di macro-organizzazione (*recte*: atti a regime amministrativo), di determinazione delle dotazioni organiche, nonché di programmazione delle assunzioni, né sono posti in essere procedimenti concorsuali per l'assunzione del personale.

La creazione di un'organizzazione pubblica strumentale, per converso, garantisce una maggiore stabilità organizzativa – come conseguenza del fatto che l'ente non dispone della propria esistenza³⁶ – e rende possibile l'esercizio di un più penetrante controllo sull'ente, in ragione dei poteri di nomina e di revoca dei componenti dell'organo di vertice attribuiti agli enti territoriali. In detta valutazione dovrebbe poi considerarsi anche la convenienza economica per l'ente politico che l'una e l'altra soluzione organizzativa comportano e i risultati ottenibili³⁷.

Muovendo da queste osservazioni di carattere generale alla più specifica valutazione delle condizioni che assicurano dal punto di vista funzionale la sopra indicata equiparabilità, deve ora considerarsi il diverso modo in cui si estrinseca il potere di organizzazione dei pubblici poteri in relazione al tipo di funzione amministrativa conferita alle organizzazioni private. A tal riguardo va osservato come, mentre nel caso in cui sia esercitata un'attività amministrativa vincolata o di tipo discrezionale-tecnico è da ritenere che sia sufficiente la sot-

307/2003.

³⁵ Si v. anche per un'esemplificazione di ipotesi in cui gli Stati membri sono tenuti a istituire apparati amministrativi in attuazione di normative europee, D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., pp. 270-271.

³⁶ Come osserva G. GUARINO, *L'organizzazione pubblica*, I, Milano, Giuffrè, 1977, spec. pp. 315-316, «la persona giuridica pubblica è obbligata ad esistere fino a quando la legge, che l'ha creata o che ne disciplina l'ordinamento e l'attività, non sia modificata o abrogata da legge successiva».

³⁷ Quanto posto in rilievo da G. GUARINO, *op. ult. cit.*, p. 35, con riguardo alle ragioni che debbono presiedere alla decisione di costituire un apparato di amministrazione pubblica e, più precisamente, al fatto che il legislatore debba tener conto che «una organizzazione pubblica si giustifica solo se i risultati con essa conseguibili sono migliori di quelli che si avrebbero in sua assenza», ci pare che possa essere riferita, in ossequio al principio di buon andamento, anche all'opzione tra la costituzione di un'organizzazione pubblica e «l'utilizzazione» di un'organizzazione privata per l'esercizio di determinate funzioni amministrative.

toposizione di dette organizzazioni ad una vigilanza pubblica (ossia ad un'attività di verifica circa il rispetto della normativa primaria e secondaria, verifica eventualmente da condursi sia *ex ante*, ossia in relazione al possesso di determinati requisiti, sia *ex post* in ordine alla permanenza di questi ultimi³⁸), là dove la funzione abbia carattere discrezionale amministrativo non possa considerarsi sufficiente la sussistenza di un potere di vigilanza.

Ferma restando l'ammissibilità – non essendo individuabili limiti espliciti o impliciti desumibili dal diritto positivo – dell'investitura di soggetti privati nella titolarità/nell'esercizio anche di funzioni amministrative discrezionali³⁹, comunque diverse da quelle di indirizzo politico⁴⁰, occorre verificare a quali condizioni l'esercizio delle stesse possa considerarsi conforme al nostro sistema costituzionale.

Mi pare che nell'ipotesi in cui un'organizzazione privata sia investita dell'esercizio di funzioni amministrative discrezionali – sulla base di un atto di conferimento – il medesimo debba conformarsi agli indirizzi/direttive impartiti dagli organi politici. La sottoposizione a poteri di indirizzo politico, ove siano conferiti poteri discrezionali amministrativi, appare in particolare preordinata a garantire che l'esercizio dei medesimi sia indirizzato all'ottimale soddisfacimento dei fini pubblici perseguiti.

Nelle ipotesi in cui il privato si trovi ad essere investito dell'esercizio di funzioni amministrative discrezionali, in base ad un atto di delega amministrativa (l'esempio più significativo, sopra richiamato, è costituito dalla delega di funzioni espropriative) o in virtù di un atto di concessione di un ente territoriale, è evidente che l'ente delegante o concedente, in virtù del rapporto di sostituzione che si realizza, mantiene un potere di indirizzo/direttiva, nonché di controllo e potrà sempre procedere alla revoca dell'attività conferita.

Nei casi, invece, in cui il conferimento di dette potestà amministrative avvenga *ex lege*, non è detto che la legge attribuisca ad un ente politico un potere di indirizzo o direttiva. Quest'ultimo deve però considerarsi essenziale allorché la funzione conferita abbia carattere discrezionale amministrativo. Più precisamente, occorre assicurare la sottoposizione di organizzazioni private esercenti funzioni amministrative, attribuite *ex lege*, al principio di legalità, inteso non soltanto nell'accezione di garanzia delle situazioni soggettive degli amministrati, ma anche nell'accezione di indirizzo, che, com'è noto, funge da fattore di legittimazione democratica dell'attività amministrativa. In detta prospettiva, l'esercizio del potere discrezionale conferito non soltanto deve risultare conforme agli atti di indirizzo/direzione impartiti da determinati organi di enti politici, ma occorre anche prevedere che, in caso di inosservanza dei medesimi,

³⁸ Sia consentito rinviare ad A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005, p. 407.

³⁹ Sia consentito rinviare ad A. MALTONI, *Esercizio privato di pubbliche funzioni*, cit., p. 586.

⁴⁰ Si v. per tale rilievo C. MARZUOLI, *Note in punto di vizi dell'atto "amministrativo" del soggetto privato*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, vol. I, Napoli, 2011, p. 542, nota 63, che esclude la possibilità di conferire tali funzioni in ragione del fatto che la legittimazione di tipo politico-rappresentativo non ha equipollenti.

possano o debbano essere comminate sanzioni nei confronti degli amministratori dell'ente privato o debbano essere adottati atti che incidano sull'investitura del medesimo ente nell'esercizio della funzione.

Allorquando, invece, la p.a. conferisca all'organizzazione privata detta potestà con un atto di delega o di concessione, la sanzione può consistere nella revoca del conferimento effettuato o nella dichiarazione di decadenza dalla concessione⁴¹.

Con le eccezioni di cui si è detto *supra*, detta sottoposizione al potere di indirizzo politico di funzioni discrezionali amministrative, attribuite *ex lege* o conferite da una p.a., costituisce una garanzia essenziale, essendo rivolta ad assicurare non soltanto nel momento iniziale (*i.e.* quello in cui la funzione è conferita), ma anche successivamente la necessaria legittimazione democratica nell'esercizio di tali funzioni da parte di soggetti privati, che, in alcuni casi, incide in senso sfavorevole (come nel caso in cui siano esercitati poteri espropriativi) su situazioni soggettive degli amministrati. Detta sottoposizione realizza dunque un'ulteriore condizione, che, per le ragioni indicate, risulta essenziale al fine di assicurare un'effettiva equiparazione tra un apparato amministrativo e un'organizzazione privata nell'esercizio di funzioni amministrative aventi il carattere indicato.

Tale conclusione appare avvalorata anche sulla base di un'ulteriore considerazione che attiene, più in generale, alla sussistenza di un potere di indirizzo/direttiva esercitabile nei confronti di tutti gli enti strumentali⁴². Com'è noto, un potere di indirizzo è attribuito agli organi consiliari degli enti locali in base all'art. 42, comma 2, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (T.u.e.l.); in particolare, mentre alla lett g) di tale norma si stabilisce che le aziende pubbliche e gli enti dipendenti, sovvenzionati o sottoposti a vigilanza di enti locali sono tenuti ad osservare gli indirizzi impartiti, alla lett. m) si prevede che detto potere sia esercitato con riguardo alla «*nomina e [al]la designazione dei rappresentanti del comune presso enti, aziende ed istituzioni, nonché [alla] nomina dei rappresentanti del consiglio presso enti, aziende ed istituzioni ad esso espressamente riservata dalla legge*». Quest'ultima disposizione è poi completata dall'art. 50, comma 8, d.lgs. n. 267/2000, ove si

⁴¹ In dottrina si tende ad escludere che il potere di decadenza costituisca espressione del potere di autotutela, in quanto l'amministrazione, a fronte di infrazioni gravi e reiterate agli obblighi scaturenti dal contratto accessivo alla concessione, adotta un provvedimento che ha carattere sostanzialmente sanzionatorio, si v. G. SANTANIELLO, voce *Decadenza (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, vol XI, Milano, 1962, p. 802. La giurisprudenza amministrativa appare orientata in modo prevalente a considerare l'atto dichiarativo di decadenza come un provvedimento amministrativo e non un atto privatistico (per quanto non manchi qualche isolata decisione in tal senso, si v. Cons. Stato, sez. V, 9 ottobre 2013, n. 4960, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>), da adottarsi ogni qual volta sia rilevato il grave inadempimento del concessionario rispetto agli obblighi assunti, provvedimento che in quanto vincolato non necessita di particolare motivazione, risultando sufficiente l'indicazione nel medesimo delle «*violazioni dei doveri derivanti dal titolo concessorio poste in essere dal concessionario*», che hanno indotto l'amministrazione ad interrompere il rapporto contrattuale (si v. T.A.R. Toscana, 12.02.2018, n. 260, nonché Cons. Stato, sez. VI, 30.09.2015, n. 4551; Cons. Stato, sez. II, 11.09.2013, n. 4421, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>).

⁴² Su detto potere di direttiva si v. A. M. SANDULLI, *Manuale*, cit., p. 207.

stabilisce che «sulla base degli indirizzi stabiliti dal consiglio il sindaco e il presidente della provincia provvedono alla nomina, alla designazione e alla revoca dei rappresentanti del comune e della provincia presso enti, aziende ed istituzioni»⁴³.

Da tali disposizioni è desumibile un principio generale in ordine alla sussistenza di un potere di indirizzo/direttiva esercitabile nei confronti di tutti gli enti strumentali aventi natura pubblicistica o privatistica⁴⁴.

Va altresì osservato come il potere di indirizzo politico/politico amministrativo sia esercitato nei confronti degli enti strumentali e dai soggetti nominati negli organi di detti enti, a prescindere dal fatto che ad essi siano conferite funzioni amministrative.

Di sicuro rilievo appare il fatto che le direttive, rivolte ai soggetti nominati negli organi degli enti strumentali dall'amministrazione nominante, sono preordinate ad assicurare, nel corso del tempo, la connotazione in senso pubblicistico dell'attività sociale. A comprova della sussistenza di detto principio può altresì addursi che la disciplina speciale, contenuta nel testo unico sulle società a partecipazione pubblica, ha giuridicizzato il potere di nomina e di revoca in via diretta⁴⁵ – il cui unico fondamento normativo era prima individuabile nell'art. 2449, comma 2 c.c. – e lo ha riferito a tutte le amministrazioni, di tal che non potrebbe neppure argomentarsi che soltanto l'art. 50, comma 8, T.u.e.l. costituisce una norma attributiva di un potere pubblicistico⁴⁶.

Tali considerazioni rafforzano la conclusione indicata, in quanto la sussistenza del summenzionato principio generale, da cui si desume che tutti gli enti strumentali sono sottoposti ad un potere di indirizzo – potere che, come si è anticipato, mira ad assicurare nel tempo l'ottimale cura dell'interesse pubblico – non può che trovare applicazione anche là dove i soggetti privati siano tenuti ad esercitare *ex lege* o in base ad un apposito atto di investitura funzioni amministrative discrezionali, dal momento che, in tali ipotesi, occorre assicurare nel

⁴³ Detto potere di indirizzo può essere soltanto integrato dal Sindaco e dal Presidente della Provincia, essendo gli organi competenti in base alle disposizioni del T.u.e.l. ad effettuare la nomina e la revoca dei rappresentanti dell'ente, nonché tenuti a valutarne l'operato. Si v. T.A.R. Piemonte, sez. II, 26 gennaio 2001, n. 160, ove si sottolinea che le direttive generali dell'organo consiliare sono, di volta in volta, integrate dall'organo cui spetta la nomina, nonché Cons. Stato, sez. V, 20 ottobre 2008, n. 5107, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>, ove si rileva, con riferimento all'art. 50 T.u.e.l., che, allorquando lo statuto attribuisca al Sindaco un potere di nomina, il medesimo può «disporre anche la revoca, pur in difetto di esplicita previsione statutaria quando il soggetto di pubblica designazione opera discostandosi dalla linea di azione che, invece, l'orientamento politico-amministrativo dell'ente locale suggerirebbe».

⁴⁴ Per una puntuale ricognizione delle diverse nozioni di ente strumentale accolte in dottrina e in giurisprudenza, si v. G. MORDIBELLI, *Gli enti strumentali di oggi*, in *Il governo dell'economia. In ricordo di Vittorio Ottaviano nel centenario della nascita. Atti del convegno del 9 e 10 settembre tenutosi all'Università degli studi di Catania*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 113 s., spec. pp. 117 ss., che sottolinea anche come dall'art. 42, comma 2, lett. g) d.lgs. n. 267/2000 sia estraibile un principio generale sul potere di direttiva esercitabile nei confronti degli enti strumentali, nel cui novero sono comprese anche le società *in house*.

⁴⁵ Si v. Part. 9, commi 7 e 8 T.u.s.p.p.

⁴⁶ Per un approfondimento di detti aspetti sia consentito rinviare ad A. MALTONI, *Il regime giuridico degli atti deliberativi "prodromici" delle amministrazioni nel testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*, in *Munus*, n. 3/2019, 883 s., spec. pp. 923 ss.

tempo il costante soddisfacimento dell'interesse pubblico primario, nel contemperamento dei diversi interessi che vengono in rilievo. In definitiva, la sottoposizione al predetto indirizzo politico, se costituisce uno degli elementi indefettibili del rapporto di strumentalità con un'organizzazione pubblica, qualunque sia l'attività dalla stessa esercitata, configura una condizione essenziale ai fini dell'equiparazione di organizzazioni private ad amministrazioni pubbliche, là dove alle prime siano conferite potestà amministrative discrezionali.

6. Prescrizioni e condizioni imposte nell'esercizio di *golden power* che comportano effetti conformativi dell'organizzazione di enti societari privati

Un fenomeno interessante, per certi versi speculare rispetto all'ipotesi del conferimento a organizzazioni private della titolarità o dell'esercizio di funzioni amministrative è costituito dalla parziale conformazione – eteroimposta – della struttura di organizzazioni private a fini di interesse generale.

Più precisamente, nella prima ipotesi – su cui ci siamo soffermati nei precedenti paragrafi – la doverosità della cura dell'interesse pubblico scaturisce dalla pubblicizzazione in *parte qua* dell'attività del soggetto conferitario privato, ma non sono imposte modifiche alla sua struttura organizzativa, in ragione del fatto che, ai fini del soddisfacimento dell'interesse pubblico e della tutela dei terzi, appare essenziale che venga preservato il regime amministrativo dell'attività conferita. Nella seconda ipotesi indicata, in cui manca detto conferimento, la normativa primaria e gli atti che vi hanno dato attuazione hanno imposto la conformazione della struttura organizzativa ed anche in parte della *governance* di enti societari privati al fine di garantire il soddisfacimento di interessi pubblici statali. A ben vedere, in quest'ultimo caso, non è l'attività che subisce una particolare conformazione pubblicistica, nel senso che il suo regime rimane quello privatistico, ma è la specifica, parziale modifica, etero-imposta, della struttura organizzativa dell'ente societario, contestualmente all'attribuzione all'amministrazione competente di un potere di vigilanza di tipo sia strutturale che funzionale, ad assicurare il soddisfacimento di interessi pubblici individuati dal diritto positivo come essenziali.

La conformazione della struttura di organizzazioni private non appare, a ben vedere, riconducibile al novero delle ipotesi il cui unico tratto unificante è individuabile nella sottoposizione di soggetti privati al rispetto di regole pubblicistiche riguardanti l'organizzazione e/o l'attività⁴⁷, ipotesi che non possono neppure essere confuse con quelle di conferimento ai privati di potestà pubbliche. Tale conformazione scaturisce dall'imposizione ad enti societari di specifiche prescrizioni e condizioni, contenute in provvedimenti costituenti esercizio di poteri speciali. In particolare, nella vicenda qui considerata, il Governo - in seguito all'acquisizione da parte di Vivendi S.A. di una partecipazione rilevante

⁴⁷ Si v. F. G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, VI, cit., pp. 111-112.

in TIM Spa - ravvisando la sussistenza di una situazione di minaccia di grave pregiudizio per gli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale, ha posto condizioni e prescrizioni, ex art. 1, comma 1, lett. a), d.l. n. 21/2012, conv. con mod. dalla l. n. 56/2012⁴⁸.

Ben consapevoli che, nell'economia del presente lavoro, non è possibile esaminare le varie ipotesi in cui il Governo può esercitare i c.d. *golden powers* – con riferimento ai quali deve segnalarsi che ai settori iniziali, previsti quali ambiti di intervento del Governo, ne sono stati aggiunti altri negli ultimi anni⁴⁹, ed altri ancora sono stati individuati in quest'ultimo periodo, al fine di tener conto dei possibili effetti derivanti dalla crisi pandemica⁵⁰ – ci si soffermerà soltanto su quelli con cui siano imposte prescrizioni e condizioni⁵¹, atteso che è con riguardo a tale tipo di poteri speciali che possono determinarsi effetti conformativi dell'organizzazione di enti societari privati. Condizioni e prescrizioni che, per quanto siano state dettate in relazione ad una specifica vicenda – *i.e.* quella originata dall'acquisizione da parte di Vivendi S.A. di una partecipazione in TIM⁵² – delineano, come è stato efficacemente sottolineato in dottrina, il «benchmark di riferimento per chiunque intenda analizzare i profili di potenziale interferenza

⁴⁸ In generale su detti poteri speciali si v., *ex multis*: P. DI PALMA, F. GASPARI, *L'attuazione del "golden power" in Italia: dal potere regolamentare alla potestà regolatoria*, in *Rass. Avv. Stato*, fasc. 1, 2013, pp. 153 ss.; L. ARDIZZONE, M. L. VITALI, *I poteri speciali dello Stato nei settori di pubblica utilità*, in *Giur. comm.*, 2013, I, pp. 919 ss.; F. BASSA, *Dalla "golden share" al "golden power": il cambio di paradigma europeo nell'intervento dello Stato sull'economia*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, fasc. 1, pp. 57 ss.; F. GASPARI, *Libertà di circolazione dei capitali privatizzazioni e controlli pubblici. La nuova golden share tra diritto interno comunitario e comparato*, Torino, Giappichelli, 2015, spec. pp. 45 ss.; C. SAN MAURO, *I poteri speciali del governo nei confronti delle società che operano nei settori strategici: dalla "Golden Share" ai "Golden Powers"*, in *Foro Amm.*, 2015, fasc. 11, pp. 2951 ss.; F. M. CIARALLI, *I "golden powers" esercitabili dal Governo a tutela di interessi strategici dello Stato*, in *Rass. Avv. Stato*, 2015, fasc. 4, pp. 159 ss.; A. SACCO GINEVRI, *I "golden powers" dello Stato nei settori strategici dell'economia*, in *I federalismi.it*, fasc. 22, 2016; AA. VV., *Golden powers*, Dipartimento delle informazioni per la sicurezza (DIS), 2019; V. DONATIVI, *Golden powers. Profili di diritto societario*, Torino, 2019; R. GAROFOLI, *Golden power e controllo degli investimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative*, in www.federalismi.it, 2019; per una rassegna dei poteri speciali in altri ordinamenti nazionali si v. AA.VV., *Foreign Direct Investment Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, (a cura di) G. Napolitano, Bologna, 2019.

⁴⁹ Si v. l'art. 14, d.l. 16 ottobre 2017, n. 148, conv. con mod. dalla l. 4 dicembre 2017, n. 172; l'art. 4-bis, comma 3, d.l. 21 settembre 2019, n. 105, conv. con mod. dalla l. 18 novembre 2019, n. 133, come sostituito dall'art. 15, d.l. 8 aprile 2020, n. 23; l'art. 1, d.l. 25 marzo 2019, n. 22, conv. con mod. dalla l. 20 maggio 2019, n. 41.

⁵⁰ Si v. l'art. 16 d.l. 8 aprile 2020 n. 23, che ha modificato diverse disposizioni del d.l. n. 21/2012, conv. dalla l. n. 56/2012.

⁵¹ Peraltro, a norma dell'art. 1-bis, comma 3-bis, quarto periodo, d.l. n. 21/2012, conv. dalla l. n. 56/2012, debbono essere esercitati in via preferenziale i poteri speciali con cui siano imposte specifiche prescrizioni e condizioni "ogni qual volta ciò sia sufficiente ad assicurare la tutela degli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale".

⁵² Partecipazione che risultava superiore alle soglie indicate all'art. 1, comma 5, d.l. n. 21/2012 conv. dalla l. 11 maggio 2012 n. 56. Su detta vicenda si v. l'ampia e minuziosa ricostruzione compiuta da F. FORTUNA, *I poteri speciali esercitabili da parte dell'esecutivo*, in *Un nuovo diritto delle società pubbliche? Processi di razionalizzazione tra spinte all'efficienza e ambiti di specialità*, a cura di R. Miccù, Jovene, Napoli, 2019, spec. pp. 411 ss.

tra le prescrizioni di golden power e i meccanismi societari»⁵³.

Con riguardo a tale tipo di poteri speciali è stato altresì osservato che, la normativa italiana sui *golden power*, limitandosi a stabilire che con un d.P.C.M. possano imporsi «specifiche condizioni relative alla sicurezza degli approvvigionamenti, alla sicurezza delle informazioni, ai trasferimenti tecnologici, al controllo delle esportazioni nel caso di acquisto, a qualsiasi titolo, di partecipazioni in imprese che svolgono attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale» (art. 1, comma 1, lett. a) d.l. n. 21/2012 conv. dalla l. n. 56/2012), individua soltanto delle aree in cui il Governo è legittimato ad intervenire, ma non definisce l'ampiezza di tali condizioni⁵⁴, né tanto meno il contenuto delle stesse. Rilievo, quest'ultimo, che non può non ingenerare qualche perplessità, ove si consideri che, come si illustrerà, gli ampi margini di discrezionalità nell'esercizio dei poteri speciali qui in considerazione hanno consentito al Governo, con l'adozione del d.P.C.M 16 ottobre 2017, di imporre prescrizioni e condizioni che comprimono in modo rilevante l'autonomia privata di TIM Spa (quotata in mercati regolamentati) e delle sue controllate (*i.e.*: Telecom Italia Sparkle S.p.A., Telsy Elettronica e Telecomunicazioni S.p.A.), che detengono *asset* e svolgono attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e di sicurezza nazionale.

Più nello specifico, le prescrizioni contenute in tale d.P.C.M del 2017 hanno inciso tanto sulla *governance* – stabilendo che un consigliere di amministrazione, munito di rappresentanza legale, debba essere in possesso di specifici requisiti e sia nominato con l'assenso del Governo che ne valuta l'idoneità all'incarico ai fini della tutela degli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale⁵⁵ – quanto con riguardo a profili attinenti all'assetto organizzativo interno di TIM Spa e delle società dalla stessa controllate. Con riferimento a questi ultimi va evidenziato che sono stati imposti a TIM spa e alle società controllate specifici obblighi, quale quello di istituire, ove manchi, un'unità organizzativa preposta allo svolgimento «di attività aziendali rilevanti per la sicurezza nazionale», un'unità che deve essere dotata di piena autonomia economico-finanziaria e di gestione del personale, nonché idonea a garantire l'indipendenza nell'esercizio delle attività indicate⁵⁶.

A detta struttura organizzativa interna di sicurezza – a cui spetta, in particolare, la predisposizione di un “piano di *security*”, comprendente la ricogni-

⁵³ In tal senso A. TRISCORNIA, *Golden power: un difficile connubio tra alta amministrazione e diritto societario*, in *Riv. Soc.*, fasc. 4, 2019, pp. 733 ss. L'A., nell'esaminare la disciplina dei poteri speciali negli Stati Uniti, rileva come sussistano diversi punti di contatto con quella italiana, in particolare tra il potere di imporre condizioni e prescrizioni e il potere del *Committee on Foreign Investment in the United States* di *approval conditioned on mitigation agreement*. R. GAROFOLI, *op. cit.*, sottolinea come nel definire il ruolo e i compiti del Gruppo di coordinamento, istituito presso la Presidenza del Consiglio, si sia guardato soprattutto all'esperienza statunitense del Comitato interministeriale per gli investimenti esteri.

⁵⁴ Si v. sul punto: A. COMINO, *Golden powers per dimenticare la golden share: le nuove forme di intervento pubblico sugli assetti societari nei settori della difesa, della sicurezza nazionale, dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, fasc. 5, 2014, spec. p. 1050.

⁵⁵ Si v. l'art. 1, par. 1, lett. a), n. 2 di tale d.P.C.M.

⁵⁶ Si v. l'art. 1, par. 1, lett. a), n. 1 di tale d.P.C.M.

zione degli *asset* e delle attività di carattere strategico, nonché una programmazione annuale rivolta all'individuazione di eventuali criticità, la determinazione di obiettivi di sviluppo, manutenzione e gestione delle attività e degli *asset* strategici e della dotazione di risorse strumentali e finanziarie necessarie al raggiungimento di tali obiettivi – si è previsto che debba essere preposto un funzionario alla sicurezza, nominato all'interno di una terna fornita dal Dipartimento delle informazioni per la sicurezza della Presidenza del Consiglio dei ministri⁵⁷.

Le società indicate sono poi tenute a coinvolgere detta struttura organizzativa interna di sicurezza «*nei processi di governance, con particolare riferimento a tutti i processi decisionali afferenti ad attività strategiche e alla rete*»⁵⁸, nonché ad assegnarle «*la funzione di controllo e supervisione di tutte le attività svolte nei diversi ambiti aziendali, attinenti alla gestione degli asset strategici ai fini della tutela della difesa e della sicurezza nazionale*»⁵⁹, e a riservare alla stessa «*la produzione di informazioni dettagliate sullo stato di conformità alle prescrizioni e condizioni imposte*»⁶⁰. Si prevede altresì che dette società debbano fornire una preventiva informazione in merito ad ogni decisione che possa ridurre, anche temporaneamente, o cedere capacità tecnologiche, operative, industriali nelle attività considerate strategiche e nelle attività strategiche chiave, ivi compresa, ad esempio, la alienazione di partecipazioni societarie, di diritti di proprietà.

Con il d.P.C.M. del 2 novembre 2017, in seguito ai cambiamenti intervenuti nella *governance* di TIM Spa⁶¹, che avevano determinato il controllo di fatto e la disponibilità in capo a Vivendi SA degli attivi strategici nel settore delle comunicazioni di TIM Spa - da cui doveva dedursi la sussistenza di un obbligo di notifica da parte di quest'ultima società - sono state impartite, *ex art. 2, d.l. n. 21/2012 conv. dalla l. n. 56/2012*, altre prescrizioni e condizioni con riguardo a detta società; in particolare si è stabilito che il Comitato di monitoraggio – istituito presso la Presidenza del Consiglio, composto da un rappresentante della medesima Presidenza, da un rappresentante del Dipartimento delle informazioni per la sicurezza, del Ministero dell'interno, del Ministero della difesa e del Ministero dello sviluppo economico – sia tenuto a verificare il rispetto delle condizioni e delle prescrizioni stabilite, tra cui l'adozione di adeguati piani di sviluppo, investimento e manutenzione sulle reti e sugli impianti, necessari ad assicurare il funzionamento, l'integrità e a garantire la continuità della fornitura del servizio universale, ecc., nonché la realizzazione di adeguate misure di natura tecnica ed organizzativa di gestione di rischi, e che il medesimo Comitato possa chiedere, anche direttamente all'impresa, informazioni aggiuntive utili ai

⁵⁷ Si v. l'art. 1, par. 1, lett. a), n. 3 di tale d.P.C.M.

⁵⁸ Si v. l'art. 1, par. 1, lett. a), n. 4 di tale d.P.C.M.

⁵⁹ Si v. l'art. 1, par. 1, lett. a), n. 6 di tale d.P.C.M.

⁶⁰ Si v. l'art. 1, par. 1, lett. a), n. 7 di tale d.P.C.M.

⁶¹ Con delibera dell'assemblea degli azionisti ordinari del 10.10.2017 si era proceduto al rinnovo del Consiglio di amministrazione della società con la nomina di 15 consiglieri, di cui 10 tratti dalla lista presentata da Vivendi SA ed il Consiglio di amministrazione aveva preso atto dell'inizio dell'attività di direzione e coordinamento da parte di quest'ultima società.

fini del monitoraggio stesso.

Entrambi i d.P.C.M. del 2017 richiamati rimettono dunque al Comitato di monitoraggio istituito presso la Presidenza del Consiglio⁶² la verifica circa l'adempimento delle prescrizioni e condizioni imposte. Più nello specifico, per un verso la relazione e gli elementi che debbono essere trasmessi al predetto Comitato dalla struttura organizzativa societaria interna preposta alla sicurezza, per l'altro la possibilità riconosciuta al medesimo Comitato di acquisire da tale struttura qualificate informazioni, tra cui quelle sugli investimenti pianificati e realizzati nei settori strategici, nonché altre informazioni e valutazioni tecniche da istituzioni competenti, da autorità indipendenti, oltre che direttamente dalle società interessate, denotano come il monitoraggio svolto configuri un'attività di controllo in ordine al recepimento delle prescrizioni dettate sia sul piano organizzativo societario che su quello funzionale, ossia delle attività al cui esercizio è preposta l'unità organizzativa interna di sicurezza⁶³.

Dal caso riportato si desume come il Governo, nell'esercizio dei poteri speciali, abbia imposto la creazione di una struttura di sicurezza che costituisce un'articolazione organizzativa autonoma, la cui attività deve essere svolta in modo indipendente⁶⁴, anche in considerazione del fatto che le decisioni relative agli investimenti in tema di organizzazione della sicurezza non risultano sottoposte al potere gerarchico del Consiglio di amministrazione⁶⁵.

Le prescrizioni impartite dal Governo a TIM Spa e alle società dalla stessa controllate, che sono state adempiute anche mediante la creazione di una struttura organizzativa per la sicurezza con i caratteri di cui si è detto – alla quale sono demandate attività di pianificazione, comprendenti la determinazione di obiettivi di sviluppo, manutenzione, gestione delle attività e degli *asset* strategici, nonché di dotazioni strumentali e finanziarie necessarie al conseguimento degli obiettivi, e attività di vigilanza che attengono, tutte, alla salvaguardia di interessi pubblici fondamentali (*recte*: la difesa e la sicurezza nazionale, l'interesse nazionale nel settore delle comunicazioni) – finiscono, a ben vedere, per incidere in

⁶² Si v., rispettivamente, l'art. 2 del d.P.C.M. 16 ottobre 2017 e l'art. 2 d.P.C.M. 2 novembre 2017.

⁶³ In altri casi, in cui è stato lasciato all'ente societario un certo margine di discrezionalità nel recepimento delle prescrizioni, come osserva A. CIPOLLONE, *La verifica dell'ottemperanza alle prescrizioni. I comitati di monitoraggio*, in AA.VV., *Golden power*, Dipartimento delle informazioni per la sicurezza (DIS), Roma, 2019, 52 s. spec. pp. 56-57, il Comitato di monitoraggio può assumere la veste di un vero tavolo di mediazione.

⁶⁴ Detta struttura organizzativa, che deve essere autonoma e svolgere le proprie attività in modo indipendente, sembra un po' ricalcare la figura all'organismo di vigilanza, istituito per la prevenzione dei c.d. reati presupposto, ex d.lgs. n. 231/2001. Deve tuttavia rilevarsi come, mentre l'istituzione di un organismo di vigilanza è sancita espressamente dal diritto positivo, la creazione di un'unità organizzativa preposta allo svolgimento di attività aziendali rilevanti per la sicurezza nazionale sia stata individuata, quale specifica condizione, con un atto amministrativo.

⁶⁵ Si v. sul punto A. TRISCORNIA, *Golden power: un difficile connubio tra alta amministrazione e diritto societario*, cit., il quale rileva altresì come ciò crei «una potenziale distonia tra la prescrizione amministrativa e la regola inderogabile dettata dall'art. 2381, comma 3 cod. civ.».

modo significativo sulla loro autonomia organizzativa.

Al riguardo, deve rilevarsi, però, come le condizioni e prescrizioni – che siano poste dal Governo, ex art. 1, comma 1, lett. a), d.l. n. 21/2012 conv. dalla l. n. 56/2012, in esito alla valutazione compiuta con riguardo alla sussistenza di una minaccia di grave pregiudizio per gli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale rappresentata dall'acquisto di partecipazioni in imprese che svolgono attività di rilevanza strategica – debbano essere conformi ai principi di proporzionalità e ragionevolezza. Ancorché la valutazione circa il rispetto o meno di detti canoni, sia rimessa al giudice amministrativo, ex art. 133, comma 1, lett. z-*quinquies* c.p.a., non può certo trascurarsi il fatto che l'adempimento da parte degli enti societari delle condizioni e prescrizioni imposte risulti garantito soprattutto in ragione delle elevatissime sanzioni pecuniarie, applicabili là dove le stesse siano disattese o violate⁶⁶. In altri termini, dette sanzioni pecuniarie rappresentano un forte disincentivo all'impugnazione davanti al giudice amministrativo dei provvedimenti con cui sono esercitati i poteri speciali. Di fronte, infatti, al rischio che siano comminate pesanti sanzioni pecuniarie, che, in caso di esito sfavorevole del contenzioso promosso, non potrebbero più essere evitate, con ogni probabilità gli enti societari, a cui siano imposte prescrizioni e condizioni anche fortemente limitative della loro autonomia privata, saranno disponibili a ricercare un compromesso o comunque ad accettare le condizioni imposte.

Nel caso esaminato, il Governo non soltanto ha imposto alle società menzionate di osservare determinate prescrizioni e condizioni, ma ha altresì previsto che, attraverso un apposito ufficio della Presidenza del Consiglio (*i.e.* il Comitato di monitoraggio), sia svolta un'attività di vigilanza in ordine alla creazione di una struttura organizzativa e al suo regolare funzionamento.

Si è prefigurata una nuova modalità di intervento di tipo regolatorio perché lo Stato non crea un ente pubblico, né conferisce funzioni amministrative ad un ente privato, *ex lege* o mediante un titolo idoneo (*recte*: una concessione o una delega), ma interviene con leggi ed atti amministrativi per imporre condizioni e prescrizioni, il cui adempimento, da parte di società operanti nel mercato, presuppone che si dia luogo ad una specifica articolazione organizzativa. In altri termini, la salvaguardia di detti interessi pubblici essenziali viene in concreto assicurata mediante un atto di regolazione⁶⁷, con cui viene imposta ad enti societari una specifica conformazione sul piano organizzativo.

Nell'ipotesi considerata si stabilisce dunque che enti privati debbano

⁶⁶ All'art. 1, comma 5, dodicesimo periodo, d.l. n. 21/2012, conv. dalla l. n. 56/2012, si stabilisce che sia comminata “una sanzione amministrativa pecuniaria pari al doppio del valore dell'operazione e comunque non inferiore all'1 per cento del fatturato realizzato nell'ultimo esercizio per il quale sia stato approvato il bilancio”.

⁶⁷ Nel caso di specie, è del tutto evidente che la regolazione si estrinseca in provvedimenti autoritativi, si v. per la sottolineatura non soltanto di detto aspetto, ma anche del fatto che, in alcuni casi, ai provvedimenti autoritativi è ricollegabile un'efficacia soggettiva individuale: D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche, cit.*, spec. p. 61-62.

strutturare la propria articolazione organizzativa in modo da garantire lo svolgimento di attività che appaiono funzionali alla cura di interessi pubblici, i cui risultati risultano imputabili allo Stato, che è chiamato non soltanto ad esercitare la vigilanza circa il puntuale adempimento delle prescrizioni e condizioni imposte, ma anche a valutare le informazioni e i dati trasmessi o acquisiti.

La salvaguardia dei fondamentali interessi pubblici indicati si realizza, pertanto, mediante la creazione di una struttura organizzativa autonoma all'interno dell'ente societario privato, della quale deve assicurarsi la permanenza nel tempo, e lo svolgimento da parte della stessa di attività prestabilite, che comportano obblighi di rendicontazione e di trasmissione di informazioni e dati alla Presidenza del Consiglio, in modo da consentire a quest'ultima di verificare che non siano lesi detti interessi.

Secondo le modalità indicate si realizza, in definitiva, un'inedita collaborazione tra lo Stato e gli enti societari privati, destinatari delle prescrizioni e condizioni – operanti in certi settori considerati dalla legge di rilevanza strategica⁶⁸ –, nella cura di fondamentali interessi pubblici. Collaborazione che si attua nell'ambito di un rapporto di vigilanza, come conseguenza dell'effetto conformativo dell'organizzazione di imprese private derivante dalle condizioni imposte, delineato al fine di garantire un costante presidio su operazioni e attività che rivestono particolare importanza per la salvaguardia di detti interessi pubblici.

⁶⁸ Ciò è comprovato anche dal fatto che, in altri casi, il Governo ha imposto prescrizioni e condizioni, che non soltanto appaiono meno restrittive dell'autonomia di organizzazioni private, ma anche più chiaramente orientate alla realizzazione di un rapporto collaborativo con lo Stato. Al riguardo, si può richiamare il caso di GE Avio S.r.l., ove è stato costituito un Comitato paritetico, ossia composto da rappresentanti tanto della società che del Governo, col compito di verificare il rispetto delle condizioni e degli obblighi imposti (si v. l'art. 2, d.P.C.M. 6 giugno 2013). Peraltro, diversamente dal sistema giuridico statunitense, a cui si si è ispirati nel delineare le misure che possono costituire esplicazione di detti poteri speciali – nel quale le Corti considerano sostanzialmente insindacabili in sede giurisdizionale le decisioni presidenziali – nel nostro ordinamento, come osserva R. GAROFOLI, *op. cit.*, le determinazioni assunte dal Consiglio dei ministri (ancorché connotate da un «un alto tasso di discrezionalità, tecnica e amministrativa») sono sicuramente sindacabili dal giudice amministrativo con riguardo ai canoni della ragionevolezza, coerenza e adeguatezza.

ANTONIO BARONE

Professore ordinario di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Catania
antonio.barone@unict.it

EMERGENZA PANDEMICA, PRECAUZIONE E SUSSIDIARIETÀ ORIZZONTALE

PANDEMIC EMERGENCY, PRECAUTION AND HORIZONTAL SUBSIDIARITY

SINTESI

L'emergenza pandemica da Covid-19 ha presentato e presenta numerosi spunti di riflessione per gli studiosi del diritto amministrativo. Nell'ambito di una molteplicità di possibili percorsi di indagine, il saggio analizza l'impatto dei principi di precauzione e sussidiarietà orizzontale sulle scelte di gestione dei rischi da Covid-19. Sotto un primo aspetto, l'emergenza COVID-19 si è caratterizzata, fin dall'inizio, per l'assenza di certezze scientifiche sulla prevenzione e gestione dei rischi per la salute umana. Del resto, nel solco della teorizzazione sociologica della "società del rischio", la tradizionale deferenza del diritto ai portati tecnico-scientifici è entrata in crisi di fronte ai casi di incapacità della scienza di fornire risposte certe sulla dannosità o meno di numerose attività. L'emergenza coronavirus rilancia quindi l'esigenza di configurare correttamente i rapporti tra scienza, politica e amministrazione. Parallelamente, le tendenze neopubblicistiche in atto, talora sfocianti in forme di pubblicizzazione delle relazioni sociali di rilievo generale, rischiano di determinare la pretermissione della sussidiarietà orizzontale dal dibattito sulla gestione dei rischi pandemici. Ciò stride con la centralità del coinvolgimento dei privati nei percorsi di certificazione della sicurezza, come nel caso del ruolo della laboratoristica privata nei processi di *screening* di intere categorie della popolazione attraverso test molecolari (c.d. tamponi) e di tipo sierologico.

ABSTRACT

The Covid-19 pandemic emergency offered and offers several opportunities for scholars of administrative law. Among various possible investigation, the essay analyses the impact of the precautionary and horizontal subsidiarity principles on the Covid-19 risk management. On the one hand, the COVID-19 emergency was characterized, from the beginning, by the absence of scientific certainty on the prevention and management of risks for human health. On the other hand, in the wake of the sociological theorization of the "risk society", the traditional deference of the right to technical-scientific contributions has entered into crisis when science is not able to provide certain answers on the harmfulness or otherwise of numerous activities. The coronavirus emergency therefore re-launches the need to correctly configure the relations between science, politics and administration. At the same time, current neo-publicist tendencies, sometimes resulting in forms of publicity of social relations of general importance, are likely to lead to the pretermission of horizontal subsidiarity from the debate on pandemic risk management. This clashes with the centrality of the involvement of private individuals in security certification processes, as

in the case of the role of private laboratories in the screening processes of entire categories of the population through molecular (so-called swabs) and serological tests.

PAROLE CHIAVE: emergenza, sussidiarietà orizzontale, COVID-19, precauzione.

KEYWORDS: emergency, horizontal subsidiarity, COVID-19, precaution.

INDICE: 1. Crisi della rappresentanza e nuove tendenze pubblicistiche: alcune antinomie. – 2. Emergenza, rischio e pericolo. – 3. La separazione tra valutazione scientifica e gestione del rischio. – 4. Il c.d. “lock-down” del Paese: *arcana imperii?*. – 5. Sussidiarietà e integrazione pubblico-privato. – 6. Laboratori privati, screening della popolazione e certificazione della sicurezza

1. Crisi della rappresentanza e nuove tendenze pubblicistiche: alcune antinomie.

L'emergenza pandemica da Covid-19 ha presentato e presenta numerosi spunti di riflessione per gli studiosi del diritto amministrativo. Nell'ambito di una molteplicità di possibili percorsi di indagine, che possono tutti trovare un *fil rouge* comune nella tematica della sovranità ancorata ai diritti fondamentali¹, sembra interessante analizzare l'impatto dei principi di precauzione e sussidiarietà orizzontale sulle scelte di gestione dei rischi da COVID-19.

L'emergenza pandemica in atto ha acuito profondamente la crisi della rappresentanza già da più parti segnalata: parlamento chiuso per diversi giorni e scarsa visibilità del governo, nella sua collegialità. È al contrario emersa la centralità dell'organo politico monocratico, il presidente del consiglio dei ministri, autore di numerosi decreti che hanno inverte le principali fonti del diritto durante la fase più acuta dell'emergenza.

Si tratta fenomeni che rientrano nel più ampio dibattito sulla personalizzazione della politica e che, come è stato recentemente evidenziato, non caratterizzano esclusivamente l'esperienza italiana². Ciò che, tuttavia, desta particolare interesse per il giuspubblicista è l'evidente antinomia tra la segnalata tendenza alla decisione politica monocratica e l'eterodeterminazione del contenuto della decisione politica sul rischio pandemico. Non si può non osservare, infatti, la tendenza dei rappresentanti di governo a richiamare le indicazioni scientifiche a fondamento delle proprie scelte. Nel caso italiano, tali indicazioni scientifiche sono state ulteriormente diffuse grazie alla partecipazione di autorevoli componenti (o collaboratori) di comitati tecnico-scientifici a importanti talk show televisivi, con dichiarazioni (poi rilanciate anche via social network) che hanno contribuito a ingenerare un vero e proprio legittimo affidamento dei cittadini nell'*ipse dixit* scientifico “di Stato”³. Nello stesso momento in cui la deci-

¹ Tematica centrale evidenziata da L. PERFETTI nel *position paper* di questa Rivista, *Forme della sovranità della persona, emergenza e poteri*, cfr. premessa del presente volume.

² V. MARTIGNY, *Le retour du prince*, Flammarion, Paris, 2020.

³ Come sottolineato da B. CARAVITA, M. CAVINO, F. FABRIZZI, M. NOCELLI, M.A. SANDULLI, *Il diritto pubblico e l'emergenza COVID-19*, Paper 13 marzo 2020, Osservatorio Emergenza Covid-19, *Federalismi.it*, i rapporti tra comunità scientifica, decisione politica e diritto all'informazione costituiscono, alla luce dell'emergenza in corso, uno dei principali temi di ap-

sione politica si rafforza passando attraverso scelte in larga parte monocratiche, i contenuti di quelle stesse decisioni sul rischio risultano integralmente demandati a supposte verità scientifiche.

In realtà, l'emergenza COVID-19 si è caratterizzata, fin dall'inizio, proprio per l'assenza di certezze scientifiche sulla prevenzione e gestione dei rischi per la salute umana. Del resto, nel solco della teorizzazione sociologica della "società del rischio", la tradizionale deferenza del diritto ai portati tecnico-scientifici è entrata in crisi di fronte ai casi di incapacità della scienza di fornire risposte certe sulla dannosità o meno di numerose attività⁴.

Se da un lato, quindi, l'emergenza coronavirus rilancia l'esigenza di configurare correttamente i rapporti tra scienza, politica e amministrazione⁵, dall'altro le tendenze neopubblicistiche in atto, talora sfocianti in forme di pubblicizzazione delle relazioni sociali di rilievo generale, rischiano di determinare la pretermissione della sussidiarietà orizzontale dal dibattito sulla gestione dei rischi pandemici⁶.

Non a caso, le recenti normative emergenziali e lo stesso dibattito pubblico maturato su di esse sembrano privilegiare modelli tendenzialmente pubblicistici, con una complessiva sottovalutazione delle potenzialità della collaborazione pubblico-privato nella *risk regulation*. Emerge anche in questo caso una evidente antinomia tra la evidenziata sottovalutazione della sussidiarietà orizzontale e la centralità del coinvolgimento dei privati nei percorsi di certificazione della sicurezza, come nel caso del ruolo della laboratoristica privata nei processi di *screening* di intere categorie della popolazione attraverso test molecolari (c.d. tamponi) e di tipo sierologico.

2. Emergenza, rischio e pericolo.

Con la delibera del consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. c), del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1, è stato dichiarato lo stato di emergenza nazionale «*in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili*». Il tema del rischio è stato quindi centrale nell'attivazione del sistema emergenziale di protezione civile, specie in relazione «*alla necessità di realizzare una compiuta azione di previsione e prevenzione*».

profondimento per la dottrina giuspubblicistica.

⁴ L'incertezza della scienza è uno dei perni della "società del rischio" magistralmente delineata ad inizio degli anni '80 dello scorso secolo dal sociologo tedesco Ulrich Beck, il quale si riferiva soprattutto ai rischi per la salute e per l'ambiente inconsapevolmente assunti dai cittadini-consumatori, rischi prodotti da un sistema industriale fortemente incentrato sulla ricerca scientifica applicata. Il riferimento d'obbligo va a U. BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt, 1986, trad. it. a cura di W. PRIVITERA, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2000.

⁵ Così F. FRACCHIA, *Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e diritto amministrativo: nulla sarà più come prima?*, www.ildirittodelleconomia.it.

⁶ Come già evidenziato da L. PERFETTI nel *position paper* di questa Rivista, *Forme della sovranità della persona, emergenza e poteri cit.*

L'analisi della delibera del consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, evidenzia lo stretto collegamento tra il rischio sanitario e le necessarie azioni preventive da mettere in campo, senza tuttavia mai richiamare espressamente il principio di precauzione. Sotto questo aspetto, alla rigida distinzione tra le equazioni rischio-incertezza-precauzione e pericolo-certezza-prevenzione⁷, sembra opportuno contrapporre una lettura in cui la precauzione costituisce "sviluppo e specificazione" della tutela preventiva⁸.

La stessa distinzione in termini di contrapposizione tra i concetti di rischio e pericolo non appare convincente. Dal punto di vista giuridico, in particolare, tale distinzione da un lato è stata talora correlata all'origine del pericolo (natura) e del rischio (tecnologia)⁹, dall'altro ha avuto come perno il concetto di sufficiente e oggettiva probabilità del danno. Quest'ultima costituirebbe l'elemento peculiare del pericolo. Il rischio, al contrario, si collocherebbe al di sotto della soglia del pericolo: la probabilità di una sua concretizzazione in danno è ignota o comunque incerta¹⁰.

La solidità teorica delle ricostruzioni sommariamente riassunte non può indurre a rinunciare a riflettere sulle conseguenze giuridiche della contrapposizione rischio-pericolo.

La distinzione in esame, infatti, si scontra sia con la difficoltà di fondare un differente significato dei principi di precauzione e prevenzione sulla base di una demarcazione netta tra scienza certa e incerta, sia con le perplessità che suscita, sotto il profilo della tutela cautelare, una contrapposizione tra rischio e *periculum in mora*¹¹. La giurisprudenza, del resto, tende non di rado ad utilizzare

⁷ Cfr. S. GRASSI, A. GRAGNANI, *Il principio di precauzione nella giurisprudenza costituzionale*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Biotecnologie e tutela del valore ambientale*, Giappichelli, Torino, p. 149-169. Sulla rigida distinzione rischio-pericolo nella dogmatica giuridica tedesca, più di recente v. F. FOLLIERI, *Decisioni precauzionali e stato di diritto. La prospettiva della sicurezza alimentare (I parte)*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2016, p. 1495 ss., ivi ulteriori indicazioni bibliografiche.

⁸ R. FERRARA, *Valutazione di impatto ambientale e organismi geneticamente modificati*, in R. FERRARA, I.M. MARINO, *Gli organismi geneticamente modificati. Sicurezza alimentare e tutela dell'ambiente*, Padova 2003, p. 328; ID., *I principi comunitari di tutela dell'ambiente*, in *Dir. Amm.* 2005, p. 530-531.

Afferma la sostanziale identità tra i principi di precauzione e prevenzione M.P. CHITI, *Il rischio sanitario e l'evoluzione all'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione precauzionale*, in *Annuario 2015 dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo, Il Diritto Amministrativo dell'emergenza*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 141-156. Come rileva P. DELL'ANNO, *Principi del diritto ambientale europeo e nazionale*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 80, «il principio di precauzione – considerato in astratto – rappresenta il metodo operativo tipico della prevenzione, che assume comportamenti e realizza interventi (anche strutturali) di natura prudenziale e cautelativa, così che i due principi posso essere considerati "una endiadi"».

⁹ J. ESTEVE PARDO, *Privileged Domain in risk treatment: Risk and Health*, in *Revue Européenne de Droit Public*, vol. 15, n. 1, 2003, 110.

¹⁰ Cfr. M. BRENNER, *The Risk in administrative law*, Relazione al seminario di studi dell'Associazione San Giustino "Il diritto amministrativo nella società del rischio", Acireale, 24 giugno 2005. V. inoltre M. BRENNER, A. NEHRIG, *Public Law and Risk in Germany*, in *Revue Européenne de Droit Public*, vol. 15, n. 1, 2003, 306-309.

¹¹ Sul punto può vedersi il recente lavoro monografico di R. DAGOSTINO, *Le corti nel diritto del rischio*, Cacucci, Bari, 2020.

come sinonimi i termini rischio e pericolo¹².

Il principio di precauzione è quindi il faro attraverso il quale rileggere le normative emergenziali delle ultime settimane, a nulla rilevando sotto questo aspetto l'origine industriale o naturale del rischio pandemico da COVID-19¹³.

3. La separazione tra valutazione scientifica e gestione del rischio

Il concetto di precauzione è strettamente correlato a quello di rischio: un rischio “potenziale”, non del tutto dimostrabile nella sua effettiva portata a causa dell'insufficienza e dell'incertezza dei dati scientifici¹⁴.

¹² *Ex. multis*, v. di recente CGARS, n. 852/2019; TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, n. 2217/2016; TAR Liguria, sez. I, n. 421/2016; TAR Lazio, Roma, n. 7782/2015.

¹³ La dottrina giuridica tedesca ha avuto un ruolo fondamentale nello studio del principio di precauzione. Tra gli altri, v. T. DARNSTÄDT, *Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge: eine Untersuchung über Struktur und Bedeutung der Prognose-Tatbestände im Recht der öffentlichen Sicherheit und Ordnung*, Alfred Metzner, Frankfurt, 1983; H.W. RENGELING, *Der Stand der Technik bei der Genehmigung umweltgefährdender Anlagen*, Carl Heymanns Verlag, Köln, 1985; A. REICH, *Gefahr, Risiko, Resrisiko: das Vorsorgeprinzip am Beispiel des Immissionschutzrechts*, Werner, Düsseldorf, 1989; E. REHBINDER, *Vorsorgeprinzip im Umweltrecht und präventive Umweltpolitik*, in U.E. SIMONIS (e.b.), *Präventive Umweltpolitik*, Campus, Frankfurt am Main – New York, 1988, 129 ss.; E. REHBINDER, *Prinzipien des Umweltrechts in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts: das Vorsorgeprinzip als Beispiel*, in *Festschrift für Horst Sandler*, C.H. Beck, München 1991, 269 ss. Più di recente, K.H. LADEUR, *Das Umweltrecht des Wissenschaftlers: von der Gefahrenabwehr zum Risikomanagement*, Duncker & Humblot, Berlin, 1995.

Per la dottrina francese cfr. G. CANS, *Le principe de précaution, nouvel élément du contrôle de légalité*, in *Revue française de droit administratif* 1999, 750 ss.; K. FOUCHER, *Principe de précaution et risque sanitaire: recherche sur l'encadrement juridique de l'incertitude scientifique*, Harmattan, Paris, 2002; C. NOUVILLE, *Du bon gouvernement des risques. Le droit et la question du «risque acceptable»*, P.U.F., Paris, 2003; A. GOSSEMENT, *Le principe de précaution: essai sur l'incidence de l'incertitude scientifique sur la décision et la responsabilité publique*, Harmattan, Paris, 2003; F. EWALD, C. COLLIER, N. DE SADELEER, *Le principe de précaution*, P.U.F., Paris, 2003.

Con riferimento alla letteratura anglosassone, v. T. O'RIORDAN, J. CAMERON (e.b.), *Interpreting the Precautionary Principle*, Earthscan Publications, London, 1994; T. O'RIORDAN, J. CAMERON, A. JORDAN (e.b.), *Reinterpreting the Precautionary Principle*, Cameron and May, London, 2001; E. FISHER, *Is the precautionary principle justiciable?*, in *Journal of Environmental Law* 13(3), 2001, 315-33; ID., *Risk regulation and Administrative Constitutionalism*, Hart Publishing, Portland, 2007.

Sul principio di precauzione nella dottrina italiana, v. in particolare I.M. MARINO, *Aspetti propedeutici del principio giuridico di precauzione*, www.giustamm.it; R. FERRARA, I.M. MARINO, *Gli organismi geneticamente modificati. Sicurezza alimentare e tutela dell'ambiente*, Cedam, Padova, 2003; F. TRIMARCHI, *Principio di precauzione e “qualità” dell'azione amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.* 2005, 1673-1707; R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, Giappichelli, Torino, 2007, 1-36; G. CORSO, *La valutazione del rischio ambientale*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Giappichelli, Torino, 2008, 158-170; per i lavori monografici: A. BARONE, *Il diritto del rischio*, cit.; F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Giuffrè, Milano, 2005; A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Il Mulino, Bologna, 2008. Più di recente, *ex multis*, possono vedersi: I.M. MARINO, *Aspetti propedeutici del principio di precauzione*, ora in ID., *Scritti giuridici*, II, a cura di A. Barone, Napoli, 2015, p. 1511-1544; R. DAGOSTINO, *The spillover rule of the administrative court to increase resilience*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2019, p. 51-69.

¹⁴ Commissione Europea, *Comunicazione sul principio di precauzione* - COM(2000)1, 2 febbraio 2000, <https://eur-lex.europa.eu>.

Il principio di precauzione consta di tre elementi strutturali: la valutazione del rischio, la gestione del rischio e la comunicazione del rischio.

La valutazione scientifica del rischio è volta alla “identificazione del pericolo”¹⁵, alla sua “caratterizzazione”¹⁶, alla “valutazione dell’esposizione”¹⁷, alla “caratterizzazione del rischio”. La misura precauzionale non può prescindere dalla obbligatoria valutazione scientifica del rischio; tale obbligatorietà non è circoscritta alle sole misure precauzionali di tipo amministrativo, involgendo anche il fronte della legislazione¹⁸.

Il momento centrale dell’approccio precauzionale è costituito dalla gestione del rischio, finalizzata all’esame delle alternative di intervento, tenendo conto degli esiti della valutazione del rischio, senza tuttavia restarne vincolati. Ciò ha due conseguenze giuridiche rilevanti.

Anzitutto, come rilevato dalla Corte di giustizia, in virtù del principio di precauzione, «quando sussistono incertezze riguardo all’esistenza o alla portata di rischi per la salute delle persone, possono essere adottate misure protettive senza dover attendere che siano esaurientemente dimostrate la realtà e la gravità di tali rischi»¹⁹.

Inoltre, le misure precauzionali devono essere fondate su un esame dei potenziali vantaggi e oneri derivanti dall’azione o dall’inazione, prendendo in considerazione aspetti ulteriori rispetto ai dati scientifici o a quelli di matrice economica. Tale esame non può ridursi ad un’analisi economica costi/benefici, dovendo invece allargarsi alla valutazione di altre variabili, come l’accettabilità della misura da parte della popolazione interessata: «è possibile, infatti, che una società sia pronta a pagare un costo più elevato al fine di garantire un interesse, quale l’ambiente o la salute, riconosciuto come di grande rilievo»²⁰.

¹⁵ *Ibidem*, All. III, 30, «Con identificazione del pericolo s’intende l’identificazione degli agenti biologici, chimici o fisici che possono avere effetti negativi. Una nuova sostanza o un nuovo agente biologico possono rivelarsi attraverso i loro effetti sulla popolazione (malattia o morte), o sull’ambiente e può essere possibile descrivere gli effetti attuali o potenziali sulla popolazione o sull’ambiente prima che la causa sia identificata al di là di ogni ragionevole dubbio».

¹⁶ *Ibidem*. «La caratterizzazione del pericolo consiste nella determinazione, in termini quantitativi e/o qualitativi, della natura e della gravità degli effetti nocivi collegati con gli agenti o le attività causali. In questa fase deve essere stabilito il rapporto tra le quantità di sostanze pericolose e gli effetti. Tuttavia, a volte è difficile o impossibile provare tale rapporto, ad esempio perchè il nesso causale non è stato individuato al di là di ogni ragionevole dubbio».

¹⁷ *Ibidem*. «La valutazione dell’esposizione consiste nella valutazione quantitativa o qualitativa della probabilità di esposizione all’agente in questione. Oltre alle informazioni sugli agenti stessi (fonte, distribuzione, concentrazioni, caratteristiche, ecc.), sono necessari dati sulla probabilità di contaminazione o esposizione della popolazione o dell’ambiente al pericolo».

¹⁸ Ad esempio, la Corte costituzionale, nella sentenza 26 giugno 2002, n. 282, relativa ad una legge regionale (delle Marche n. 26/2001) recante la «sospensione della terapia elettroconvulsivante, della lobotomia prefrontale e transorbitale e altri simili interventi di psicoturgia», ha sostenuto che: «un intervento sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza non potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso legislatore, bensì dovrebbe prevedere l’elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi — di norma nazionali o sovranazionali — a ciò deputati, dato l’“essenziale” rilievo che, a questi fini, rivestono “gli organi tecnico-scientifici”».

¹⁹ Corte di giustizia CE, sentenze 5 maggio 1998, causa C-157/96, par. 63, e causa C-180/96, punto 99; sent. 9 settembre 2003, causa C-236/01, par. 111, curia.europa.eu.

²⁰ Commissione Europea, *Comunicazione sul principio di precauzione*, cit.

In sostanza, in contesti di incertezza scientifica il principio di precauzione esalta la discrezionalità del decisore pubblico, che non resta necessariamente vincolata agli esiti della valutazione scientifica del rischio (il cui svolgimento deve comunque essere garantito). Tali esiti, peraltro, non possono rimanere segreti. Al contrario, come dimostra anche la più recente legislazione europea in materia di sicurezza alimentare, la necessaria trasparenza della valutazione del rischio è un passaggio essenziale nell'adozione di misure precauzionali, basate proprio sul confronto aperto tra i diversi fattori (scientifici e non) della scelta pubblica²¹.

4. Il c.d. “lock-down” del Paese: *arcana imperii*?

Da una prima analisi della normativa emergenziale nazionale relativa alla epidemia COVID-19 non sembra emergere il rispetto della corretta dialettica tra le componenti strutturali del principio di precauzione.

Basti pensare ai tre provvedimenti emergenziali con i quali, in meno di 10 giorni, sono state adottate misure assai restrittive per la libertà dei cittadini (di c.d. lock-down), dapprima limitatamente al territorio di alcuni comuni (DPCM del 1 marzo 2020), poi estese al territorio della regione Lombardia e di 14 province italiane (DPCM del 8 marzo 2020) e subito dopo generalizzate all'intero Paese (DPCM del 9 marzo 2020)²². In nessuno di questi provvedimenti è possibile riscontrare un sia pur minimo cenno alla (invero necessaria) valutazione scientifica del rischio connesso a misure precauzionali così stringenti e mai prima conosciute nei confronti dell'intera popolazione italiana.

Sotto questo aspetto, non può non rilevarsi il paradosso tra il continuo richiamo alle indicazioni della scienza da parte dei rappresentanti del governo e l'assenza del (necessario) riferimento proprio alla valutazione scientifica del rischio nelle misure precauzionali adottate dallo stesso governo. A questo paradosso si correla una conseguenza giuridica: l'omessa valutazione del rischio costituisce violazione del principio di precauzione e, inevitabilmente, rischia di incidere sulla stessa legittimità dei provvedimenti precauzionali, pur adottati in situazione emergenziali.

²¹ Ad esempio, in base al Considerando n. 12 del Regolamento Europeo del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/1381, relativo alla trasparenza e alla sostenibilità dell'analisi del rischio dell'Unione nella filiera alimentare: «La trasparenza del processo di valutazione del rischio contribuisce a che l'Autorità acquisisca maggiore legittimità agli occhi dei consumatori e del pubblico nel compimento della sua missione, accresce la fiducia nel lavoro da essa svolto e garantisce democraticamente una maggiore responsabilità dell'Autorità nei confronti dei cittadini dell'Unione. È perciò fondamentale rafforzare la fiducia del pubblico e delle altre parti interessate nel processo di analisi del rischio, che è alla base del pertinente diritto dell'Unione, e in particolare della valutazione del rischio, compresa la sua trasparenza, nonché nell'organizzazione, nel funzionamento e nell'indipendenza dell'Autorità».

²² Sulle misure di realizzazione del c.d. lock down dell'intero Paese cfr. F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, Paper 6 aprile 2020, in Osservatorio Emergenza Covid-19, *Federalismi.it*. V. altresì A. BARTOLINI, *#Torna il coprifuoco?# Alcune riflessioni sul #DPCM (Decreto Presidente Consiglio dei Ministri)# #coronavirus# dell'8 marzo 2020*, www.ridiam.it.

Non si tratta di una criticità solo italiana.

Come è stato segnalato, infatti, analoghe perplessità possono essere sollevate, ad esempio, per la decisione del governo austriaco di chiudere ai viaggiatori il passo del Brennero (salvo presentazione di certificato medico) ovvero per la misura del governo spagnolo di chiudere in via precauzionale il collegamento aereo con l'Italia in assenza di una valutazione oggettiva del rischio²³.

Tornando al caso italiano, il segnalato *vulnus* della mancata valutazione scientifica del rischio è stato solo in parte sanato in sede di proroga delle misure di *lock-down* generalizzato fino al 3 maggio 2020. L'art. 2, comma 1, del decreto legge 25 marzo 2020, n. 19, in particolare, prevede che “per i profili tecnico-scientifici” le misure precauzionali di contenimento dell'emergenza pandemica siano adottate (con DPCM) «sentito, di norma, il Comitato tecnico-scientifico» previsto dall'ordinanza n. 630 del 3 febbraio 2020 del capo dipartimento della protezione civile (precedentemente operante solo a supporto del citato capo dipartimento). Di conseguenza, il DPCM del 10 aprile 2020 è stato adottato «preso atto del verbale del Comitato tecnico-scientifico n. 49 del 9 aprile 2020». Le gravi limitazioni alle nostre libertà (quelle in vigore fino al 3 maggio 2020) sono quindi derivate da misure precauzionali adottate sulla base di una valutazione scientifica del rischio che, tuttavia, i cittadini non conoscono.

Analogamente, il DPCM del 26 aprile 2020, di individuazione (tra l'altro) delle misure di contenimento del contagio efficaci dal 4 al 17 maggio 2020, è stato adottato «visti i verbali n. 57 del 22 aprile e n. 59 del 24-25 aprile 2020 del Comitato tecnico-scientifico [...]».

Ad oggi i pareri n. 49 del 9 aprile 2020, n. 57 del 22 aprile 2020 e n. 59 del 24-25 aprile 2020 del “Comitato tecnico-scientifico” non sono stati resi pubblici, così come gli altri verbali delle riunioni di tale Comitato. Ciò sembra stridere con il portato giuridico del principio di precauzione e con la necessaria trasparenza dei processi di valutazione del rischio.

In ogni caso, anche volendo prescindere dalla sussistenza di un obbligo di pubblicazione degli esiti della valutazione scientifica del rischio pandemico, il governo non potrà che riscontrare positivamente l'istanza di accesso civico generalizzato eventualmente avanzata da qualunque cittadino²⁴.

5. Sussidiarietà e integrazione pubblico-privato.

Sul fronte del rapporto pubblico-privato, dall'analisi della magmatica normativa emergenziale italiana relativa alla pandemia da COVID-19 emerge una prevalente impostazione pubblicistica, che si traduce, ad esempio, attraverso l'utilizzo di tradizionali strumenti marcatamente autoritativi. Basti pensare, al

²³ A. DONATI, *L'Europa e la crisi del coronavirus: alla (ri) scoperta del principio di precauzione*, 16 marzo 2020, *BioLaw Journal* 2/2020, www.biodiritto.org.

²⁴ Per questi profili, nell'ambito di una vasta letteratura, può vedersi A. Barone, R. D'Agostino, *La pubblica amministrazione come “casa di vetro”?*, in A. Barone, (a cura di), *Cittadini, imprese e pubbliche funzioni*, Bari, 2018, p. 171-211, ivi ulteriori indicazioni bibliografiche. V. altresì, *ex multis*, A.G. OROFINO, *Profili giuridici della trasparenza amministrativa*, Bari, 2013.

riguardo, alla previsione dell'art. 6 del decreto legge c.d. "cura Italia" (n. 18 del 2020), che disciplina la possibilità della «requisizione in uso o in proprietà di presidi sanitari e medico-chirurgici, nonché di beni mobili di qualsiasi genere, occorrenti per fronteggiare la predetta emergenza sanitaria, anche per assicurare la fornitura delle strutture e degli equipaggiamenti alle aziende sanitarie o ospedaliere ubicate sul territorio nazionale, nonché per implementare il numero di posti letto specializzati nei reparti di ricovero dei pazienti affetti da detta patologia». Questa disposizione sembra destinata prevalentemente al mondo della sanità privata accreditata, secondo una prospettiva che pare negare proprio a questo mondo un ruolo importante nella co-gestione del rischio pandemico.

Invero, precauzione e sussidiarietà orizzontale costituiscono principi che possono trovare diversi punti di contatto; il principio di precauzione, del resto, incide anche sull'attività degli operatori economici²⁵. Si vuol dire che in contesti di emergenza pandemica un'interpretazione del ruolo dell'impresa fondata sull'unico ed assorbente riferimento allo scopo «istituzionale» del profitto, contrapposto all'interesse pubblico perseguito esclusivamente dalle Amministrazioni, non corrisponde più all'odierna realtà ordinamentale²⁶, come evidenziato anche dalla migliore dottrina giuscommerciale²⁷.

Più in generale, si è notato che il sistema dei rapporti tra livelli di governo, europeo e nazionale, presuppone un modello relazionale tra pubblico e privato in cui il primo sopravviene «solo nel momento in cui i cittadini e la società non abbiano strumenti adeguati alla salvaguardia e al potenziamento delle originarie capacità umane»²⁸. In particolare, è stata evidenziata la necessità di interpretare il principio di

²⁵ Sia consentito il rinvio ad A. BARONE, *Pubblico e privato nella gestione del rischio*, in G. GUERRA, A. MURATORIO, E. PARIOTTI, M. PICCINNI, D. RUGGIO (a cura di), *Forme di responsabilità e nanotecnologie*, Bologna, 2011, p. 159-184.

²⁶ In linea generale, è ancor oggi valida la tesi che nega la funzionalizzazione dell'attività d'impresa. Questa non ha carattere discrezionale, mancando sia l'indicazione *ex ante* dei fini da raggiungere che il carattere della doverosità del perseguimento di tali fini (cfr. sul punto V. OTTAVIANO, *La regolazione del mercato*, ora in *Scritti giuridici*, II, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 189-190). Tuttavia, gli esempi proposti impongono una riflessione su un possibile mutamento nell'apprezzamento giuridico dell'attività d'impresa, che non può certo tradursi nella riproposizione *de plano* delle teorie sulla funzione sociale dell'impresa, nate nella Germania weimariana del primo dopoguerra, sulle quali cfr. C.S. MAIER, *La rifondazione dell'Europa borghese. Francia, Germania e Italia nel decennio successivo alla prima guerra mondiale*, Il Mulino, Bologna, 1999. Sul tema v. anche RATHENAU, *Vom Aktien Wesen – Eine geschäftliche Betrachtung*, Berlin 1917, Trad. it., *La realtà della società per azioni*, in *Riv. società* 1960, pp. 912 ss.; BERLE, MEANS, *Società per azioni e proprietà privata*, Trad. it., Einaudi, Torino, 1966, pp. 332 ss.

²⁷ M. LIBERTINI, *Impresa e finalità sociali. Riflessioni sulla teoria della responsabilità sociale dell'impresa*, in *Riv. società* 2009, pp. 1-33.

²⁸ G. BERTI, *Considerazioni sul principio di sussidiarietà*, in *Jus* 1994, 409. Secondo Berti (*Sussidiarietà e organizzazione dinamica*, in *Jus* 2004, 173), in particolare, «affinchè la sussidiarietà entri nel dibattito, occorre evocare un mondo di parti uguali, di figure uguali, con le stesse idoneità, con le stesse capacità: allora, l'una può aiutare l'altra, ed è possibile inventare delle formule o dei processi, affinché là dove non arriva un soggetto possa arrivare un altro soggetto, quello che gli è sopra o quello che gli è sotto. E difatti la sussidiarietà è intesa sia in senso verticale, sia orizzontale, ma è intesa anche come un processo che non ha un prima e un dopo prefissati. La sussidiarietà è il segno, ed ecco la sua forza di principio, il simbolo di una liberazione dell'ordine giuridico da forme di capacità e di competenze precostituite e costrittive [...] Si comprende al-

sussidiarietà orizzontale in termini di integrazione pubblico-privato (“pubblico come”) piuttosto che sotto l’aspetto dell’alternativa secca “pubblico sì - pubblico no”²⁹. Specie in settori come sicurezza umana, salute e ambiente, la sussidiarietà orizzontale non può risolversi, secondo logiche di matrice neoliberista, nella sostituzione integrale del privato al pubblico. In contesti di rischio da incertezza scientifica, ad una siffatta impostazione occorre contrapporre una lettura del principio fondata sulla necessaria integrazione e cooperazione pubblico-privato. È questa la prospettiva della co-gestione del rischio, che trova fondamento costituzionale sia nell’art. 118, comma 4, Cost., che nell’art. 41, comma 2, Cost. Tale ultima disposizione costituzionale, come è noto, se da un lato riconosce la libertà di iniziativa economica privata, dall’altro impone che la suddetta libertà non possa svolgersi in modo da recare danno alla libertà, alla dignità e soprattutto alla «sicurezza umana»³⁰.

6. Laboratori privati, screening della popolazione e certificazione della sicurezza

Nel contesto dell’emergenza pandemica da COVID-19, un esempio della collaborazione necessaria pubblico-privato può essere individuato nell’attività di screening di interi settori della popolazione, attraverso i test molecolari (c.d. tamponi) e di tipo sierologico, avviata da alcune regioni italiane.

Anche in questo caso, il tema non è solo italiano: le autorità tedesche hanno raggiunto importanti risultati di prevenzione e riduzione del contagio da COVID-19 grazie all’alleanza strategica con la laboratoristica privata, consentendo l’effettuazione di test molecolari (tamponi) su milioni di cittadini³¹.

La posizione del nostro Ministero della Salute, assunta fin dalla circolare del 22 febbraio 2020, è stata quella della effettuazione dei test nei confronti dei soli casi “sintomatici”³². A livello regionale, al contrario, è progressivamente

lora che anche la sussidiarietà può diventare essa stessa, e lo diventa, un processo di decantazione di valori, e quindi di attuazione dell’ordine costituzionale effettivo.

Evidenziano il carattere preliminare della sussidiarietà orizzontale rispetto a quella verticale, quale limite all’intervento pubblico, G. PASTORI, *La sussidiarietà «orizzontale» alla prova dei fatti nelle recenti riforme legislative*, in AA.VV., *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali*, Padova 1999, p. 170-182; M.P. CHITI, *Principio di sussidiarietà, pubblica amministrazione e diritto amministrativo*, in F.A. ROVERSI MONACO F. (a cura di), *Sussidiarietà e pubbliche amministrazioni*, Maggioli, Rimini, 1997, p. 97-99.

²⁹ Cfr. A. D’ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. Cost.*, 2001, p. 13-33. Sul principio di sussidiarietà in senso orizzontale resta fondamentale il contributo di G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell’art.118, u.c. della Costituzione*, Relazione al Convegno “Cittadini attivi per una nuova amministrazione”, Roma 7-8 febbraio 2003, www.astridonline.it.

³⁰ Così I.M. MARINO, *Presentazione del Master in “Gestione globale del rischio”*, LUM-Jean Monnet, Casamassima (Ba), 14 maggio 2004.

³¹ Il dato è tratto da notizie di stampa: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-04-02/private-labs-helped-germany-test-1-million-for-covid-19-virus>.

³² Su questi aspetti v. D. DI FALCO, L. MADDALENA, *La politica del tracciamento dei contatti e dei test per covid-19 alla luce delle ultime direttive OMS: nessun ostacolo giuridico impedisce di utilizzare il*

emersa da più fronti una diversa impostazione, fondata su screening di intere categorie della popolazione come strumento di prevenzione e gestione del rischio pandemico. Toscana, Veneto e Sicilia, ad esempio, hanno addirittura inaugurato la via dei test sierologici in aggiunta ai test molecolari estesi³³, talora anticipando posizioni poi riconosciute anche a livello nazionale³⁴.

Queste scelte di differenziazione regionale non soltanto dimostrano la perdurante importanza della strutturazione su base regionale del servizio sanitario, ma soprattutto rilanciano la prospettiva della collaborazione, a tratti necessitata, tra pubblico e privato. L'effettuazione di centinaia di migliaia, forse milioni, di test sulla popolazione non può certo essere sostenuta dalle sole strutture pubbliche, rendendosi necessaria la collaborazione del privato accreditato.

Pertanto, alcune regioni italiane hanno pubblicato manifestazioni di interesse per il coinvolgimento dei migliori (in termini di organizzazione, strumentazione e risorse umane dedicate) laboratori privati nelle politiche di screening di intere categorie della popolazione, mantenendo però il controllo e la gestione dei dati relativi ai risultati in ottica di gestione del rischio pandemico³⁵. I laboratori privati, in particolare, vengono cooptati all'interno della organizzazione pubblica del servizio di screening della popolazione, svolgendo un segmento importante di tale servizio costituito dall'attività analitica, i cui risultati vengono

'modello coreano' anche in Italia, paper 28 marzo 2020, in Osservatorio Emergenza Covid-19, *Federalismi.it*.

³³ In via esemplificativa possono richiamarsi l'ordinanza del Presidente della Regione Toscana n. 23 del 3 aprile 2020, il progetto regionale veneto sotto la guida scientifica dell'AOP di Padova e dell'AOUI di Verona, la nota prot. 14005 del 16/4/2020 dell'Assessorato della salute della Regione Siciliana.

³⁴ V. ad esempio il decreto di aggiudicazione della gara per la fornitura di kit sierologici del Capo dipartimento della protezione civile del 25 aprile 2020 (protezionecivile.gov.it), in cui si legge che la suddetta gara è stata avviata in data 17 aprile 2020 *«preso atto delle indicazioni del Comitato Tecnico Scientifico di cui all'art. 2 dell'Ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione Civile n. 630 del 3 febbraio 2020 in merito all'opportunità di avviare studi siero-epidemiologici cross-sectional sulla popolazione generale residente nelle regioni italiane, nonché del protocollo metodologico approvato nella seduta del 9 aprile 2020»*.

³⁵ Si veda ad esempio l'ordinanza contingibile e urgente n. 7 del 20/3/2020 del Presidente della Regione Siciliana ed il Decreto dell'Assessore della Salute della Regione Siciliana n. 248 del 27 marzo 2020, a cui hanno fatto i decreti assessoriali nn. 266, 280 e 301/2020.

Le esperienze regionali non sono comunque scevre da profili di criticità. Sempre in via esemplificativa, può richiamarsi il contenzioso insorto in relazione all'indagine di mercato della regione Campania finalizzata all'individuazione dei laboratori/consorzi per l'analisi dei tamponi oro-faringei volti all'attività di screening, sul quale è recentemente intervenuto il decreto del presidente del TAR Campania, Napoli, n. 776 del 11/4/2020, seguito dall'ordinanza della I sezione n. 856 del 22/4/2020, che hanno per il momento confermato la legittimità dell'operato regionale. Ancora, può vedersi il decreto del presidente del TAR Lombardia, Milano, n. 596 del 22/4/2020, che ha chiarito come l'accordo quadro stipulato tra la Fondazione I.R.C.C.S. Policlinico San Matteo e la società Diasorin S.p.A., finalizzato (tra l'altro) all'elaborazione di nuovi test molecolari e sierologici per la diagnosi di infezione da SARS-Cov-2, non sembri esaurirsi in un puro accordo di collaborazione scientifica tale da essere sottratto al confronto concorrenziale di mercato.

gestiti e comunicati solo ed esclusivamente dalle amministrazioni pubbliche. In tal guisa, i laboratori privati selezionati entrano nel processo di valutazione del rischio funzionale (tra l'altro) alla adozione delle auspiccate misure di sblocco e riapertura del Paese.

A fronte degli esempi richiamati, tuttavia, altre regioni hanno optato per modelli misti, nei quali il coinvolgimento dei laboratori privati è avvenuto per i test sierologici mentre i c.d. “tamponi” sono stati processati solo da strutture pubbliche. Questo diverso modello, scelto dalla regione Lazio, pur avendo ricevuto un primo provvisorio avallo dal Consiglio di Stato non sembra comunque contraddire la prospettiva della collaborazione pubblico-privato, posto che esso va riferito ad un determinato contesto epidemiologico ed è quindi compatibile con le diverse soluzioni organizzative adottate in altre realtà regionali³⁶.

Il caso della laboratoristica privata dimostra come l'auspicato progressivo superamento delle misure di c.d. *lock-down* passi anche attraverso percorsi di certificazione della sicurezza che vedano necessariamente coinvolti i soggetti privati secondo modelli ascrivibili alla prospettiva costituzionale della sussidiarietà orizzontale. Il principio di precauzione, sotto questo aspetto, non impone necessariamente modelli organizzativi centralistici o necessariamente fondati su modelli autoritativi, ma al contrario, si apre alla prospettiva della *responsible governance* del rischio, che vede coinvolta a pieno titolo il sistema delle autonomie, pubbliche e private³⁷.

³⁶ Consiglio di Stato, sez. III, decreto presidenziale n. 3769 del 26/6/2020, che sospende l'ordinanza del TAR Lazio, sez. III, n. 4350 del 15/6/2020.

³⁷ Sia consentito il rinvio ad A. Barone, *La certificazione nel diritto del rischio*, in F. Fracchia, M. Occhiena (a cura di), *I sistemi di certificazione tra qualità e certezza*, Milano 2006, p. 41- 52; Id., *Pubblico e privato nella gestione del rischio cit.* Sull'esigenza di rileggere i temi della organizzazione amministrativa cfr. L. PERFETTI, *Sulla necessità di ripensare all'organizzazione amministrativa nel tempo presente. Brevi annotazioni sulla riflessione di Enrico Follieri relativa all'organizzazione amministrativa*, in V. Fanti (a cura di), *Diritto e processo amministrativo. Giornate in onore di Enrico Follieri*, Napoli, ESI, 2019, I, p. 579-590.

MARIA CRISTINA CAVALLARO

Professore ordinario di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Palermo
mariacristina.cavallaro@unipa.it

**AUTODETERMINAZIONE DEL PAZIENTE,
OBIEZIONE DI COSCIENZA E OBBLIGHI DI
SERVIZIO PUBBLICO: BREVI CONSIDERAZIONI
SULLA STRUTTURA DEL DIRITTO ALLA SALUTE**

**THE RIGHT TO PATIENT SELF-DETERMINATION,
CONSCIENTIOUS OBJECTION AND PUBLIC-SERVICE
OBLIGATIONS: SOME REFLECTIONS ON THE
STRUCTURE OF THE RIGHT TO HEALTH**

SINTESI

L'articolo ha ad oggetto il tema del diritto alla salute e dei conseguenti oneri organizzativi che gravano sulla amministrazione sanitaria. In particolare, l'attenzione è rivolta a quelle prestazioni che riguardano le c.d. questioni eticamente sensibili, dall'interruzione volontaria di gravidanza alla richiesta di sospensione del trattamento sanitario, rispetto alle quali, a fronte della richiesta del paziente, l'operatore sanitario potrebbe sollevare obiezione di coscienza. Al riguardo, dall'analisi della giurisprudenza costituzionale e amministrativa, emerge la possibilità di considerare una diversa struttura del diritto alla salute, come diritto di libertà la cui realizzazione implica l'erogazione di una prestazione da parte del soggetto pubblico.

ABSTRACT

This article talks about the right to health and the consequent obligations that rest on sanitary administration. In particular, it focuses on all that issues that are considered as morally sensitive, like abortion or asking for stopping sanitary treatment, and when a patient ask for this treatment, the doctor may act as conscientious objector.

On this point, there's the possibility, as the case administrative and constitutional law established, that exist another different structure of the right to health, considered now as right of freedom that it's realized by the public subject's obligation.

PAROLE CHIAVE: diritto alla salute - obiezione di coscienza - obblighi di servizio pubblico

KEYWORDS: right to health - conscientious objection, public-service obligations

INDICE: 1. L'evoluzione del diritto alla salute e il ruolo della Corte costituzionale – 2. Autodeterminazione del paziente e disciplina di diritto positivo: la relazione di cura e il consenso informato – 3. Obblighi di servizio pubblico e obiezione di coscienza tra inizio e fine vita. – 4. Obiezione di coscienza e “dignità nel morire” – 5. Considerazioni conclusive: la salute come diritto.

*Ciascuno è l'unico autentico
guardiano della propria salute,
sia fisica sia mentale e spirituale.*

J. S. MILL, *Saggio sulla libertà*,
trad. it. S. Magistretti, il Saggiatore, Milano, 1993, p. 26

1. L'evoluzione del diritto alla salute e il ruolo della Corte costituzionale.

Nella tradizionale dicotomia tra diritti di libertà e diritti sociali, il diritto alla salute assume un ruolo del tutto peculiare: la sua struttura incorpora le tensioni più significative dei diritti di libertà, che intersecano le problematiche connesse alla libertà personale e alla realizzazione della personalità dell'individuo, e le aspettative più rilevanti dei diritti sociali, intesi come diritti di prestazioni positive, che presuppongono uno sforzo organizzativo di cui deve farsi carico il soggetto pubblico. Qualificato dalla Costituzione come «*fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività*»¹, il diritto alla salute attraversa i passaggi cruciali dell'esistenza umana (dall'inizio, al fine vita); la sua tutela e garanzia condiziona in misura rilevante il pieno sviluppo della persona; e il grado di protezione che l'ordinamento riesce ad accordare riflette in misura considerevole il livello di trasformazione e di sviluppo di una società, grazie alle straordinarie opportunità e conquiste legate alla ricerca scientifica e al progresso tecnologico.

Consapevole della costante oscillazione del diritto alla salute tra libertà e prestazione, l'intervento del legislatore nazionale si è manifestato su entrambi i profili di tutela.

L'istituzione del Servizio sanitario nazionale (l. 23 dicembre 1978, n. 833) e la successiva riforma degli anni Novanta (d. lgs. 533/1992) hanno definito la struttura organizzativa dell'amministrazione sanitaria preposta all'erogazione delle prestazioni di cura, in attuazione di un ampio decentramento, che, soprattutto a partire dalla riforma del Titolo V della Costituzione, ha collocato l'organizzazione sanitaria e il diritto alla salute “nel crocevia” di due distinte forme di intervento: da un lato lo Stato, che provvede al finanziamento, dall'altro le Regioni, che erogano le prestazioni di cura².

Sul versante della tutela della salute come libertà, assume un rilievo centrale la disciplina sul consenso informato, che formalmente, e in termini generali, entra nel nostro ordinamento con la legge di ratifica della Convenzione di Oviedo³ (e oggi trova una compiuta disciplina nell'art. 1 della l. 22 dicembre

¹ Sulla nozione costituzionale del diritto alla salute, v. M. LUCIANI, *Salute, I) Diritto alla salute, Dir. Cost.*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXVII, Roma 1991; cfr. inoltre B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali*, Milano, 2001, in particolare p. 120 e p. 131 a proposito del dibattito in assemblea costituente sull'introduzione dell'art. 32 Cost.

² L. ANTONINI, *Il diritto alla salute e la spesa costituzionalmente necessaria: la giurisprudenza costituzionale accende il faro della Corte*, in *Federalismi.it*, 2017.

³ Il cui art. 5 prevede che «un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non do-

2017, n. 219), ma che in effetti già dagli anni Sessanta ha trovato specifiche formulazioni⁴, potendosi ricondurre la ratio all'art. 32 Cost., nella parte in cui vieta i trattamenti sanitari obbligatori, se non espressamente previsti dalla legge, ma ancor prima nell'art. 13 Cost., che, nella ricostruzione della Corte costituzionale, riconosce l'inviolabilità della persona «come "libertà", nella quale è postulata la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo»⁵. Con più esplicito riferimento alle questioni c.d. eticamente sensibili, rimanendo nel campo della libertà di autodeterminazione del paziente come aspetto essenziale del diritto alla salute, la già richiamata disciplina sulle disposizioni anticipate di trattamento (l. n. 219/2017, c.d. DAT), è espressione della forma più estrema di libertà di cura e di non cura; come pure devono essere considerate, benché per profili diversi, la disciplina sull'interruzione volontaria di gravidanza (l. 22 maggio 1978, n. 194, c.d. IGV), da intendersi come una questione di salute della donna⁶, e la disciplina sulla procreazione medicalmente assistita (l. 19 febbraio 2004, n. 40, c.d. PMA) a tutela delle scelte procreative della coppia. Infine, il quadro normativo nazionale si misura con le fonti sovranazionali, tra cui s'è già ricordata la Convenzione di Oviedo e deve ora aggiungersi la Convenzione EDU (e l'art. 2, in particolare, che qualifica il diritto alla vita), nonché la Carta dei diritti di Nizza: si tratta di atti normativi che arricchiscono il contenuto e la semantica dei diritti, consentendo di colmare quegli spazi lasciati vuoti dal legislatore nazionale⁷.

Nella composizione del contenuto e nella definizione dei contorni del diritto alla salute, nella sua multiforme struttura, il contributo della Corte costituzionale è stato fondamentale.

In primo luogo, nel sottolineare la dimensione legata all'esercizio delle libertà e nel tratteggiare l'essenza dei compiti organizzativi che gravano sul soggetto pubblico, la Corte ha individuato nella garanzia della dignità della persona una sorta di denominatore comune della tutela della salute, in modo da assicurarne le libertà e proteggerne l'intrinseca fragilità, in quanto "diritto finanziariamente condizionato". La garanzia della dignità della persona può essere intesa quale fondamento assiomatico dei diritti, secondo un criterio che, riprendendo una suggestione proposta da Nicolò Lipari, riprende l'identità dell'originario significato del termine assioma⁸.

po che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato. Questa persona riceve innanzitutto una informazione adeguata sullo scopo e sulla natura dell'intervento e sulle sue conseguenze e i suoi rischi. La persona interessata può, in qualsiasi momento, liberamente ritirare il proprio consenso». La Convenzione di Oviedo è stata recepita in Italia recepita con l. 28/03/2001, n. 145.

⁴ E. ROSSI, *Profili giuridici del consenso informato: i fondamenti costituzionali e gli ambiti di applicazione*, *Rivista AIC*, 2011.

⁵ Corte Costituzionale sentenza n. 471 del 1990 e sentenza n. 238 del 1996.

⁶ A. PIOGGIA, *Diritto all'aborto e organizzazione sanitaria, ovvero del diavolo nei dettagli*, in *Medicina nei secoli*, 2016. In una diversa direzione T. PITCH, *Un diritto per due*, Milano, 1998, in particolare p. 83.

⁷ A. RUGGERI, *Dignità versus vita?*, in *Rivista AIC*, 2011 in *Rivista AIC*, 2011.

⁸ «Il termine greco ἀξίωμα, che aveva all'origine il significato proprio di dignità (intesa come qualità,

Così formulato, l'intendimento emerge con tutta chiarezza in riferimento alla complessità dei rapporti tra potestà legislativa dello Stato e delle regioni. All'indomani della riforma del Titolo V, la Consulta ha chiarito che «*il confine fra terapie ammesse e terapie non ammesse, sulla base delle acquisizioni scientifiche e sperimentali, è determinazione che investe direttamente e necessariamente i principi fondamentali della materia, collocandosi all'incrocio fra due diritti fondamentali della persona malata: quello ad essere curato efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell'arte medica; e quello ad essere rispettato come persona, e in particolare nella propria integrità fisica e psichica*»⁹. In tempi più recenti, si è ribadito «*che il diritto della persona di essere curata efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell'arte medica, e di essere rispettata nella propria integrità fisica e psichica deve essere garantito in condizione di eguaglianza in tutto il paese, attraverso una legislazione generale dello Stato basata sugli indirizzi condivisi dalla comunità scientifica nazionale e internazionale*». Tale principio vale non solo per le scelte dirette a limitare o a vietare determinate terapie, ma anche per quelle relative all'imposizione di taluni trattamenti sanitari. Se è vero che il «*confine tra le terapie ammesse e terapie non ammesse, sulla base delle acquisizioni scientifiche e sperimentali, è determinazione che investe direttamente e necessariamente i principi fondamentali della materia*», a maggior ragione, e anche per ragioni di eguaglianza, «*deve essere riservato allo Stato – ai sensi dell'art. 117, terzo comma, Cost. – il compito di qualificare come obbligatorio un determinato trattamento sanitario, sulla base dei dati e delle conoscenze medico-scientifiche disponibili*»¹⁰.

Più in generale, la Corte ha contribuito all'inquadramento costituzionale dei diritti e delle pretese connessi alla garanzia della salute, precedendo in alcuni casi l'intervento legislativo, ovvero correggendone la traiettoria: è accaduto con riferimento alla disciplina della procreazione medicalmente assistita, rispetto alla quale il giudice delle leggi ha osservato che «*l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio delle contrapposte esigenze, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene «primariamente alla valutazione del legislatore», ma resta ferma «la sindacabilità della stessa, al fine di verificare se sia stato realizzato un non irragionevole bilanciamento di quelle esigenze e dei valori ai quali si ispirano*»¹¹.

Altrettanto significativo è il contributo legato alla definizione del consenso informato, inteso come «*l'espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico*»: la Corte ne ha affermato il fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione, ponendo in risalto «*la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è*

pregio, valore elevato dell'essere umano), è venuto progressivamente assumendo quello che oggi assegniamo al lemma assioma (inteso come principio primo, enunciato evidente di qualunque procedimento argomentativo)», N. LIPARI, Personalità e dignità nella giurisprudenza costituzionale, Riv. trim. dir. proc. civ., 2017, p. 851; sul concetto di dignità v. A. RUGGERI, Dignità versus vita?, cit.

⁹ Corte Costituzionale sentenza n. 338 del 2003, che richiama la sentenza n. 282 del 2002.

¹⁰ Corte Costituzionale sentenza n. 5 del 2018 e 169 del 2017.

¹¹ Corte Costituzionale sentenza 162 del 2014; in senso analogo sentenza n. 347 del 1998, richiamata dalla stessa Consulta; sulla l. n. 40/2004, la Corte è intervenuta anche con la sentenza n. 96 del 2015.

vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione»¹².

Infine, all'equilibrato intervento della Corte si deve ascrivere lo sforzo di introdurre una più compiuta disciplina in materia di eutanasia, che, nel perdersi dell'inerzia legislativa, tenesse conto della non più rinviabile esigenza di dar voce a un fondamentale diritto di autodeterminazione del paziente, in una con la necessità di assicurare la dovuta protezione ai soggetti più vulnerabili. Si tratta delle due recenti pronunce, tra loro collegate, attraverso le quali la Corte si è fatta carico del potenziale vuoto normativo derivante da un annullamento "secco" della norma ritenuta incostituzionale (che nella specie è l'art. 580 c.p., in tema di aiuto al suicidio) e ha offerto una sia pur temporanea soluzione, «*ricavando dalle coordinate del sistema vigente i criteri di riempimento costituzionalmente necessari, ancorché non a contenuto costituzionalmente vincolato, fin tanto che sulla materia non intervenga il Parlamento*»¹³.

Proprio con riguardo a queste ultime questioni eticamente sensibili, e nell'impossibilità di indagare tutti i complessi profili del diritto alla salute e dei relativi spazi di tutela, è interessante soffermare l'attenzione su un aspetto particolare della delicata materia, legato al rapporto tra le libertà e l'autodeterminazione del paziente e i connessi obblighi di servizio pubblico che gravano sull'amministrazione sanitaria. La quale è tenuta altresì a garantire i più intimi convincimenti dei propri operatori, che eventualmente intendano prestare obiezione di coscienza, nei casi in cui la stessa sia consentita.

2. Autodeterminazione del malato e disciplina di diritto positivo: la relazione di cura e il consenso informato.

Nel tentativo di individuare il difficile crinale in cui l'amministrazione sanitaria si trova a operare, può essere utile qualche ulteriore considerazione sulla *ratio* del consenso informato che, nella prospettiva di rafforzare e proteggere il principio di autodeterminazione del paziente, ha accelerato un processo di trasformazione del diritto alla salute e della conseguente relazione di cura che lo connota: poiché solo a garanzia di questo principio di autodeterminazione del paziente, e nel rispetto della relazione terapeutica, può e deve essere assicurata l'obiezione di coscienza degli operatori sanitari.

Al di là di una specifica previsione normativa, capace di disciplinare compiutamente e in termini generali la disciplina del consenso informato, oggi contenuta nella legge del 2017, ma la cui radice, secondo Rodotà, può cogliersi

¹² Corte Costituzionale sentenza 438 del 2008.

¹³ Si tratta dell'ordinanza n. 207 del 2018 e della successiva sentenza n. 242 del 2019, entrambe sul c.d. caso Cappato, su cui ci si soffermerà *infra*.

già nel 'giuramento di Ippocrate' e più ancora nel c.d. codice di Norimberga¹⁴, il dibattito avviato nella seconda metà del Novecento segna, anzitutto, una presa di distanza dall'idea della salute intesa unicamente come integrità fisica, ovvero come "assenza di malattia", preferendosi ad essa una nozione ben più ampia, capace di abbracciarne una dimensione quasi immateriale, che include il benessere psichico e il grado di realizzazione sociale dell'individuo. Il processo di trasformazione è testimoniato dalla nozione di salute indicata dall'Organizzazione mondiale della sanità sin dal momento della sua istituzione nel 1948, che accoglie una nozione di salute intesa come "stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, non soltanto assenza di malattia o di infermità". L'ulteriore passaggio registrato dalla dottrina attiene all'esigenza di armonizzare la nozione di salute e la correlata identità individuale del paziente, che si traduce nel principio di autodeterminazione del paziente¹⁵.

Il riferimento al benessere psico-fisico ed esistenziale della persona arricchisce la nozione costituzionale di salute e consente l'affermazione del paradigma consensuale, nell'ambito del rapporto medico-paziente: nella relazione di cura, che si fonda sulla necessaria garanzia del consenso informato, il medico deve assicurare l'autodeterminazione del paziente, anche nell'ipotesi in cui non ne condivida pienamente le ragioni e i potenziali esiti. L'approdo della giurisprudenza costituzionale si colloca nella direzione indicata: già la sentenza n. 238 del 1996 riconduce all'art. 13 il principio in base al quale nessuno può essere sottoposto ad un trattamento indesiderato, ancorché non invasivo (come il prelievo ematico), qualificando il diritto a non subire trattamenti sanitari non voluti come diritto inviolabile, che rientra «tra i valori supremi, quale indefettibile nucleo essenziale dell'individuo»; in termini più espliciti la sentenza n. 438 del 2008 qualifica il consenso informato come «espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico», riconoscendolo «quale vero e proprio diritto della persona», che trova fondamento «nei principi espressi nell'art. 2 della Costituzione, che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 della Costituzione».

In questo scenario, emerge come prioritaria la necessità di personalizzare le cure mediche, anche e soprattutto attraverso il coinvolgimento del paziente, lungo un processo che trasforma il contenuto e l'essenza stessa della relazione di cura: il malato non è più concepito come l'"oggetto" della prestazione sanitaria, destinatario delle cure mediche apprestate. Pur nella problematicità del rapporto, che sconta l'oggettiva difficoltà di una piena equiparazione tra il professionista e il soggetto che necessita della prestazione di cura, affiora il tentativo di «restituire soggettività al malato», proprio attraverso la regola del consenso informato, la cui funzione si palesa nell'esigenza di assicurare il pieno coinvolgimento del paziente¹⁶. Il malato diviene "soggetto" della relazione di cura ed esprime, per mezzo del consenso informato, la propria autodeterminazione

¹⁴ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Edizioni Laterza - Bari, 2012, p. 250 ss.

¹⁵ A. PIOGGIA, *Diritto all'aborto e organizzazione sanitaria, ovvero del diavolo nei dettagli*, cit.

¹⁶ A. NICOLUSSI, *Testamento biologico e problemi del fine-vita: verso un bilanciamento di valori o un nuovo dogma della volontà?*, in *Eur. e dir. priv.*, 2013, 457.

a ricevere (o non ricevere) le cure proposte, rafforzandosi in tal modo la dimensione relazionale tra medico e paziente.

Nel processo descritto si può cogliere l'abbandono di un approccio quasi paternalista, fondato sulla percezione di un malato destinatario di cure che altri, meglio di lui, avrebbero dovuto scegliere in suo luogo ed erogare in suo favore, che lascia spazio all'affermazione di una dimensione relazionale delle cure mediche, dove la condivisione del percorso terapeutico presuppone la necessità e la ricerca costante di un delicato equilibrio tra medico e paziente, per evitare il rischio opposto. E cioè che il malato, in quanto soggetto della relazione, possa spingersi a chiedere e pretendere qualsiasi prestazione sanitaria, anche quelle non ammesse: ipotesi oggi espressamente esclusa dal comma 6 dell'art. 1 della legge sulle DAT. Dal canto suo, il medico è tenuto al rispetto della volontà del paziente, eventualmente formulata nelle disposizioni anticipate di trattamento (secondo quanto prevede l'art. 4, comma 6, della stessa legge sulle DAT), potendo disattendere queste ultime solo in accordo con il fiduciario del malato e solo a condizione che «esse appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita» (art. 4, comma 5)¹⁷.

Secondo una certa lettura, il necessario punto di equilibrio si dovrebbe cogliere nell'art. 32 Cost., che disegna la dimensione individuale e collettiva del diritto alla salute, ma prima ancora nei doveri di solidarietà che trovano riconoscimento nell'art. 2 della Carta costituzionale¹⁸.

Quanto finora osservato consente di sottolineare come, sotto il profilo organizzativo, tutti gli operatori del servizio sanitario nello svolgimento delle prestazioni erogate e a garanzia del diritto alla salute devono oggi misurarsi con una tassonomia dei diritti degli utenti, che non riguarda esclusivamente la cura di una malattia, ma coinvolge una pluralità di prestazioni: dal consenso informato, al tema della sicurezza delle cure o dei rischi legati alle “infezioni correlate all'assistenza” (c.d. ICA); sino ad abbracciare anche le esigenze di accoglienza del paziente, di ascolto delle sue richieste o necessità, di comprensione dei suoi bisogni. Si tratta di un complesso di adempimenti e di obblighi organizzativi che gravano sulla struttura nel suo insieme e sui singoli operatori sanitari, chiamati a mettere in campo un percorso di cura condiviso con il paziente e funzionale ad assicurare la tutela della salute, nel rispetto della persona e della sua dignità.

¹⁷ In tal senso si è espressa anche la Corte costituzionale, sentenza n. 144 del 2019.

¹⁸ A. NICOLUSSI, *op. cit.*, secondo cui «si tratta appunto di con-senso alla proposta terapeutica del medico; non di ribaltare il rapporto piegando l'attività medica a qualunque richiesta del paziente fino a trasformare il con-senso in un mono-senso. L'atto del consenso informato e il biotestamento vanno preservati dalla possibilità di essere strumentalizzati a un'operazione di deconstituzionalizzazione, un'operazione cioè rivolta a soggettivare ogni valore costituzionale. Invece, letto in un'ottica costituzionalmente orientata, il consenso informato non dissolve in senso puramente soggettivistico il concetto di salute cui l'attività medica è rivolta. L'art. 32 cost. prevede, invece, che la salute «è diritto fondamentale del singolo e interesse della collettività» in linea con un pensiero fondante l'intera costituzione: i diritti inviolabili dell'uomo, a norma dell'art. 2 cost., sono posti in nesso di correlazione, come le due facce di una medaglia, con i doveri di solidarietà»; cfr. A. RUGGERI, *Dignità versus vita?*, cit.

È una relazione articolata, che spesso si aggrava della difficoltà di contemporaneamente e garantire anche la coscienza individuale del personale che opera nella struttura, laddove si debbano assicurare quelle prestazioni sanitarie che incrociano le c.d. questioni eticamente sensibili.

In termini più espliciti, nella complessa articolazione della relazione terapeutica che si è tentato di mettere in luce, si può verificare l'esigenza di assicurare un delicato momento di sintesi tra gli obblighi di servizio pubblico che gravano sull'amministrazione sanitaria e l'obiezione di coscienza che eventualmente può sollevare il singolo operatore sanitario, nelle materie connesse alle prestazioni sanitarie riguardanti l'inizio o il fine vita e che per ciò stesso presentano inevitabili risvolti etici.

3. Obblighi di servizio pubblico e obiezione di coscienza tra inizio e fine vita.

L'obiezione di coscienza evoca e ammette, nella sua struttura essenziale, l'idea del "sacrificio". Nel senso che, chi rifiuta di porre in essere un certo comportamento, in nome di un valore che secondo la propria coscienza e il proprio più intimo convincimento non può essere rinunciato, deve altresì accettare le possibili conseguenze negative a cui può andare incontro per essersi sottratto a quel comportamento, giacché, viceversa, rischierebbe di compromettere il carattere assoluto di quel valore, che ha posto a fondamento della propria obiezione. Nel più celebre esempio della letteratura greca, Antigone accoglie e invoca la morte, che le appare "bella" e sarà "un guadagno"¹⁹, pur di non obbedire al comando di Creonte che, contro la legge degli dèi, aveva imposto di negare la sepoltura al fratello Polinice.

Diversa prospettiva si ritrova nei moderni ordinamenti: la nostra Costituzione, anche grazie all'interpretazione della Corte costituzionale, si fa carico di sottrarre l'individuo a questo potenziale sacrificio, recuperando la necessità di assicurare protezione anche alla coscienza individuale, che già per Mill è «*la regione propria della libertà umana*»²⁰, attraverso la tutela delle libertà fondamentali e dei diritti inviolabili riconosciuti dall'art. 2 della Costituzione. È questa l'essenza del percorso argomentativo che si coglie nella sentenza n. 467 del 1991, dove la tutela della coscienza individuale rappresenta una sorta di precondizione per la garanzia dei diritti fondamentali, poiché non potrebbe mai aversi un'effettiva garanzia di questi ultimi, senza che sia stabilita «*una correlativa protezione costituzionale di quella relazione intima e privilegiata dell'uomo con se stesso*» e con i propri convincimenti più intimi. Se cioè la tutela dei diritti inviolabili è assicurata a ciascuno «*sia come singolo, sia nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità*», la coscienza individuale consente quel processo creativo che rende possibile la manifestazione dei diritti e delle libertà fondamentali dell'uomo, in quanto tale e nell'ambito della sua vita di relazione. In tal modo, «*essa gode di una*

¹⁹ SOFOCLE, *Antigone*, trad. M. Cacciari, Einaudi, Torino, 2007, p. 6 e 15.

²⁰ J. S. MILL, *Saggio sulla libertà*, cit., p. 25.

protezione costituzionale commisurata alla necessità che quelle libertà e quei diritti non risultino irragionevolmente compressi, in una dimensione che assicura la tutela della libertà di coscienza attraverso la garanzia delle libertà fondamentali, dalle libertà religiose, alla libertà di manifestazione del pensiero, saldandone il contenuto essenziale alla necessaria tutela della dignità della persona umana che “circonda” diritti e libertà. In questa prospettiva la Corte ammette l'obiezione di coscienza, intesa come la possibilità che, senza arrecare pregiudizio «al buon funzionamento delle strutture organizzative e dei servizi d'interesse generale», la tutela della libertà di coscienza possa comportare, «in relazione a precisi contenuti espressivi del suo nucleo essenziale, un valore costituzionale così elevato da giustificare la previsione di esenzioni privilegiate dall'assolvimento di doveri pubblici qualificati dalla Costituzione come inderogabili».

Nella definizione dei contorni e delle modalità di realizzazione, nonché di tutela, della libertà di coscienza, rimane fermo il principio in base al quale l'eventuale obiezione di coscienza può essere esercitata nella misura in cui sia espressamente prevista dalla legge: sul presupposto che, pur se costituzionalmente protetta, essa non deve essere obbligatoriamente consentita, ma il suo esercizio è rimesso alla prudente discrezionalità del legislatore. In ambito sanitario, ai sensi del primo comma dell'art. 9 della legge n. 194/1978, può prestare obiezione con preventiva dichiarazione, il personale medico e sanitario coinvolto nelle procedure per l'interruzione della gravidanza; così come l'art. 16 della l. n. 40/2004 consente l'obiezione da parte del personale chiamato a prestare assistenza negli interventi di procreazione medicalmente assistita.

A proposito dell'interruzione volontaria di gravidanza, il tema dell'obiezione di coscienza ha sollevato non pochi problemi sotto il profilo organizzativo, legati alla circostanza per cui, com'è noto, in presenza un elevato numero di personale obiettore, le prestazioni sanitarie connesse all'IGV rischiano di divenire impossibili²¹. Nella complessa materia, in cui si incrociano i diritti delle pazienti a esigere la prestazione sanitaria e le libertà del personale medico di sollevare obiezione di coscienza, un ruolo determinante va riconosciuto alla giurisprudenza ordinaria e amministrativa, che ha consentito di circoscrivere il perimetro del ricorso all'obiezione, pur rimanendo ancora insolte alcune questioni funzionali ad assicurare la prestazione sanitaria, in presenza di personale obiettore. Anche perché, la ricerca di un'ottimale gestione delle risorse umane sconta un'evidente difficoltà, imputabile alla disciplina del settore e strutturalmente legata al fatto che il medico obiettore, che si astiene dallo svolgimento della prestazione per ragioni di coscienza, non è tenuto, perché la legge nulla dice al riguardo, allo svolgimento di un'altra prestazione.

Con specifico riguardo all'obiezione disciplinata dall'art. 9 della l. n. 194/1978, va menzionato l'orientamento della Corte di Cassazione penale, che ha condannato per omissione di atti di ufficio con conseguente interdizione

²¹ E, infatti, il Comitato Europeo, in relazione al Reclamo collettivo n. 87 del 2012 promosso dall'organizzazione internazionale non governativa *International Planned Parenthood Federation European Network*, ha riconosciuto che l'Italia non assicura, come prescrive l'art. 9 della legge n. 194, l'accesso al trattamento interrottivo della gravidanza.

dall'esercizio della professione medica una ginecologa, la quale, avendo sollevato obiezione, si era rifiutata di prestare assistenza a una paziente che necessitava di cure a seguito di un'interruzione di gravidanza di tipo farmacologico. Nel caso di specie, i giudici hanno ritenuto che l'obiezione di coscienza possa essere sollevata con riferimento all'attività di somministrazione del farmaco, in quanto direttamente causativa dell'effetto interruttivo della gravidanza, ma non può essere opposta dal medico per le attività di assistenza conseguenti e successive all'intervento abortivo²².

Nella stessa direzione si pone l'orientamento della giurisprudenza amministrativa, in merito alla disciplina dell'art. 5 della l. 194/1978, secondo cui «quando il medico del consultorio o della struttura socio-sanitaria, o il medico di fiducia, riscontra l'esistenza di condizioni tali da rendere urgente l'intervento, rilascia immediatamente alla donna un certificato attestante l'urgenza»²³. Il problema, in tal caso, ha riguardato la necessità di verificare se, e in quale misura, il diritto di obiezione di coscienza possa essere riconosciuto anche al personale dei consultori, che svolge delle prestazioni prodromiche all'intervento abortivo, per valutare la legittimità delle scelte organizzative dell'amministrazione, tenuta ad assicurare la prestazione sanitaria richiesta. In particolare, la vicenda è scaturita dalla decisione della Regione Puglia di emanare un bando di concorso, per attività consultoriali, riservato a medici non obiettori, in considerazione dell'impossibilità delle strutture sanitarie di erogare le prestazioni di assistenza (con specifico riguardo a un paio di comuni, nei cui consultori i medici avevano prestato obiezione di coscienza) e, conseguentemente, della necessità di garantire il diritto delle pazienti all'interruzione volontaria di gravidanza. Il T.A.R. Puglia, pur ammettendo la portata "espulsiva" e potenzialmente discriminatoria della clausola di riserva, attraverso la quale l'amministrazione intendeva selezionare soggetti non obiettori di coscienza, ha precisato il ruolo e l'apporto dei medici all'interno dei consultori, superando ogni equivoco o ambiguità sulle ragioni di coscienza che eventualmente possano impedire l'erogazione della prestazione²⁴. Anticipando l'orientamento già riferito della Cassazione penale, il giudice amministrativo ha affermato che la qualifica di obiettore o non obiettore nei consultori è "assolutamente irrilevante", dal momento che al loro interno non si pratica materialmente l'interruzione della gravidanza. Nei consultori, prosegue il TAR, si svolge solo attività di assistenza psicologica, di informazione e di consulenza per le gestanti e, laddove siano esercitate funzioni riconducibili alla specializzazione ginecologica, si tratta di prestazioni che esulano dalla procedura abortiva. Da

²² Cass. pen., sez. VI, 27 novembre 2012, n. 14979.

²³ La norma prevede poi che, «con tale certificato la donna stessa può presentarsi ad una delle sedi autorizzate a praticare la interruzione della gravidanza. Se non viene riscontrato il caso di urgenza, al termine dell'incontro il medico del consultorio o della struttura socio-sanitaria, o il medico di fiducia, di fronte alla richiesta della donna di interrompere la gravidanza sulla base delle circostanze di cui all'articolo 4, le rilascia copia di un documento, firmato anche dalla donna, attestante lo stato di gravidanza e l'avvenuta richiesta, e la invita a soprassedere per sette giorni. Trascorsi i sette giorni, la donna può presentarsi, per ottenere la interruzione della gravidanza, sulla base del documento rilasciatole ai sensi del presente comma, presso una delle sedi autorizzate».

²⁴ T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 14 settembre 2010, n. 3477.

questa premessa discende dunque che «la presenza teorica di soli obiettori all'interno del Consultorio [...] appare irrilevante ai fini di una corretta doverosa applicazione della l. n. 194», giacché in questi presidi l'obiezione non può essere correttamente esercitata, dovendo essere assicurato l'ascolto e l'assistenza alla paziente che richieda le prestazioni funzionali e antecedenti un'interruzione di gravidanza.

L'intervento del giudice amministrativo non si ferma qui. Consapevole delle difficoltà pratiche connesse all'elevato numero di medici obiettori presenti nei consultori, che potrebbe frustrare le aspettative di cura delle pazienti, lasciando inadempiti gli obblighi di servizio pubblico gravanti sulle strutture sanitarie, il T.A.R. si spinge a consigliare la formulazione di un bando che, nel rispetto del principio di uguaglianza, riservi la metà dei posti disponibili a ciascuna delle categorie di medici, obiettori e non obiettori.

A ben vedere, però, anche questa non sembra una soluzione al problema, perché sposta i termini della questione su un diverso piano: è cioè possibile che il personale assunto all'interno di una delle due "quote" (e, in particolare, il medico assunto perché non obiettore) decida, dopo l'assunzione, di cambiare idea. L'ipotesi è già stata ammessa dalla Corte Costituzionale nella richiamata sentenza n. 467 del 1991, dal momento che il diritto a sollevare obiezione deve necessariamente incorporare anche il diritto a modificare il proprio convincimento e, specularmente, la tutela della libertà di coscienza deve sempre consentire, nel rispetto degli obblighi previsti dalla legge e del corretto funzionamento del servizio pubblico, la possibilità di sollevare obiezione di coscienza in ogni tempo.

In realtà, a volere trovare la sintesi di quanto finora detto, le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza penale e amministrativa lasciano intendere la necessità di limitare il diritto all'obiezione di coscienza a segmenti ridotti dell'intera procedura da porre in essere nel caso in cui una donna richieda assistenza per un'interruzione di gravidanza. Ed è in questi termini che l'obiezione di coscienza è disciplinata dall'art. 16, comma 3, della l. n. 40/2004, in tema di procreazione medicalmente assistita, laddove è espressamente esclusa la possibilità di prestare obiezione di coscienza con riferimento all'assistenza "antecedente o conseguente l'intervento".

Con il che, sembra potersi affermare che il punto di equilibrio, tra la richiesta di prestazione da parte della paziente, l'obiezione del personale sanitario e i conseguenti obblighi organizzativi gravanti sulla struttura, vada ricercato nel riconoscimento di un diritto a sollevare obiezione riferito esclusivamente a quelle prestazioni di cura che determinano l'effetto interruttivo della gravidanza (ovvero l'intervento di procreazione medicalmente assistita). Dovendo invece rimanere esclusa tale possibilità con riguardo a quella quota di attività che precede tali prestazioni (come le attività svolte nei consultori, in caso di IGV), ma soprattutto con riferimento alle attività successive, rispetto alle quali il rifiuto di cura per ragioni di coscienza può gravemente compromettere la salute della paziente (come nel caso delle attività di 'secondamento', conseguenti, per definizione, al trattamento interruttivo della gravidanza).

Basterebbe, forse, questo elemento di buon senso per ridurre, quantomeno sotto il profilo quantitativo, il numero del personale obiettore e consentire una più adeguata risposta alle richieste di cura e assistenza delle pazienti: non foss'altro che perché, riprendendo quanto detto in apertura, anche il ricorso massivo all'obiezione di coscienza, come la relativizzazione del valore in nome del quale si invoca la propria libertà di coscienza, rischia di indebolire le ragioni stesse su cui l'obiezione si fonda.

4. Obiezione di coscienza e “dignità nel morire”.

Tra le questioni eticamente sensibili, un'attenzione particolare è stata rivolta già da tempo alla scelta autodeterminista del malato, che decide di “congedarsi dalla vita”.

Le vicende degli ultimi anni, complice una comunicazione mediatica quanto mai sintetica ed essenziale, sono accomunate dall'esser divenute “casi” (così il caso Welby, il caso Englaro, sino al più recente caso Cappato) e pongono un interrogativo rispetto al quale, a differenza di altri quesiti della coscienza, ciascuno di noi può essere chiamato a rispondere. Se, infatti, le questioni legate all'interruzione volontaria della gravidanza, come alla procreazione medicalmente assistita, nonostante intercettino anch'esse temi eticamente sensibili di inizio e fine vita, possono astrattamente riguardare solo una quota della popolazione, il problema della “dignità nel morire” coinvolge quasi inesorabilmente, sia pure con intensità e sensibilità diverse, un'intera comunità.

Il tema è carico di una irriducibile complessità che ne consente un approccio differenziato, per le evidenti implicazioni etiche e filosofiche, la necessaria sistematizzazione giuridica, le strette relazioni sul piano sociologico e le doverose valutazioni mediche e scientifiche. In questo scenario si incrociano opposte visioni che a loro volta rimandano a quelli che Giovanni Fiandaca definisce gli “orizzonti assiologici” che si confrontano, assai spesso, in quasi tutte le questioni eticamente sensibili: la visione più conservatrice, che risente di condizionamenti anche religiosi, per la quale l'uomo, parafrasando Dworkin, non ha il dominio della propria vita, cui si contrappone una concezione liberal, per rimanere con Fiandaca, che tende a valorizzare la necessaria libertà di autodeterminazione del soggetto, anche e soprattutto rispetto alla proprie scelte di vita e di non vita²⁵.

In questo contesto, in un certo senso già culturalmente pronto ad accoglierne le implicazioni, si collocano le pronunce della Corte Costituzionale, n.

²⁵ R. DWORKIN, *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia e libertà individuale*, trad. it. di C. Bagnoli, ed. Comunità, 1993, il quale, nello scenario così sintetizzato, prova a tracciare una terza via, quella di un'interpretazione laica della sacralità della vita, perché: «lasciar morire una persona in un modo che altri approvano, ma che essa considera in orribile contraddizione con la sua vita, è una forma di tirannia odiosa e distruttiva», p. 300. Sull'approccio *liberal* v. G. FIANDACA, *Fino a che punto è condivisibile la soluzione costituzionale del caso Cappato?*, in *disCRIMEN*, 2020; per una diversa lettura del principio di autodeterminazione C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Eur. e dir. priv.*, 2010, 1037.

207 del 2018 e n. 242 del 2019, in tema di eutanasia: esse costituiscono, per certi versi, l'approdo di un percorso già avviato dalla giurisprudenza di merito e di legittimità, la quale in più occasioni ha dovuto affrontare il vuoto di disciplina e dare una risposta alle esigenze di tutela rappresentate dai malati ormai giunti ad una fase terminale della propria esistenza. Anche se, va detto, le due decisioni non hanno accertato la liceità penale dell'aiuto al suicidio in base a una causa di giustificazione «*connessa a un diritto del malato*», *ma hanno riconosciuto che la stessa condotta non sia più meritevole di punizione "per effetto di un avvenuto mutamento della sensibilità collettiva"*²⁶.

Ora, non potendo dar conto di tutti i principali passaggi del richiamato percorso giurisprudenziale che ha accelerato e agevolato questo "mutamento della sensibilità" dei più, anche perché non tutti conferenti rispetto al tema che ci occupa, sembra invece opportuno soffermarsi su un arresto della giurisprudenza amministrativa, che costituisce un interessante punto di osservazione, attraverso il quale provare a cogliere quel difficile equilibrio tra due posizioni contrapposte, entrambe espressione di una libertà di coscienza: la libertà di morire del paziente terminale, di fronte alla libertà di prestare obiezione del medico che lo assiste. Solo in un secondo momento si proverà ad affrontare, più in profondità, i temi posti dalle pronunce della Corte costituzionale.

Nella nota vicenda Englaro, riguardante la richiesta del padre di una giovane donna, nella qualità di tutore, di rifiutare i trattamenti sanitari di idratazione e alimentazione artificiale, che consentivano il perdurare di uno stato vegetativo permanente in cui da anni versava la figlia, il giudice amministrativo è intervenuto dopo che la Corte di Cassazione, con una pronuncia densa di implicazioni teoriche, aveva enucleato un principio di diritto in base al quale si autorizzava la "disattivazione del presidio sanitario" che teneva in vita la paziente²⁷. Nondimeno, la competente amministrazione regionale ha opposto l'impossibilità, per la struttura sanitaria presso la quale la paziente era ricoverata, di procedere in senso conforme alle richieste del tutore, con ciò obbligando quest'ultimo a portare la questione alla cognizione del giudice amministrativo.

Gli argomenti addotti dall'amministrazione regionale occupavano essenzialmente l'impegno organizzativo della struttura sanitaria e l'apporto individuale del personale medico: nel primo caso, secondo la regione, ogni struttura sanitaria è preposta alla "presa in carico" di un paziente sul piano diagnostico e assistenziale, inclusa l'idratazione e l'alimentazione artificiale per i malati terminali; conseguentemente, il personale medico non avrebbe potuto procedere alla disattivazione del presidio sanitario, secondo le richieste del tutore della paziente, se non al prezzo di venir meno ai propri obblighi professionali e di servizio. Il provvedimento regionale è stato qualificato come vero e proprio "atto di ribellione" dal ricorrente, in considerazione dell'ordine giudiziario al quale l'amministrazione sanitaria avrebbe dovuto conformarsi, ed è stato censurato dal giudice amministrativo, sia in primo grado, sia in appello, con argomenta-

²⁶ Così ancora G. FIANDACA, *op.cit.*

²⁷ Corte Cass., sez. I, n. 21748 del 2007.

PA PERSONA E AMMINISTRAZIONE

Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia

zioni che, come detto, offrono un'articolata riflessione sulla complessa vicenda, individuando anche dei punti di riferimento rispetto alla difficoltà di delineare i contorni di una relazione terapeutica, quando la richiesta del paziente sia quella di "congedarsi dalla vita".

In particolare, il Consiglio di Stato ha posto alcune questioni fondamentali.

Anzitutto, l'idratazione e l'alimentazione artificiale sono qualificate come trattamento sanitario, con ciò anticipando la normativa in materia di disposizioni anticipate di trattamento; in secondo luogo, la richiesta di sospensione di tali mezzi di sostentamento vitale non è da intendersi come eutanasia, ma rappresenta unicamente la manifestazione di una *«scelta insindacabile del malato di assecondare il decorso naturale della malattia sino alla morte»*. Per questo, l'amministrazione regionale avrebbe dovuto individuare la struttura sanitaria, munita di adeguati strumenti e presidi tecnologici, nonché del personale competente, e idonea ad accogliere la richiesta della paziente, poiché *«l'accettazione presso la struttura sanitaria pubblica non può essere condizionata alla rinuncia del malato ad esercitare un suo diritto fondamentale»*. Nella prospettiva indicata, il giudice amministrativo sottolinea come un'equilibrata relazione di cura implichi la necessità che le ragioni del medico, laddove riguardanti l'esigenza di assolvere i propri obblighi professionali e di servizio, non possano prevalere sulla scelta di autodeterminazione del malato, poiché altrimenti si avrebbe un'intollerabile compressione della libertà di cura del paziente. Si giunge così ad affermare che il rispetto della scelta del malato, che richiede la sospensione del trattamento sanitario, non è solo manifestazione di una corretta e virtuosa alleanza terapeutica, ma costituisce un *«preciso adempimento di un più generale dovere solidaristico, che impone all'Amministrazione sanitaria di far cessare tale trattamento, senza cagionare sofferenza aggiuntiva al paziente»*.

Il percorso argomentativo si chiude con accurate e puntuali indicazioni sulla possibile obiezione di coscienza: in merito alla quale, fermo restando il principio generale, secondo cui l'obiezione di coscienza deve essere prevista dalla legge, in assenza di una specifica disciplina (lacuna che, nel caso di specie e all'epoca, riguardava tutta la materia e non solo la garanzia della libertà di coscienza del personale sanitario), nel rispetto del foro intimo della coscienza dei soggetti coinvolti, rimane ferma *«la necessità che la struttura ospedaliera garantisca, comunque, la doverosità del soddisfare officio»*. E rimane al contempo esclusa la possibilità che, a prestare obiezione, sia la struttura nel suo complesso, in persona del legale rappresentante, in quanto l'obiezione si deve fondare su un intimo convincimento del singolo e non può essere riferita a una struttura organizzativa, la quale al contrario è tenuta ad assicurare e garantire la doverosità della prestazione richiesta.

Gran parte delle indicazioni offerte dal Consiglio di Stato ha trovato un riscontro, a distanza di anni, nella legge sulle disposizioni anticipate di trattamento.

Nelle poche disposizioni che compongono l'articolato normativo, come già notato, vi è la qualificazione dell'idratazione e dell'alimentazione artificiale

come trattamento sanitario; è accolta la necessità che il servizio sanitario assicuri il pieno rispetto della libertà di autodeterminazione del malato, ammettendo anche la sospensione dell'idratazione e dell'alimentazione artificiale, in quanto, appunto, trattamenti sanitari; è riservato alle strutture del servizio sanitario nazionale l'onere di prendere in carico i pazienti che rifiutino la prosecuzione delle cure, al fine di assicurare l'effettiva formazione di un'adeguata volontà di non cura, anche a tutela della fragilità e vulnerabilità dei pazienti coinvolti, inclusi eventualmente i soggetti incapaci. Infine, con buona probabilità, la legge aderisce anche a quella parte del ragionamento del giudice amministrativo, dove si esclude che la richiesta di sospensione di un trattamento sanitario, ivi inclusa la nutrizione e idratazione artificiale, costituisca una forma di eutanasia, c.d. passiva, anche quando dalla sospensione dovesse derivare un esito fatale per il paziente: e conseguentemente non è contemplata, nella legge, la possibilità per il personale sanitario di sollevare obiezione di coscienza.

La richiesta di interruzione delle cure, pur potendo incrociare le questioni del fine vita, con indubbie ripercussioni sul piano etico, costituisce l'estrema manifestazione della libertà di autodeterminazione del malato che, nel perimetro dell'alleanza terapeutica, chiede "di assecondare il naturale decorso della malattia". Si tratta di una scelta rispetto alla quale il medico è tenuto ad assicurarne la libera formazione e a garantirne il rispetto, senza che vi siano margini per imporre la prosecuzione del trattamento, che rischierebbe di comprimere la libertà di non cura del paziente, e senza che residui uno spazio per dar voce alla propria coscienza e prestare obiezione, dovendo semmai predisporre, per espressa previsione di legge, un'appropriata terapia del dolore e l'erogazione delle cure palliative per alleviare le sofferenze del malato.

Il passo per giungere alle anticipate sentenze della Corte costituzionale, sul c.d. caso Cappato, è stato breve, quantomeno sul piano temporale.

Di fronte alla decisione dell'esponente radicale di autodenunciarsi, per avere aiutato un paziente tetraplegico, ma capace di intendere e di volere, a recarsi in Svizzera per ricevere assistenza al suicidio, la Corte di Assise di Milano ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p., che prevede il reato di aiuto al suicidio. Nell'ordinanza n. 207 del 2018, con una soluzione innovativa, mai sperimentata prima, la Corte ha rappresentato la necessità di intervenire nella complessa materia, osservando come la possibile declaratoria di incostituzionalità della norma sia da ricondursi a quella categoria di persone che, per la particolare condizione nella quale si trovano, necessitano dell'assistenza di un terzo per "congedarsi dalla vita"; e, tuttavia, la stessa Corte ha denunciato anche il rischio di un vuoto di disciplina prodotto da una pronuncia di illegittimità costituzionale della norma in discorso, che aprirebbe scenari incontrollati, nei quali chiunque, non necessariamente personale qualificato, potrebbe offrire, anche in contesti privati, per finalità diverse, assistenza al suicidio a favore di soggetti vulnerabili, senza aver accertato la loro capacità di autodeterminazione ovvero il carattere irreversibile della patologia da cui sono affetti. Per questo, la Corte conclude auspicando *«una regolazione della materia, intesa ad evitare simili scenari, gravidi di pericoli per la vita di persone in situazione di vul-*

nerabilità», e che possa regolamentare i diversi profili coinvolti, «come, ad esempio, le modalità di verifica medica della sussistenza dei presupposti in presenza dei quali una persona possa richiedere l'aiuto, la disciplina del relativo "processo medicalizzato", l'eventuale riserva esclusiva di somministrazione di tali trattamenti al servizio sanitario nazionale, la possibilità di una obiezione di coscienza del personale sanitario coinvolto nella procedura». Da qui la necessità di dare tempo al legislatore per pronunciarsi sulla questione e conseguente rinvio di un anno dell'udienza, per la trattazione delle questioni di legittimità costituzionale: nel perdurante silenzio del legislatore, la Corte è nuovamente intervenuta, a un anno di distanza, con la sentenza n. 242 del 2019.

Stavolta, il giudice delle leggi ha affrontato il caso, mantenendo ferma la consapevolezza del vuoto normativo che una pronuncia di accoglimento avrebbe potuto generare: ha cercato, così, di circoscrivere l'ambito di applicazione della depenalizzazione dell'aiuto al suicidio, riuscendo a ritagliare, attraverso un'attenta analisi della normativa vigente, uno spazio necessario per la erogazione della relativa prestazione da parte del personale medico. In primo luogo, riprendendo i passaggi della precedente ordinanza, la Corte ha individuato i soggetti destinatari della pronuncia, ammettendo l'aiuto al suicidio nei riguardi di «una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli». E per non esporre i pazienti più vulnerabili così individuati al rischio di un'incontrollata espansione di quei soggetti disposti, per svariate ragioni, ad assicurare forme di assistenza al suicidio, nel solco della precedente pronuncia, affida alle strutture sanitarie del servizio sanitario nazionale la competenza a eseguire le prestazioni necessarie di fine vita. In tal modo, individua, negli art. 1 e 2 della legge sulle disposizioni anticipate di trattamento, i riferimenti normativi per fondare la relazione terapeutica tra medico e paziente e acquisire la determinazione del paziente a non volere più prolungare la propria esistenza, indicando i comitati etici territorialmente competenti quali soggetti terzi che devono formulare il parere preventivo, ai fini della maggior tutela e garanzia dei pazienti che chiedono le prestazioni sanitarie di assistenza al suicidio.

Infine, è rimessa alla volontà del singolo medico la scelta «se prestarsi, o no, a esaudire la richiesta del malato». Dunque, nessun obbligo per il medico di accogliere la richiesta di un malato ad essere accompagnato nel suo cammino verso il fine vita e nessun obbligo, apparentemente, a carico della struttura sanitaria. L'effetto delle due pronunce sembra essere solo quello di depenalizzare la condotta del singolo: il medico, che dovesse aiutare il malato, affetto da una patologia irreversibile, a concludere il proprio percorso di esistenza in vita, non è punibile per il reato di aiuto al suicidio. La scelta del medico, come quella del paziente, è una scelta libera, che risponde al foro intimo della coscienza. Non essendoci l'obbligo di assecondare la richiesta del malato, non c'è la necessità di tutelare la coscienza individuale del medico.

Rimane, tuttavia, aperta la questione dei compiti che gravano sulla struttura: perché se è vero che non può parlarsi di un obbligo di servizio pubblico

ad assicurare ed eseguire la richiesta di assistenza al suicidio, ciò non significa che non si debbano garantire, in un coerente sviluppo della relazione terapeutica, delle prestazioni accessorie, prima fra tutte quella finalizzata all'accoglienza del paziente e al suo ascolto, nonché alla formulazione della diagnosi, per consentire la corretta formazione della volontà e dell'autodeterminazione del paziente in merito alla propria condizione di salute.

Se poi si spinge lo sguardo più in profondità, di fronte alla formazione di una scelta del malato orientata nel senso di chiedere assistenza al suicidio, potrebbero aprirsi scenari diversi.

La prima ipotesi è che la decisione del medico di non prestarsi alla richiesta del malato comporti la naturale interruzione della relazione di cura: come detto, la sentenza della Corte costituzionale non può avere l'effetto di produrre, a carico del personale medico come delle strutture ospedaliere, l'obbligo di erogare prestazioni sanitarie finalizzate ad assicurare l'assistenza al suicidio. Tali obblighi, però, potrebbero attivarsi se il medico decidesse di accogliere la richiesta del paziente, il cui compimento necessariamente deve essere assicurato all'interno di una struttura del servizio sanitario nazionale, secondo quanto stabilito dalla Corte: in tal caso, la struttura sanitaria dovrebbe garantire le ulteriori prestazioni finalizzate a sostenere il paziente, quali la richiesta di parere al comitato etico competente, ma soprattutto la predisposizione dei supporti tecnologici e dei presidi sanitari necessari per assistere adeguatamente il paziente al suicidio. E ancora: laddove, a fronte della libera opzione del medico di non assecondare la volontà suicida del paziente, questi decidesse di rivolgersi all'autorità giudiziaria per avere soddisfatta la propria richiesta, nulla esclude che il giudice adito possa accogliere l'istanza (come è avvenuto nel caso Englaro). Stavolta, la struttura sanitaria potrebbe trovarsi nelle condizioni di dovere ottemperare all'ordine di eseguire la prestazione sanitaria di assistenza al suicidio, oggetto di una condotta divenuta penalmente lecita a seguito dell'intervento della Corte. E si potrebbe trovare dinanzi alla difficoltà di dovere assicurare anche la libertà di coscienza del medico, che decide di prestare obiezione: ma, come chiarito dal Consiglio di Stato, pur nel rispetto dei più intimi convincimenti di tutti i soggetti coinvolti, rimane evidente *«la necessità che la struttura ospedaliera garantisca, comunque, la doverosità del soddisfare officio»*.

Ciò che conta è assicurare le cure mediche *«in modo che chi le riceva non veda danneggiata la sua capacità del rispetto di sé, e d'altra parte chi le presta non sia sfruttato e discriminato per il solo fatto di esercitare questo ruolo»*²⁸: ed è forse superfluo aggiungere che, di fronte alla complessità degli scenari ipotizzati, l'intervento del legislatore non è più procrastinabile.

²⁸ M.C. NUSSBAUM, *Giustizia sociale e dignità umana*, trad. it. E. Greblo, Bologna, 2002, p. 84.

5. La salute come diritto.

La problematicità del quadro che si è provato a rappresentare meriterebbe uno sguardo più accurato, per metterne meglio a fuoco i profili più incerti. Nell'impossibilità di affrontare con adeguata profondità tutte le implicazioni teoriche e giuridiche che ne potrebbero scaturire, sembra però opportuno soffermare l'attenzione su alcune questioni di fondo, che in un certo senso hanno accompagnato le considerazioni sinora svolte.

All'interno di quella che, anche nel linguaggio della giurisprudenza, viene definita come l'alleanza terapeutica tra medico e paziente, che consente a quest'ultimo di essere soggetto delle cure richieste (e non oggetto, o destinatario, di una prestazione sanitaria) e che impone alla struttura ospedaliera una pluralità di compiti organizzativi, la difficoltà di individuare la sintesi tra le diverse esigenze può essere aggravata dalla particolare delicatezza di alcune prestazioni, riconducibili come visto alle questioni eticamente sensibili: rispetto alle quali, accanto ai consueti compiti organizzativi, la struttura deve anche assicurare la facoltà dei propri operatori di prestare obiezione di coscienza.

Di fronte a queste ipotesi, alcuni interrogativi si prospettano in termini più evidenti.

Un primo dubbio può riguardare l'essenza delle prestazioni inerenti al tema dell'inizio e fine vita: possiamo dire di essere dinanzi a un nuovo diritto, cioè il diritto a morire o il diritto di aiuto al suicidio? D'accordo con una buona parte della dottrina, non pare che tale opinione possa essere condivisa. In primo luogo, perché mancherebbe il fondamento costituzionale di un diritto di assistenza al suicidio: la sentenza della Corte costituzionale non ha prodotto l'effetto di depenalizzare in termini assoluti la condotta di aiuto al suicidio, ma solo di non considerare come penalmente rilevante la medesima condotta, laddove sia rivolta a prestare assistenza al suicidio nei riguardi di una delimitata categoria di soggetti e in presenza di specifiche condizioni²⁹. In ogni caso, il catalogo dei diritti è già particolarmente ampio e si fa fatica a garantire quelli espressamente riconosciuti e ormai consolidati, per cui non sembra ragionevole ritenere che la configurazione di un nuovo diritto possa dare maggior forza argomentativa all'esposizione. Allo stesso modo, non convince l'idea che, in questa materia, esista un diritto all'obiezione di coscienza, cioè un diritto dell'operatore sanitario a "disobbedire alla legge" e a rifiutare le prestazioni richieste, fuori da un'esplicita previsione normativa: dal momento che, come s'è visto, la protezione della coscienza dei singoli deve essere assicurata nel rispetto della garanzia degli obblighi di servizio pubblico e pertanto necessariamente rimessa alla cauta ed equilibrata valutazione del legislatore³⁰.

Così ragionando, il diritto a ricevere o a rifiutare una certa prestazione

²⁹ Tra cui G. FIANDACA, op. cit.

³⁰ Sotto questo profilo, è ben diversa la categoria della "disobbedienza civile", come ad esempio concepita da Dworkin: il quale semmai ammette il diritto di un soggetto di disobbedire alla legge «ogniquale volta la legge limiti in modo ingiusto i suoi diritti contro il governo», R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, trad. it. N. Muffato, Bologna, 2010, p. 279.

sanitaria, come pure il diritto a prestare obiezione a fronte di una richiesta di prestazione sanitaria che violi l'intimo foro della coscienza del medico, non si configurano come pretese autonome, essendo invece riconducibili, il primo, alla complessa e articolata struttura del diritto alla salute, il secondo, alla variegata modalità espressiva della libertà di coscienza.

Allora, quel che appare evidente è che le scelte di inizio e fine vita, nella complessità che si è provato a sintetizzare, costituiscono a loro volta manifestazioni evidenti della complessità del diritto alla salute. Anzi, nel tentativo di compiere un ulteriore passo in avanti, possono essere assunte come paradigma per un diverso modo di leggere il diritto alla salute: nel senso che ci troviamo di fronte a delle scelte di libertà che richiedono un obbligo di prestazione a carico dello Stato.

La possibilità di percepire la scelta di interruzione delle cure mediche nei termini così rappresentati è pressoché immediata: si tratta di una manifestazione di libertà del malato, riconducibile come detto all'art. 13 della Costituzione, prima ancora che all'art. 32, la cui realizzazione richiede l'intervento di una struttura sanitaria che, per il tramite di un suo operatore, eroghi la prestazione necessaria, disattivando i presidi che tengono in vita il paziente. Ma la medesima considerazione investe, sia pure in misura diversa, tutte le prestazioni riconducibili alle questioni eticamente sensibili, poiché in ciascuna di esse, dall'interruzione volontaria di gravidanza alla procreazione medicalmente assistita, come nell'ipotesi sospensione di trattamenti sanitari vitali, sino alla richiesta di aiuto al suicidio, il paziente dà voce a una propria scelta autodeterminista di libertà: secondo una visione che evoca l'idea di "libertà positiva" di Berlin e che lega il «senso "positivo" della parola "libertà"» alla ferma volontà dell'individuo di essere «padrone di se stesso»³¹.

Se si provasse ad allargare lo sguardo, probabilmente la riflessione potrebbe ricomprendere, più in generale, l'intera configurazione del diritto alla salute. Nel senso che la relazione di cura potrebbe averne modificato l'essenza di diritto sociale di prestazione, accentuando il profilo legato alla libertà di autodeterminazione del paziente di fronte alla quale esiste un dovere dello Stato a erogare le prestazioni sanitarie: per questa via, la relazione terapeutica, qualunque sia il contenuto della prestazione sanitaria richiesta, potrebbe comportare una riconsiderazione del diritto alla salute in termini di libertà la cui realizzazione implichi un dovere di prestazione a carico del servizio sanitario nazionale³². Così rappresentato il ragionamento si sviluppa però su un terreno più in-

³¹ «Il senso "positivo" della parola "libertà" deriva dal desiderio dell'individuo di essere padrone di se stesso. Voglio che la mia vita e le mie decisioni dipendano da me (...). Voglio essere strumento dei miei stessi atti di volontà (...). Voglio essere un soggetto, non un oggetto», I. BERLIN, *Quattro saggi sulla libertà*, trad. it. M. Santambrogio, Milano, 1989, p. 197.

³² Rimarrebbe irrisolta, tuttavia, la nota obiezione di Hayek, per il quale i diritti sociali «rivendicano benefici particolari a cui ogni essere umano si presume abbia diritto, senza indicare chi incorra nell'obbligo di provvedere a tali benefici, o attraverso quale processo questo debba essere fatto. (...) naturalmente non ha senso descriverli come pretese nei confronti della "società", perché la "società" non può agire, pensare, valutare o "trattare" nessuno in modo particolare», se non a condizione di sostituire «l'ordine spontaneo chiamato società» con una

certo e scivoloso, ma soprattutto si espone al rischio di voler provare troppo, o troppo poco. Da un lato, infatti, senza volere ripercorrere il dibattito sulla nota conflittualità tra diritti di libertà e diritti sociali³³, per alcuni mai sopita³⁴, per altri già risolta³⁵, va riconosciuto lo sforzo della dottrina di andare oltre i termini del dibattito evocato, ammettendo per tutte le categorie di diritti la necessità di un fondamento costituzionale che ne imponga la garanzia e la tutela³⁶; dall'altro lato, tuttavia, proprio il rimando alla Costituzione svela l'intrinseca difficoltà di assicurare la protezione dei diritti sociali, qualificati dalla Corte Costituzionale come diritti condizionati alla disponibilità delle risorse finanziarie, in ragione dei pressanti vincoli di bilancio oggi formalizzati nell'art. 81 Cost.³⁷

«organizzazione diretta razionalmente», dove «il mercato come *cosmos* dovrebbe essere sostituito da una *taxis* in cui i membri dovrebbero fare ciò che è loro ordinato»; ma, conclude Hayek «parlare di diritti quando sono in gioco aspirazioni che soltanto un sistema consciamente diretto può soddisfare, non soltanto svia l'attenzione dalle determinanti effettive di quella ricchezza che si vorrebbe per tutti, ma anche svilisce il termine "diritto", il cui vero significato è molto importante preservare se si vuole mantenere una società libera»: da qui, per Hayek, il "miraggio" della giustizia sociale, F. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà*, trad. it. P.G. Monateri, Milano 1982, pp. 309-315.

³³ Su cui v. per tutti N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Milano, 1990, p. 73.

³⁴ G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, p. 755.

³⁵ V. AD ES. L. R. Perfetti, *I DIRITTI SOCIALI. SUI DIRITTI FONDAMENTALI COME ESERCIZIO DELLA SOVRANITÀ POPOLARE NEL RAPPORTO CON L'AUTORITÀ*, in *DIR. PUBBL.*, 2013, p. 61.

³⁶ Cfr. in tal senso, G. PINO, *Diritti sociali. Per una critica di alcuni luoghi comuni*, in *Ragion pratica*, 2016, p. 495.

³⁷ Già a partire dagli anni Novanta, la Corte costituzionale sostiene che il diritto a ottenere trattamenti sanitari «è garantito a ogni persona come un diritto costituzionale condizionato dall'attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento», Corte Costituzionale sentenza n. 455 del 1990; il principio è stato poi ripreso nella sentenza n. 304 del 1994, secondo cui «al pari di ogni altro diritto costituzionale a prestazioni positive, il diritto a trattamenti sanitari, essendo basato su norme programmatiche che impongono al legislatore un obbligo costituzionale all'attuazione della tutela della salute, diviene per il cittadino "pieno e incondizionato" nei limiti in cui lo stesso legislatore, attraverso una non irragionevole opera di bilanciamento fra i valori costituzionali e di commisurazione degli obiettivi conseguentemente determinati alle risorse esistenti, predisponga adeguate possibilità di fruizione delle prestazioni sanitarie»; più esplicitamente, nella sentenza n. 111 del 2005, si afferma che «l'esigenza di assicurare la universalità e la completezza del sistema assistenziale nel nostro Paese si è scontrata, e si scontra ancora attualmente, con la limitatezza delle disponibilità finanziarie che annualmente è possibile destinare, nel quadro di una programmazione generale degli interventi di carattere assistenziale e sociale, al settore sanitario». Tuttavia, più di recente, la Corte ha assunto un orientamento diverso: così già nel 2016 si legge che «una volta normativamente identificato il nucleo invalicabile di garanzie minime per rendere effettivo il diritto fondamentale, esso non può essere finanziariamente condizionato in termini assoluti e generali», conseguentemente, «è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione», sentenza n. 275 del 2016; e nella sentenza n. 62 del 2020 si afferma che «la trasversalità e la primazia della tutela sanitaria rispetto agli interessi sottesi ai conflitti finanziari tra Stato e Regioni in tema di finanziamento dei livelli essenziali, impongono una visione trascendente della garanzia dei LEA che vede collocata al centro della tutela costituzionale la persona umana, non solo nella sua individualità, ma anche nell'organizzazione delle comunità di appartenenza che caratterizza la socialità del servizio sanitario».

Nondimeno, rimanendo all'interno dei confini sinora tracciati, che circondano le questioni eticamente sensibili dell'inizio e fine vita, si deve riconoscere la possibilità di un diverso modo di atteggiarsi del diritto alla salute, che diviene capace di esprimere, attraverso il principio di autodeterminazione, in queste materie particolarmente avvertito, un nucleo essenziale di libertà, la cui realizzazione implica non solo un dovere di astensione del soggetto pubblico, come nel caso del paziente che rifiuta un trattamento sanitario; ma passa attraverso un obbligo di prestazione a carico dello Stato, che ad esempio deve accogliere la richiesta del malato di disattivazione dei presidi che lo mantengono in vita, adoperandosi per alleviarne le sofferenze. E allora, quella iniziale dicotomia che connota il diritto alla salute, per cui esso assume talvolta le sembianze della più antica delle libertà, tradotta nell'*habeas corpus*, talaltra è invece il più importante dei diritti sociali, si traspone nelle materie di cui s'è detto, consentendo che la libertà di procreare, come quella di interrompere una gravidanza, ma anche la libertà di non cura, che si esprime nella manifesta volontà di sospensione di un trattamento sanitario, fino alla più sofferta richiesta di aiuto al suicidio, possano essere garantite attraverso una prestazione esigibile nei confronti del soggetto pubblico, per il tramite del servizio sanitario.

Cosicché, la garanzia di una *libertà* richiede l'erogazione di una *prestazione*.

FLAMINIA APERIO BELLA

Ricercatore a t.d. di tipo B presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi
Roma Tre

flaminia.aperio.bella@gmail.com

L'ACCESSO ALLE TECNOLOGIE INNOVATIVE NEL SETTORE SALUTE TRA UNIVERSALITÀ E LIMITI ORGANIZZATIVI (CON UNA POSTILLA SULL'EMERGENZA SANITARIA)

ACCESS TO THE TECHNOLOGICAL INNOVATION IN THE HEALTH SECTOR: UNIVERSALITY AND ORGANISATIONAL BOUNDARIES (WITH AN ADDENDUM ON THE HEALTH EMERGENCY)

SINTESI

Lo scritto analizza alcune delle ricadute giuridiche che discendono dalla combinazione tra l'erompere dell'innovazione tecnologica nel settore sanitario e la distribuzione differenziata delle risorse su base regionale cercando di trarre, nella postilla finale, alcuni insegnamenti dall'emergenza sanitaria da SARS-CoV-2 che si è abbattuta sull'Italia e sul mondo intero.

ABSTRACT

The analysis aims to examine some of the legal consequences stemming from the spread of technological innovation in the health sector, having regard to the unequal distribution of resources on a regional basis. The final addendum is focused on the lessons to be learned from the dramatic challenge of the SARS-CoV-2 virus pandemic that Italy and the entire world are currently facing.

PAROLE CHIAVE: Sanità – Organizzazione – Tecnologie innovative e IA in sanità – Rapporti Stato-Regioni – Pandemia COVID-19

KEYWORDS: Health Law – Organization – New Technologies and AI in the Health Sector – Relations Between Central and Regional Government – COVID-19 Pandemic

INDICE: 1. Introduzione – 2. La disciplina dell'innovazione tecnologica in ambito sanitario: dalla Sanità Digitale all'IA – 3. Evoluzioni organizzative tra universalità e appropriatezza nel rapporto Stato-Regioni. – 3.1. Il nodo della mobilità sanitaria. – 4. Quale accesso alle tecnologie innovative tra Stato e Regioni? – 5. Postilla sugli insegnamenti dell'emergenza sanitaria.

1. Introduzione.

L'innovazione tecnologica penetra ogni giorno in nuovi settori. Mentre giganti della tecnologia che hanno già modificato il nostro modo di vivere in una varietà di ambiti (dai trasporti, al consumo di prodotti di massa, fino al

modo stesso di interagire) incombono sulla scena del sistema salute, apprestandosi ad offrire ai cittadini/consumatori modelli di offerta sanitaria completamente nuovi (personalizzati, basati sulla centralità dell'utente, sulla facilità di accesso e di utilizzo, nonché orientati alla predizione delle preferenze) si diffonde la consapevolezza che i modelli regolatori e organizzativi vadano adeguati a questa evoluzione.

La capacità delle regole vigenti in materia sanitaria di rimodellarsi per intercettare il riassetto dei rapporti giuridici provocato dal coinvolgimento di tecnologie innovative è condizione indispensabile per la piena affermazione dei diritti nell'incontro tra sanità e innovazione tecnologica e dunque, in ultima analisi, per la concreta attuazione della garanzia costituzionale della salute come diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività (art. 32 Cost.).

La sfida epocale che si staglia innanzi al nostro sistema giuridico sanitario potrebbe, ove non debitamente governata, minarne la tenuta, come fanno presagire, nostro malgrado, le tensioni emerse nel corso dall'emergenza epidemiologica che si è abbattuta sull'Italia e sul Pianeta intero. Il contesto emergenziale che stiamo attraversando ha invero riportato alla ribalta il tema dell'organizzazione del SSN, confermandone le punte di eccellenza e scoprendo, al contempo, il nervo delle sue debolezze, stimolando una concorde pressione verso il potenziamento del ricorso (regolamentato) alle tecnologie innovative.

Nelle pagine che seguono si cercherà di mettere a fuoco gli attori del processo evolutivo in corso, verificando le ricadute giuridiche che derivano dall'erompere delle tecnologie innovative nel nostro sistema sanitario, diviso tra universalità e differenziazione¹, con una chiosa, a mo' di postilla, sugli inse-

¹ La salute come "diritto universale" permea, con gli adattamenti imposti dalle contingenze di un Paese stremato dal dopoguerra, il modello di diritto alla salute prescelto dal nostro Costituente. Rispetto al paradigma rappresentato dal c.d. "Rapporto Beveridge" (redatto da Sir William Beveridge durante la presidenza Churchill nel 1942 e diffuso con il titolo *Social Insurance and Allied Services* anche tra le file nemiche per mostrare, a fini propagandistici, il modello di società cui aspirare una volta sconfitti i totalitarismi e usciti dalla guerra) ove per la prima volta il concetto di salute come "diritto universale" ha fatto la sua comparsa, l'art. 32 Cost. assume un approccio più selettivo, limitando formalmente agli indigenti il diritto alla gratuità delle cure. E' noto, però, che nella pratica cure gratuite furono assicurate ad una cerchia più ampia di individui e che solo a distanza di un trentennio il modello universalistico fu concretamente messo in atto, quando, nel pieno della stagione del c.d. "disgelo" della Costituzione, fu promulgata la legge istitutiva del SSN (l. 23 dicembre 1978, n. 833). Fu in quegli anni che il modello della salute universale appena concretizzato dovette fare i conti con l'interrogativo (quasi amletico) di cosa garantire e a chi garantirlo. Si susseguirono una congerie di riforme che, nel tentativo di contemperare l'universalità con il contenimento della spesa e con la progressiva affermazione del sistema regionale, hanno condotto alla complessità organizzativa del comparto salute che conosciamo oggi, connaturale alla sua dimensione mastodontica e acuita dal difficile coordinamento, sul piano politico e amministrativo, tra i livelli di governo coinvolti nella relativa gestione. La letteratura in argomento è sterminata: per una recente illustrazione del nostro modello di welfare, cfr. F. SAITTA, *L'organizzazione della salute: uno sguardo al (recente) passato per costruire il futuro*, in R. CAVALLO-PERIN, A. POLICE, F. SAITTA, *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, Firenze, 2016, 421 ss.; tra i manuali, cfr. R. BALDUZZI, G. CARPANI, *Manuale di Diritto Sanitario*, Bologna, 2013; A. PIOGGIA, *Diritto Sanitario e dei Diritti*

gnamenti che possiamo trarre dalla gestione dell'emergenza COVID-19 e sui suoi possibili riflessi sull'accelerazione dell'accesso a tecnologie innovative in ambito sanitario.

2. La disciplina dell'innovazione tecnologica in ambito sanitario: dalla Sanità Digitale all'IA.

Occorre prendere le mosse dalla protagonista del processo sopra brevemente tratteggiato: l'imperante rivoluzione tecnologica che, nel settore salute, può dirsi ormai uscita dalla fase pionieristica, tanto che nel maggio 2019 la prestigiosa rivista medica *Lancet* ha lanciato un nuovo giornale, specificamente dedicato alla salute digitale² e sono già state coniate espressioni quali “*Internet of Medical Thing*” (IoMT), o “*medical Internet of Thing*” (mIoT)³.

Tra le più diffuse applicazioni delle tecnologie digitali e di intelligenza artificiale (IA) al settore sanitario basti menzionare, a mero titolo di esempio, l'utilizzo dell'Information and Communication Technologies (ICT) per supportare i processi operativi, “digitalizzando” le informazioni relative al paziente, ma anche potenziando i protocolli di analisi e consentendo di formulare diagnosi da remoto e supportare l'individuazione dei percorsi di cura. Sul diverso fronte della lavorazione della mole di dati acquisiti, si pensi all'impiego di algoritmi per migliorare la raccolta e la lavorazione dei dati personali relativi alla salute degli individui, a fini di diagnostica o di ricerca scientifica⁴. Quanto alle

Sociali, Torino, 2017; C. BOTTARI, *Profili innovativi del sistema sanitario*, Torino, 2018. Resta un importante riferimento R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, Torino, 2007, più di recente ID. (a cura di) *Salute e sanità*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da) *Trattato di Biodiritto*, Milano, 2010.

² Si veda “*A digital (r)evolution: introducing The Lancet Digital Health*”, in thelancet.com/digital-health, Vol. 1, Maggio 2019.

³ Dalle scienze mediche giunge la stima che, entro il 2020, il 40% delle tecnologie legate all'IoT saranno connesse alla salute, superando ogni altra categoria, formando così un mercato di ben 117 miliardi di dollari e trasformando l'offerta di salute, riducendone costi e inefficienze (D.D.V. DIMITROV, *Medical Internet of Things and Big Data in Healthcare*, in *Healthc Inform Res.* 2016 Jul; 22, 3, 156 ss.).

⁴ L'utilizzo degli algoritmi ha ampie applicazioni di supporto alla diagnosi medica. Nel caso della diagnostica per immagini (risonanze, tac, ecc.) in più occasioni le macchine intelligenti sono state capaci di individuare alterazioni che sfuggono all'occhio umano. La capacità degli strumenti digitali di supportare l'attività diagnostica attraverso la consultazione automatica e istantanea di immensi archivi di studi clinici è stata dimostrata da sistema *BabylonHealth*, introdotto nel Regno Unito, che garantisce altresì il monitoraggio dello stato emotivo del paziente attraverso la scansione facciale. L'ormai celebre applicazione è in grado di offrire un'analisi dei sintomi attraverso la scansione facciale e l'ascolto della descrizione sintomatica del paziente, fornendo iniziali indicazioni terapeutiche. Si è detto che strumenti come quello menzionato offrirebbero una funzione informativa che spesso i pazienti finiscono per affidare al c.d. “Dottor Google”, ovvero cercando direttamente online informazioni connesse con i loro sintomi (in argomento, di recente, P. GUARDA, “*Ok Google, am I sick?*”: *Artificial Intelligence, E-Health, and Data Protection Regulation*, in *Rivista di BioDiritto*, n. 1/2019, 359 ss.). Va rilevato che la *Federal Drug Administration* americana ha già approvato una serie di algoritmi per l'uso in ambito medico e che, tra questi, il sistema IDx è in grado di valutare la presenza di retinopatia diabetica negli adulti con uso autorizzato anche senza il vaglio di un clinico nella valutazione (o

specifiche applicazioni terapeutiche delle nuove tecnologie nel settore R&S, si pensi allo sviluppo delle scienze cc.dd. “-omiche” (da *-omics*) (genomica, proteomica, metabolomica), che aprono la strada a una medicina personalizzata e di precisione⁵, o ancora all’impiego massiccio della robotica nelle operazioni chirurgiche, nella rieducazione e riabilitazione⁶, ma anche nell’assistenza quotidiana di pazienti ed anziani non autosufficienti⁷. E l’elenco potrebbe continuare.

Volendo ricercare le ragioni della crescente attenzione per gli strumenti menzionati, occorre considerare che il comparto sanitario che, per sua natura, vive del progresso scientifico e di investimenti in R&S in ambito medico e farmaceutico, deve oggi reagire a fattori quali l’invecchiamento della popolazione, la resistenza alle cure antibiotiche e il contestuale aumento delle patologie croniche, che impongono il ripensamento dei modelli tradizionali di assistenza sanitaria, verso l’introduzione di soluzioni in grado di superare la logica ospedale-centrica, per modellarsi sempre più attorno al cittadino/paziente⁸.

ri-valutazione) delle immagini (*Fda News Release*, aprile 2018).

⁵ Il riferimento alle tecnologie “-omiche” indica la vasta disciplina scientifica e ingegneristica volta ad analizzare le interazioni tra le informazioni biologiche in vari “-oma”, che includono genoma, proteoma, metaboloma, trascrittoma, ecc. Il suo obiettivo principale è sviluppare tecnologie e strumenti per raccogliere informazioni su varie classi di biomolecole e i loro ligandi e comprendere le relazioni tra loro, inclusi i meccanismi regolatori correlati (per tale definizione COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSIGLIO, AL COMITATO ECONOMICO E SOCIALE EUROPEO E AL COMITATO DELLE REGIONI, *relativa alla trasformazione digitale della sanità e dell’assistenza nel mercato unico digitale, alla responsabilizzazione dei cittadini e alla creazione di una società più sana*, COM(2018) 233 final del 24.5.2018 anche con riferimenti alla precedente comunicazione SWD(2013) 436; rilevante in materia è l’iniziativa UE “1+MillionGenomes”, lanciata con la dichiarazione: *Verso l’accesso ad almeno un milione di genomi sequenziati nell’Unione Europea entro il 2022*, reperibile sul sito ec.europa.eu/digital-single-market).

⁶ Il riferimento va agli arti robotici per gli amputati o agli esoscheletri sensibili agli impulsi cerebrali che riaccendono le speranze delle persone paralizzate. Sui più recenti approdi scientifici sull’argomento si veda A.L. BENABID et AA. *An exoskeleton controlled by an epidural wireless brain-machine interface in a tetraplegic patient: a proof-of-concept demonstration*, in *Lancet Neurol*, 3.10.2019; per un’analisi giuridica a prima lettura del fenomeno: C. SALAZAR, *Umano, troppo umano ... o no? Robot, androidi e cyborg nel “mondo del diritto” (prime notazioni)*, in *Rivista di BioDiritto*, n. 1/2014, 265.

⁷ È il caso dei cc.dd. *social robot* utilizzabili nell’assistenza domiciliare per anziani e persone che necessitano di assistenza socio-sanitaria. Tali *robot*, di cui si discute l’introduzione, sarebbero in grado di trasmettere a distanza informazioni sullo stato sanitario dei pazienti, stabilire dialoghi interattivi, analizzare i volti per comprendere lo stato emotivo, ricordare ad intervalli predefiniti l’assunzione dei farmaci e consentire a parenti ed operatori sociali di collegarsi in remoto nell’abitazione dell’assistito e controllare ed esplorare lo spazio (ne parla E.A. FERIOLI, *L’intelligenza artificiale nei servizi sociali e sanitari: una nuova sfida al ruolo delle istituzioni pubbliche nel welfare italiano?*, in *Rivista di BioDiritto*, n. 1/2019, 163 ss.).

⁸ Proprio a tali fattori o *trend* del settore salute fa riferimento la Commissione UE nella promozione di un mercato unico dell’“e-Health”, su cui, da ultimo, COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSIGLIO, AL COMITATO ECONOMICO E SOCIALE EUROPEO E AL COMITATO DELLE REGIONI, *relativa alla trasformazione digitale della sanità e dell’assistenza nel mercato unico digitale, alla responsabilizzazione dei cittadini e alla creazione di una società più sana*, cit..

A questo scopo, accanto a strategie basate sulla prevenzione e sulla gestione il più possibile autonoma delle patologie croniche, gli strumenti messi a disposizione dalla “rivoluzione digitale” soccorrono anche per conseguire l'obiettivo di una sanità più adeguata e sostenibile. Questo approccio combinato guida le numerose iniziative assunte a livello europeo per la promozione del mercato dell'“e-Health”, il cui valore potenziale è stimato globalmente a 60 miliardi di euro, di cui circa un terzo è rappresentato dall'Europa⁹.

Sul versante della disciplina giuridica delle tecnologie digitali già operanti in ambito sanitario, vengono preliminarmente in rilievo gli strumenti di c.d. *Sanità Digitale* (già *Sanità Elettronica*). Con tale locuzione si descrive, in senso ampio, l'uso dell'ICT a supporto dell'intera gamma di funzioni e processi operativi che investono il settore sanitario. Si tratta, in sostanza, dell'applicazione della tecnologia digitale ai processi sanitari in un'ottica di miglioramento del rapporto costo-qualità dei servizi sanitari, limitazione degli sprechi e inefficienze, riduzione delle differenze tra i territori e miglioramento della qualità percepita dal cittadino¹⁰.

L'idea alla base del conseguimento dei suddetti obiettivi di efficientamento, risparmio e uniformazione territoriale attraverso la digitalizzazione è lo sviluppo di soluzioni integrate, che consentano “il dialogo” tra i dei sistemi informativi sanitari, aziendali e ospedalieri anche attraverso l'omogeneizzazione e standardizzazione della raccolta e del trattamento dei dati sanitari: in una parola l'interoperabilità¹¹.

⁹ La teorizzazione di un mercato unico dell'“e-Health” a livello europeo si deve a interventi della Commissione risalenti al 2004 (cfr. Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni *sulla Sanità elettronica, migliorare l'assistenza sanitaria dei cittadini europei: piano d'azione per uno spazio europeo della sanità elettronica* - COM(2004) 356 - seguito da COM(2012) 736 final che istituivano due piani d'azione in riferimento all'“e-Health”). L'intervento dell'UE in materia trova la sua base giuridica nell'art. 168 TFUE e benché, come precisato dalla stessa Commissione, in molti Stati membri sono le Regioni ad essere responsabili dell'organizzazione e della prestazione dell'assistenza sanitaria e sociale, la Commissione può, conformemente ai Trattati, “promuovere la sanità pubblica e la prevenzione di malattie e sostenere la cooperazione tra gli Stati membri, ad esempio per migliorare la complementarità transfrontaliera dei loro servizi sanitari. La Commissione può inoltre adottare misure per stimolare l'innovazione, la crescita economica e lo sviluppo del mercato unico in stretto coordinamento con gli Stati membri?” (cfr. COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSIGLIO, AL COMITATO ECONOMICO E SOCIALE EUROPEO E AL COMITATO DELLE REGIONI, *relativa alla trasformazione digitale della sanità e dell'assistenza nel mercato unico digitale, alla responsabilizzazione dei cittadini e alla creazione di una società più sana*, cit., p. 2). L'aspirazione del regolatore UE alla realizzazione di un mercato unico di e-Health si fonda su un'ulteriore solida base giuridica: l'art. 114 TFUE relativo alla realizzazione del mercato interno, da leggere alla luce delle libertà fondamentali.

¹⁰ Così è definita la “Sanità digitale” nel documento PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, *Strategia per la crescita digitale 2014-2020* (3 marzo 2015), p. 89, reperibile sul sito www.agid.gov.it.

¹¹ Il tema dell'interoperabilità riveste rilevanza centrale nei documenti ufficiali che intervengono in materia. Così, ad esempio, la citata COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE, *relativa alla trasformazione digitale della sanità e dell'assistenza nel mercato unico digitale, alla responsabilizzazione dei cittadini e alla creazione di una società più sana*, cit. pone tra i suoi obiettivi l'interoperabilità

Il Fascicolo Sanitario Elettronico (FSE) è il fronte normativamente più avanzato della *Sanità Digitale*, oltre a costituire il presupposto abilitante per molte delle innovazioni tecnologiche di cui si discuterà più avanti¹². Lo strumento, in sintesi, raccoglie in digitale i documenti clinici inerenti lo stato di salute del cittadino (*patient summary*, referti, prescrizioni, ecc.) mirando a consentire, nel rispetto della normativa vigente in materia di protezione dei dati personali e a valle del consenso libero e informato dell'assistito: la “prevenzione, diagnosi, cura e riabilitazione” del paziente; lo “studio e ricerca scientifica in campo medico, biomedico ed epidemiologico”, nonché la “programmazione sanitaria, [la] verifica delle qualità delle cure e [la] valutazione dell'assistenza sanitaria”¹³; il FSE è anche funzionale all'accesso, da parte del cittadino, ai servizi sanitari *on line*¹⁴. Osservato in ottica europea, lo strumento dovrebbe contribuire a sostenere la continuità dell'assi-

tra i sistemi sanitari degli Stati membri per eliminare gli ostacoli “ad un approccio integrato alla prevenzione delle malattie e ad una cura e assistenza meglio adattate alle esigenze dei cittadini” (p. 2). Parimenti il “nuovo modello di interoperabilità” rappresenta un asse portante del Piano Triennale per l'informatica nella Pubblica Amministrazione, necessario al funzionamento dell'intero Sistema informativo della PA, volto a rendere possibile non solo la collaborazione tra PPAA, ma anche tra queste e soggetti terzi, per mezzo di soluzioni tecnologiche che assicurano l'interazione e lo scambio di informazioni senza vincoli.

¹² Per FSE si intende “l'insieme dei dati e documenti digitali di tipo sanitario e sociosanitario generati da eventi clinici presenti e trascorsi, riguardanti l'assistito” (cfr. art. 12, co. 1, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, conv. nella l. 17 dicembre 2012, n. 221). Quanto alla normativa di riferimento, benché il primo intervento legislativo nazionale risalga al 2012 (poi rafforzato con il d.l. n. 69/2013) la regolazione dello strumento a livello di *soft law* risale al 2009 (cfr. le “Linee guida in tema di FSE” del 16 luglio 2009 del Garante per la protezione dei dati personali, seguite dalle linee guida nazionali per l'istituzione del FSE approvate il 10 febbraio 2011 dalla Conferenza Stato-Regioni ed elaborate dal Ministero della salute con le Regioni, il Garante per la protezione dei dati personali e l'ex Dipartimento per la digitalizzazione della Presidenza del Consiglio dei Ministri, oggi confluito nell'Agenzia per l'Italia digitale – AgID, nonché, da ultimo, le linee guida per l'interoperabilità del FSE a livello sovra-regionale elaborate dal menzionato Dipartimento della PCM insieme al CNR, in accordo con Regioni).

¹³ Cfr. art. 12, co. 2, d.l. 179/2012, cit. da leggere in combinato con il DPCM 29 settembre 2015, n. 178, recante “Regolamento in materia di fascicolo sanitario elettronico”.

¹⁴ Dei servizi sanitari *on line* si dirà subito *infra*. Merita aggiungere che con l'intervento legislativo del 2013 recante, all'art. 17, “Misure per favorire la realizzazione del Fascicolo sanitario elettronico”, il legislatore ha inteso estendere l'ambito applicativo dello strumento al profilo farmaceutico, inserendovi una specifica sezione denominata “dossier farmaceutico” aggiornata a cura della farmacia che effettua la dispensazione e diretta a “favorire la qualità, il monitoraggio, l'appropriatezza nella dispensazione dei medicinali e l'aderenza alla terapia ai fini della sicurezza del paziente” (art. 17 d.l. 21 giugno 2013, n. 69, conv. nella l. 9 agosto 2013, n. 98). E' opportuno evidenziare che la normativa regolamentare dettaglia, per ciascuna delle modalità di utilizzazione del FSE elencate al citato art. 12, co. 2, un trattamento differenziato dei dati ivi contenuti prescrivendo, ad esempio, l'eliminazione dei dati identificativi diretti dell'assistito ove il fascicolo sia utilizzato per finalità di ricerca o di governo, ferma sempre la non accessibilità ai dati che il cittadino abbia richiesto espressamente di oscurare. Attraverso una serie di più recenti decreti e circolari AgID il regolatore sta implementando la disciplina dello strumento nel tentativo di rendere maggiormente fruibile l'accesso al FSE da parte dell'assistito, fornendo specifiche tecniche (cfr. da ultimo Circolare AgID 2 settembre 2019, n. 3, recante “Accesso unico al Fascicolo sanitario elettronico e gestione temporanea dell'indice dei metadati dei documenti sanitari”).

stenza transfrontaliera¹⁵. L'istituto tuttavia, pur avendo raggiunto un notevole avanzamento sul fronte della regolazione, non gode di un'implementazione omogenea e completa su base regionale¹⁶.

Tra gli strumenti di *Sanità Digitale* figura poi la Telemedicina, locuzione che descrive una modalità di erogazione di servizi di assistenza sanitaria tramite il ricorso alle ICT in situazioni in cui il professionista della salute e il paziente (o due professionisti) non si trovano nella stessa località¹⁷. La Telemedicina è ascrivibile ai servizi pubblici *on line*¹⁸ e si basa sulla trasmissione sicura di informazioni e dati di carattere medico nella forma di testi, suoni, immagini o altre forme necessarie per la prevenzione, la diagnosi, il trattamento e il successivo controllo dei pazienti. Il servizio, ispirato alla logica di muovere le informazioni diagnostiche anziché il paziente, assume una rilevanza e un impatto determinanti, da tempo riconosciuti anche a livello sovranazionale¹⁹, sicché il Governo è intervenuto a dettare linee di indirizzo in materia, con l'obiettivo di fornire un riferimento unitario nazionale per la corretta progettazione e impiego di sistemi di Telemedicina nell'ambito del SSN e nel più ampio contesto europeo²⁰.

¹⁵ COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE, *relativa alla trasformazione digitale della sanità e dell'assistenza nel mercato unico digitale, alla responsabilizzazione dei cittadini e alla creazione di una società più sana*, cit., p. 1.

¹⁶ L'attuazione su base nazionale della normativa sul FSE è stata difforme, generando una disparità tra utenti. Se è vero che sono rimaste poche le Regioni inadempienti (Campania, Calabria, Sicilia e la Provincia autonoma di Bolzano), solo di recente sono stati implementati i sistemi di molti FSE regionali e le percentuali di cittadini che hanno attivato il proprio fascicolo sanitario, sono alquanto scoraggianti (prossime allo 0%) in più di metà delle Regioni italiane (M.A. SANDULLI, *Le tante facce (non tutte auspicabili) del regionalismo differenziato: i presidi non rinunciabili della solidarietà e i gravi rischi della competizione*, in *Corti supreme e salute*, n. 1/2020, 253 ss. qui 258).

¹⁷ MINISTERO DELLA SALUTE, *Telemedicina. Linee di indirizzo nazionali* reperibile sul sito www.agid.gov.it nella sezione piattaforme/sanita-digitale, cui si rinvia anche per una puntuale definizione degli specifici servizi di Telemedicina (*sub specie* per la distinzione tra “*Telemedicina specialistica*”, “*Telesalute*” e “*Teleassistenza*”).

¹⁸ In argomento G. CAMMAROTA, *Servizi pubblici online e partecipazione migliorativa*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI - L. TORCHIA (a cura di) *La Tecnificazzone*, Firenze 2016, 113 e ss. in cui si precisa, nel descrivere i servizi pubblici *online*, che essi “*possono essere relativi, rispettivamente: a funzioni pubbliche ‘tradizionali’, come nel caso dello svolgimento online di un procedimento amministrativo; a servizi pubblici strictu sensu, come nel caso dei servizi di telemedicina o di formazione a distanza; ad attività di informazione e comunicazione pubblica, come nel caso dei servizi di tale natura erogati tramite siti istituzionali?*”.

¹⁹ Cfr. Comunicazione Commissione UE COM(2008)689 recante “*Telemedicina a beneficio dei pazienti, dei sistemi sanitari e della società*” del 4 novembre 2008. In un'ottica comparata merita evidenziare che in quello stesso anno, in Gran Bretagna, il *Department of Health* ha finanziato un vasto programma di Teleassistenza e Telesalute, il *Whole System Demonstrator (WSD) Programme*, rivolto alle persone fragili e ai malati cronici, che ha coinvolto in 2 anni oltre 6000 pazienti e oltre 200 medici, operando una delle più grandi sperimentazioni sistematiche di Telemedicina mai condotte. I risultati dello studio sono tali da incoraggiare il *Department of Health* verso un nuovo programma (“*Three Million Lives*” campaign), in collaborazione con l'industria, il National Health System, le associazioni professionali e le organizzazioni sociali, rivolto ai potenziali 3 milioni di candidati che potrebbero trarre beneficio da servizi di Teleassistenza e Telesalute.

²⁰ Cfr. MINISTERO DELLA SALUTE, *Telemedicina. Linee di indirizzo nazionali*, cit..

I menzionati strumenti di *Sanità Digitale* potranno esprimere il massimo delle loro potenzialità solo a valle di un'implementazione uniforme sul territorio nazionale e della risoluzione del nodo della sicurezza di accesso e dell'affidabile identificazione degli utenti, potendo così essere utilizzati in piena autonomia. Per garantire la sicura identificazione dell'utente ci si sta orientando verso strumenti massimamente innovativi come le *blockchain* e i riconoscimenti biometrici²¹. Si tratta di strumenti funzionali al miglior conseguimento degli obiettivi di digitalizzazione in materia sanitaria, ma non caratteristici di questo settore. Essi sono coerentemente annoverati tra gli strumenti a disposizione nei documenti di *soft law* intervenuti in materia sanitaria, pur sfuggendo a una disciplina organica e dettagliata (anche in ragione della loro maggiore innovatività). Discorso non dissimile può farsi per i “dispositivi indossabili” (cc.dd. *wearable devices*) e per gli altri applicativi del c.d. internet delle cose: anch'essi, benché ampiamente utilizzati in ambienti di *Sanità Digitale*²², non sono caratteristici del settore, né trovano (ancora) una regolazione specifica a livello nazionale.

Su un fronte solo parzialmente sovrapponibile a quello illustrato deve collocarsi il tema del coinvolgimento dell'IA, ossia di quei sistemi che «mostrano un comportamento intelligente analizzando il proprio ambiente e compiendo azioni, con un certo grado di autonomia, per raggiungere obiettivi specifici»²³. Il riferimento all'IA in ambito sanitario, più che descrivere uno specifico strumento, indica infatti un metodo applicato dalla tecnologia di riferimento²⁴.

²¹ In argomento G. BELLOMO, *Biometria e digitalizzazione della Pubblica Amministrazione*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI - L. TORCHIA (a cura di) *La Tecnificazione*, cit. 59 ss.

²² Come confermato dal conio della sopra citata (sotto) categoria degli IoMT o mIoT, che descrive applicazioni mobili in grado di misurare parametri di salute, dati sull'attività fisica e sui comportamenti alimentari. I cc.dd. *wearable devices* hanno spesso la funzione di supportare i cc.dd. *Digital Therapeutics*, ossia terapie digitali basate sull'uso di *smartphone*, che possono coadiuvare o finanche sostituire un trattamento tradizionale. A differenza di altre app che gravitano nel mondo della salute, si tratta di veri e propri “medicinali digitali”, il cui “principio attivo” è costituito da uno strumento digitale, che interviene direttamente sulla patologia, in sostituzione o in aggiunta ad altre terapie. Tali strumenti vengono direttamente dal medico e – in alcuni paesi – sono pagati dai sistemi sanitari nazionali o dalle assicurazioni sanitarie private (in argomento M. JOYCE, O. LECLERC, K. WESTHUES, H. XUE, “*Digital Therapeutics – ready to take off*”, McKinsey Company, Febbraio 2018, cfr. mckinsey.com/industries/pharmaceuticals-and-medical-products: per un caso italiano D. CONFORTI, “*Le prescrivo una app*”: *come in trentino curano i malati cronici*, Febbraio 2017, disponibile sul sito agendadigitale.eu/infrastrutture).

²³ COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSIGLIO EUROPEO, AL COMITATO ECONOMICO E SOCIALE EUROPEO E AL COMITATO DELLE REGIONI, *Piano coordinato sull'intelligenza artificiale*, Bruxelles, 7.12.2018, COM (2018), 795 final.

²⁴ L'attenta letteratura anche giuridica che, con crescente entusiasmo, si sta occupando del fenomeno, non ha mancato di evidenziare che il termine “intelligenza artificiale” descrive una realtà composita, un ecosistema di modelli e tecnologie per la percezione, il ragionamento, l'interazione e l'apprendimento: cfr. E. PICOZZA, *Politica, diritto amministrativo and Artificial Intelligence*, in *Giur. it.*, 2019, 1761, in cui l'A. specifica che quando si usa il termine di Intelligenza Artificiale non si designa un concetto semplice ed unitario ma piuttosto una “*universitas di concetti ciascuno dei quali è al centro di una propria complessità (la robotica, il machine-learning, lo sviluppo degli algoritmi complessi, le reti neurali artificiali, la teoria dei giochi ecc.)*”. Alla base della realtà composita rappresentata dall'IA si situano sistemi atti a consentire alle ‘macchine’ di risolvere i casi loro sot-

Se è vero che l'elevato grado di innovatività accomuni l'IA alla *blockchain* e all'*internet of things*, queste tecnologie vengono correttamente tenute distinte all'interno dei documenti ufficiali²⁵, in quanto le prime si caratterizzano per non limitarsi a seguire fedelmente le istruzioni del programmatore, bensì a “inventare” soluzioni e percorsi inediti attraverso il processo noto come *machine learning*²⁶.

La distinzione tra strumenti di “*Sanità Digitale*” e quelli che applicano l'IA ha riflessi giuridici specifici, generando questioni differenziate: mentre i primi pongono essenzialmente problemi di gestione etica dei dati, di garanzia della

toposti, i quali, a loro volta, di regola, sottendono specifici algoritmi contenenti la sequenza di regole confezionate a tale scopo. Il concetto di macchina capace di risolvere problematiche specifiche si rintraccia anche nelle applicazioni informatiche cc.dd ‘metadocumentarie’ definite, per differenza rispetto a quelle “documentarie”, come le applicazioni informatiche tendenti a riprodurre automaticamente certi processi mentali umani, come l'individuazione di soluzioni a problemi specifici (M. D'ANGELOSANTE, *La consistenza del modello dell'amministrazione 'invisibile' nell'età della tecnificazione: dalla formazione delle decisioni alla responsabilità per le decisioni*, in S. Civitarese Matteucci, L. Torchia (a cura di), *La Tecnificazione*, cit., 156, richiamando le distinzioni operate da L. LOMBARDI VALLAURI, G. TADDEI ELMI, *Integrazione e informatica giuridica*, in *Inf. e dir.*, 2, 1982, 35 ss). Quanto al termine algoritmo, in particolare, esso deriva dalla trascrizione latina del nome del matematico persiano al-Khwarizmi vissuto nel IX secolo d.C. e il termine *Algorismus* indicava in origine il processo per svolgere calcoli con i numeri indo-arabici. Oggi il termine identifica una sequenza di passaggi elementari, secondo una sequenza finita e ordinata di istruzioni chiare e univoche (ognuna delle quali eseguibile entro un tempo finito e che produce un risultato in un tempo finito) per la risoluzione di un dato problema; un programma traduce la sequenza di passaggi di cui si compone l'algoritmo in una serie di comandi rivolti al computer o un dispositivo di calcolo (cfr. P. FERRAGINA, F. LUCCIO, *Il pensiero computazionale. Dagli algoritmi al coding*, Bologna, 2017, il quale aggiunge che «un *Algoritmo* soddisfa le seguenti proprietà: (1) è utilizzabile su diversi input generando i corrispondenti output; (2) ogni passo ammette un'interpretazione univoca ed è eseguibile in un tempo finito; (3) la sua esecuzione si ferma qualunque sia l'input» p. 10). Per le definizioni di algoritmo e IA si veda anche il recente studio dell'EUROPEAN PARLIAMENTARY RESEARCH SERVICE (EPRS), *Understanding algorithmic decision-making: Opportunities and challenges*, 3 ss. elaborato dalla Scientific Foresight Unit (STOA) PE 624.261 nel marzo 2019 e reperibile sul sito www.europarl.europa.eu/stoa.

²⁵ Per tale distinzione si veda MINISTERO DELLO SVILUPPO ECONOMICO, *Strategia Nazionale per l'Intelligenza Artificiale* (luglio 2019).

²⁶ Il processo di “apprendimento” artificiale ha specifici precipitati in termini di minore trasparenza dell'iter seguito per conseguire un certo risultato. E' stato da più parti evidenziato che spesso neppure colui che ha fornito le istruzioni alla macchina attraverso l'introduzione del c.d. *data set* che consente l'algoritmo di funzionare è pienamente in grado di ripercorrere il processo decisionale e offrire una spiegazione comprensibile (in tal senso, da ultimo, M.C. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in federalismi.it, 2019 ove dall'oscurità dei processi decisionali basati sull'IA si fa discendere l'immagine della “*black box society*”, diffusamente utilizzata dalla letteratura anche statunitense, ossia di una società a sua volta oscura e di scarsa comprensibilità, come una grande scatola nera, data la pervasività dell'uso di tali strumenti; il riferimento operato dagli Aa. è specialmente al lavoro di F. PASQUALE, *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge-MA, 2015). Per far fronte ai problemi di scarsa trasparenza e “spiegabilità” dovuti all'utilizzo di algoritmi “intelligenti” sono state formulate varie proposte di intervento (*ex ante*, a livello di programmazione o *ex post*, a livello di controllo) ben riassunte nel citato documento EPRS, *Understanding algorithmic decision-making*, cit., spec. 47 ss.

privacy e di sicurezza nell'identificazione degli utenti, i secondi scoprono il nervo della comprensibilità della decisione/azione sanitaria realizzata tramite macchine intelligenti, con conseguente complessa imputazione della relativa responsabilità²⁷. La linea di demarcazione tra i due ordini di strumenti può rarefarsi: è il caso di strumenti digitali (o elettronici) “potenziati” dall'utilizzo dell'IA come nel caso dell'impiego di algoritmi per migliorare la raccolta, conservazione e il trattamento dei dati personali relativi alla salute degli individui²⁸ o quello dell'utilizzo di robot “intelligenti” e “autonomi” per le operazioni chirurgiche²⁹.

Tornando sul piano della disciplina, merita evidenziare che, allo stato, il rapporto tra IA e Salute non trova una regolazione specifica a livello europeo. Pare significativo che la più volte evocata Comunicazione della Commissione UE relativa alla trasformazione digitale della sanità, benché coeva ad altre im-

²⁷ In argomento G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione, analisi predittiva e nuove forme di intellegibilità*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, 83 ss.. E' stato evidenziato che lo stesso utilizzo dell'algoritmo comporta delle scelte tutt'altro che 'neutre' a partire dai criteri in base ai quali i dati da utilizzare vengono raccolti, selezionati e interpretati: cfr. M.C. CAVALLARO-G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione* cit.; C. O'NEIL, *Armi di distruzione matematica. Come i big data aumentano la disuguaglianza e minacciano la democrazia*, Bompiani, Milano, 2017; S. TRANQUILLI *Rapporto pubblico-privato nell'adozione e nel controllo della decisione amministrativa 'robotica'*, *Diritto e società*, 2, 2020, 281 ss.. Per un'analisi della più recente giurisprudenza amministrativa intervenuta sul tema cfr. A. COIANTE, *Il Giudice amministrativo delinea le regole del (nuovo) procedimento algoritmico? Riflessioni a margine di Cons. Stato, sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472*, in F. APERIO BELLA, A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di) *Dialoghi di diritto amministrativo. Lavori del Laboratorio di Diritto Amministrativo 2019*, in corso di pubblicazione.

Per interessanti considerazioni sulle nuove questioni di costituzionalità poste dall'utilizzo dell'IA e un *focus* sulla conoscibilità della decisione algoritmica cfr. A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *Rivista di BioDiritto*, n. 1/2019, 63 ss., spec. 77 ss..

²⁸ Sull'impiego di algoritmi per studiare le caratteristiche fisiche e genetiche del paziente, al fine di migliorare la prevenzione delle malattie, elaborare diagnosi o realizzare un trattamento e un'assistenza personalizzata cfr. cui A. SPINA, *La medicina degli algoritmi: Intelligenza Artificiale, medicina digitale e regolazione dei dati personali*, in F. Pizzetti (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018, 321 ss..

²⁹ Il rischio che macchine intelligenti soppiantino l'operato umano è stato verificato per un elevatissimo numero di professioni, ma gli analisti prospettano scenari rassicuranti sulla capacità dell'essere umano di stare al passo con l'evoluzione, progredire nelle sue competenze (per uno studio rigoroso e documentato cfr. C. BENEDIKT FREY, M. OSBORNE, *The Future of Employment: How Susceptible Are Jobs to Computerisation?*, Oxford, 2013 in cui è calcolato l'impatto dell'innovazione tecnologica su un'ampia gamma di occupazioni, 702 in tutto, e si conclude che nel giro di una ventina d'anni il 47% dei posti di lavoro sarà potenzialmente automatizzabile; il timore che l'automazione dei processi produttivi minacci l'occupazione ha fatto parlare di “capitalismo dei robot”: J. LANCHESTER, *The Robots Are Coming*, in *London Review of Books*, Vol. 37 No. 5, pp. 3 ss., 2015 recensendo E. BRYNJOLFSSON, A. MCAFEE, *The Second Machine Age: Work, Progress and Prosperity in a Time of Brilliant Technologies*, 2014 e T. COWEN, *Average Is Over: Powering America beyond the Age of the Great Stagnation*, 2014). Con specifico riferimento ai robot impiegati in ambito sanitario non mancano posizioni più prudenti, secondo cui l'ingresso di robot completamente autonomi in sala operatoria sarebbe un'ipotesi di mera futurologia (cfr., in argomento A. DI MARTINO, *Robotica medica*, in *Amministrativamente*, 3-4/2017, p. 3-9).

portanti iniziative di *soft law* della Commissione in materia di IA³⁰, non le richiami espressamente³¹. Ciò a dispetto dei numerosi richiami ad altri settori regolati a livello UE in riferimento ai quali è sancita l'esigenza di una sinergia (come l'assistenza sanitaria transfrontaliera, la regolazione dei dispositivi medici, la protezione dei dati personali e l'identificazione elettronica e della sicurezza di reti e sistemi informativi). In particolare, il concetto di IA applicata alla Salute, pur non essendo del tutto assente nel documento in parola, vi si affaccia solo timidamente³², soprattutto in chiave strumentale alla migliore elaborazione dei dati sanitari³³.

A livello nazionale l'approccio non è molto diverso: tra i settori chiave in cui il Governo ha stabilito di indirizzare gli investimenti al fine di massimizzare la promozione dello sviluppo dell'IA figura anche il campo della Salute³⁴. An-

³⁰ Il riferimento va alla COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSIGLIO, AL COMITATO ECONOMICO E SOCIALE EUROPEO E AI COMITATO DELLE REGIONI, *L'intelligenza artificiale per l'Europa*, COM(2018) 233 final del 25.4.2018.

³¹ V. la citata COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE, *relativa alla trasformazione digitale della sanità e dell'assistenza nel mercato unico digitale, alla responsabilizzazione dei cittadini e alla creazione di una società più sana*, anch'essa del 24.5.2018, ove però, manca ogni richiamo alla coeva Comunicazione sull'IA.

³² Si vedano, in particolare, le affermazioni che "L'UE sta sviluppando validi approcci nel calcolo ad alte prestazioni, nell'analisi dei dati e nell'intelligenza artificiale, che possono aiutare a progettare e testare nuovi prodotti sanitari (Farmaci, dispositivi, medicinali per terapie avanzate, ecc.)" a p. 3 nonché l'ancor più generico riferimento a "approcci predittivi del "paziente digitale" basati su modelli informatici, simulazioni e intelligenza artificiale" alla p. 9. Quanto alla documentazione ufficiale più recente, merita menzionare la COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSIGLIO, AL COMITATO ECONOMICO E SOCIALE EUROPEO E AL COMITATO DELLE REGIONI, *Creare fiducia nell'intelligenza artificiale antropocentrica* del 8.4.2019 COM(2019) 168 final ove, ancora una volta, accanto a un riferimento generico al fatto che l'IA "può migliorare l'assistenza sanitaria" (p. 2), l'implementazione tecnologica nel settore sanitario è invocata nella diversa e già richiamata ottica di potenziamento della condivisione dei dati per utilizzare al meglio gli spazi di dati comuni (p. 10).

³³ Nell'ottica di potenziamento della *Sanità Digitale* attraverso l'IA di cui si è detto *supra*. Sembra condividere la lettura proposta nel testo E.A. FERIOLI, *L'intelligenza artificiale nei servizi sociali e sanitari* cit., che, pur enfatizzando l'ingresso del riferimento all'IA nella richiamata COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE, *relativa alla trasformazione digitale della sanità*, riconosce che "L'intelligenza artificiale fa qui, per la prima volta, il suo ingresso nei documenti europei espressamente dedicati alla sanità digitale in riferimento ai dati sanitari, quale imprescindibile tecnologia che, operando sugli stessi, apre a nuove prospettive assistenziali, nuove forme di prevenzione delle malattie e di cure personalizzate" (168). Il collegamento tra IA e cc.dd. *Big Data* in ambito sanitario è del resto confermato dal Regolamento UE 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio *relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento di dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati*, che, nel disciplinare a quali condizioni possono essere trattati categorie di dati personali particolarmente "sensibili", include quelli sanitari per finalità di medicina preventiva e del lavoro, assistenza sanitaria e di ricerca scientifica (art. 9, lett. h e i); il tema dei processi decisionali automatizzati relativi alle persone fisiche, compresa la profilazione, sono invece disciplinati all'art. 22. Non dissimile pare l'approccio assunto dall'EPRS, *Understanding algorithmic decision-making*, cit., ove si affrontano in modo specifico le opportunità e i rischi collegati all'uso di IA nell'ambito della sanità alle pp. 15-18, porzione relativamente minuta di un documento che consta di 104 pagine.

³⁴ Ministero dello Sviluppo Economico, *Strategia Nazionale per l'Intelligenza Artificiale*, cit., p. 12.

che i documenti nazionali, però, si limitano ad accenni – peraltro spesso declamatori, in linea con la natura degli atti in cui si inseriscono – includendo tra gli esempi di applicazione dell'IA all'ambito sanitario la chirurgia assistita con la robotica intelligente, l'assistenza infermieristica virtuale, il supporto alla diagnostica per immagini nonché la gestione dei fascicoli sanitari elettronici³⁵.

Ciò che accomuna i documenti ufficiali a disposizione in materia è l'aspirazione egualitaria sottesa all'utilizzo di tecnologie innovative in ambito sanitario, che dovrebbe consentire «di dare impulso all'innovazione e alla predisposizione di standard condivisi nelle varie regioni»³⁶ o ancora di agevolare «l'accesso paritario ad un'assistenza di alta qualità»³⁷.

3. Evoluzioni organizzative tra universalità e appropriatezza nel rapporto Stato-Regioni.

Aspirazioni universalistiche e di equità nell'accesso hanno guidato il SSN italiano sin dalla sua istituzione, quale forma di concretizzazione dell'art. 32 Cost.³⁸.

Il modello concepito negli anni '70 ha tuttavia ben presto dovuto fare i conti con la limitatezza delle risorse, lasciando spazio alla consapevolezza del condizionamento finanziario del diritto alla salute³⁹, sfociata nelle riforme degli

³⁵ Tutti questi fenomeni, come visto, possono propriamente ricondursi all'IA (e non a mere forme evolute di *Salute Digitale*) nella misura in cui includano sistemi che mostrano un comportamento intelligente analizzando il proprio ambiente e compiendo azioni, con un certo grado di autonomia, per raggiungere specifici obiettivi. A livello di spontanea iniziativa privata non mancano linee guida più dettagliate: si veda il *Manifesto per una salute intelligente* presentato da I-Com, Istituto per la competitività, nel 2017, reperibile sul sito i-com.it e citato in P. GUARDA, "Ok Google, am I sick?", cit., 366.

³⁶ MISE, *Strategia Nazionale per l'Intelligenza Artificiale*, cit., p. 12.

³⁷ COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE, *relativa alla trasformazione digitale della sanità*, cit., p. 5.

³⁸ I principi alla base dell'istituzione del SSN e sanciti dall'art. 1 l. n. 833/1978 sono l'universalità dei destinatari, l'equità nell'accesso ai servizi e la globalità delle prestazioni. Il SSN, infatti, superando le restrizioni di cui all'art. 32 Cost. (che limita, come visto, agli indigenti il diritto all'assistenza sanitaria gratuita), è tenuto a garantire l'erogazione di prestazioni sanitarie a tutta la popolazione, a prescindere dalle condizioni economiche dei singoli individui, fornendo una tutela globale attraverso la "promozione", il "mantenimento" e il "recupero" della salute fisica e psichica, anche garantendo prestazioni gratuite a chi non potrebbe sostenerne il costo. In argomento, tra i numerosi contributi di dottrina, si vedano R. BALDUZZI, G. CARPANI, *Manuale di diritto sanitario*, cit., 78 ss. Sull'equità in materia sanitaria, da ultimo, V. MOLASCHI, *Programmazione e organizzazione dell'equità in sanità. L'organizzazione come "veicolo" di eguaglianza*, in *Rivista di BioDiritto*, n. 2/2019, 35 ss. cui si rinvia anche per i richiami alla letteratura extranazionale in argomento.

³⁹ Sui diritti sociali quali "diritti finanziariamente condizionati" v. F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990, *passim*. Con specifico riferimento al diritto alla salute si vedano le voci di M. LUCIANI, *Salute (diritto alla salute – dir. cost.)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991, XXVII, spec. 9 ss. e di R. FERRARA, *Salute (diritto alla)*, in *Dig. pub.*, XIII, Torino, 1997, spec. 530 ss. Più di recente si vedano R. FERRARA, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in R. Ferrara (a cura di), *Salute e Sanità*, in S. Rodotà, P. Zatti (diretto da) *Trattato di Biodiritto*, cit., 2010, 34 ss.; Id., *L'ordinamento della Sanità*, cit., 2007, spec. 37 ss., 215 ss.; C. Bottari (a cura di), *I livelli essenziali*

anni '90⁴⁰. Anche sul piano del riparto delle competenze, assegnando alla Repubblica il compito di tutelare la salute, la Costituzione non ha identificato quale delle istituzioni repubblicane fosse chiamata in concreto ad adempiere questo compito, sicché la risposta ordinamentale è stata progressivamente adattata.

Nella ricerca del punto di equilibrio tra la garanzia del diritto fondamentale alla salute e il relativo carattere “organizzativamente e finanziariamente condizionato”, il dibattito si è spostato sul crinale del contenuto dei livelli essenziali di assistenza (cc.dd. LEA) da garantire in modo uniforme su tutto il territorio nazionale: la differenziazione organizzativa della sanità a livello regionale, incoraggiata dall’impianto costituzionale riformato, ha richiesto la fissazione di livelli uniformi delle prestazioni sanitarie a livello statale⁴¹.

I LEA rappresenterebbero dunque, al contempo, una specificazione in ambito sanitario dei livelli essenziali delle prestazioni di cui all’art. 117, co. 2, lett. *m* Cost.⁴², nonché il “nucleo irriducibile” ed “inviolabile” che, secondo la giuri-

delle prestazioni sociali e sanitarie, Quaderni di sanità pubblica, 2014; nonché, per una riflessione monografica V. MOLASCHI, *I livelli essenziali delle prestazioni nella sanità*, cit., 457 ss..

⁴⁰ È proprio in questi anni che matura l’esigenza di una riforma della sanità, tesa espressamente al contenimento della spesa sanitaria (d.lgs. n. 502/1992) e ad istituire forme di compartecipazione del privato al costo della prestazione sanitaria (d.lgs. 529/1999) così da riadattare, almeno parzialmente, i principi di universalità, uguaglianza e globalità alle esigenze di sostenibilità economica. Con la compartecipazione del privato al costo della prestazione sanitaria venne a delinearsi un sistema sanitario finanziato non più unicamente dallo Stato ma anche tramite la compartecipazione delle Regioni che, con la loro autonomia, si impegnavano a garantire con proprie risorse la copertura delle prestazioni tramite l’introduzione dei *ticket*. Sulla compartecipazione dei cittadini alla garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni si veda M. BELLETTINI, *LEP e coordinamento della finanza pubblica* in C. Bottari (a cura di), *I livelli essenziali delle prestazioni sociali e sanitarie*, cit..

⁴¹ In argomento, per tutti, G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 1981, 755 ss., nonché, più di recente, ID. *La protezione costituzionale dei diritti sociali*, in A. di Blase (a cura di) *Convenzioni sui diritti umani e Corti nazionali*, Roma, 2014, 275 ss. ove l’A. definisce efficacemente il diritto alla salute - quale diritto sociale - come un diritto ‘a’, ossia consiste in aspettative positive (di prestazione), per differenza rispetto ai diritti individuali “di”, che consistono in aspettative negative (di non lesione). Non è questa la sede per approfondire il dibattito tra chi, proprio sulla base del riferito carattere del diritto alla salute quale diritto sociale, ha negato la relativa natura di diritto soggettivo, ricostruendo l’art. 32 Cost. come idoneo ad imporre unicamente obblighi alla Repubblica (e non già a riconoscere diritti agli individui) e chi, cercando di superare tale visione, per un verso, ha riconosciuto espressamente al diritto alla salute una *Drittwirkung*, opponibilità a terzi, per l’altro, e in modo più sfumato, ha affermato che il carattere “fondamentale” di tale diritto, ricavato dalla forma di Stato sociale prescelta dai Costituenti, ne impedirebbe una lettura debole, imponendone una piena valorizzazione e una lettura integrata con i diritti di libertà (A. PIOGGIA, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, cit., 8 ss.).

⁴² La costituzionalizzazione della nozione di “livelli essenziali delle prestazioni” (LEP) è avvenuta con la riforma costituzionale del 2001 che, come noto, ha parallelamente incluso la “tutela della salute” tra le materie di competenza legislativa concorrente. Il contenuto essenziale del diritto alla salute, inteso come diritto dell’individuo a ricevere una determinata prestazione, coincide oggi con i livelli essenziali di cui all’art. 117, comma 2, lett. *m*, Cost. (cfr. R. BALDUZZI, G. CARPANI, *Manuale di diritto sanitario*, cit., 35 ss.). La definizione dei LEA come speci-

sprudenza costituzionale, non potrebbe essere intaccato neanche dalle (così rilevanti) esigenze di contenimento della spesa sanitaria, ferma la possibilità di erogare tali prestazioni con partecipazione dei destinatari ai costi⁴³.

Se ne può far discendere che, nel fronteggiare i dilemmi propri di ogni modello di *welfare state*, il SSN ha risposto tenendo fede al principio della universalità delle prestazioni (rendendole accessibili a tutta la popolazione), ma modulandone il contenuto, ciò al fine di rispondere alla costante crescita della spesa sanitaria⁴⁴. È proprio in sede di definizione del contenuto delle presta-

ficazione in ambito sanitario dei LEP può dirsi condivisa anche da M. LUCIANI, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, in E. Catelani, G. Cerrina Feroni, M.C. Grisolia (a cura di), *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione, modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, Torino, 2011, 26, che nondimeno sottolinea che i livelli essenziali delle prestazioni non si esauriscono nei LEA. Volendo risalire alle origini dell'introduzione della qualificazione in termini di "essenzialità" dei livelli di assistenza occorre fare riferimento alla legge 27 dicembre 1997, n. 449 (art. 59, co. 50), con indicazione sviluppata dal Piano sanitario nazionale 1998-2000 che "individua nei livelli essenziali di assistenza l'ambito delle garanzie che il Ssn si impegna ad assicurare in condizioni di uniformità sul territorio nazionale alla totalità dei cittadini" (in argomento V. ANTONELLI, *La garanzia dei livelli essenziali di assistenza nei primi 40 anni del Servizio sanitario nazionale: dall'uniformità all'appropriatezza*, in *federalismi.it*, n. 7/2018, 7 ss.). I parametri sulla base dei quali devono essere determinati i LEA sono specificati all'art. 1, comma 2, del d.lgs n. 502/1992 (come modificato dal d.lgs. 229/1999 s.m.i.) e sono "il rispetto dei principi della dignità della persona umana, del bisogno di salute, dell'equità nell'accesso all'assistenza, della qualità delle cure e della loro appropriatezza riguardo alle specifiche esigenze, nonché dell'economicità nell'impiego delle risorse". Sull'identificazione del livello essenziale "giusto" vd. M. LUCIANI, *op. loc. cit.*; per l'individuazione della linea di confine tra livelli essenziali ed eguaglianza cfr. E. BALBONI, *Livelli essenziali: il nuovo nome dell'eguaglianza? Evoluzione dei diritti sociali, sussidiarietà e società del benessere*, in E. Balboni, B. Baroni, A. Mattioni, G. Pastori (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali. Commento alla legge n. 328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Milano, 2007, 27 ss.; in argomento, più di recente, C. TUBERTINI, *I livelli essenziali di assistenza*, in G. Cerrina Feroni, M. Livi Bacci, A. Petretto (a cura di), *Pubblico e privato nel sistema di welfare*, Firenze, 2017, 89 ss.

⁴³ Come noto, il sistema dei LEA assegna allo Stato il compito di individuare l'insieme delle prestazioni che meritano di essere garantite in modo uniforme su tutto il territorio nazionale, a titolo gratuito o con partecipazione alla spesa (cfr. art. 1, co. 3 d.lgs. 502/1992 che, in ottica di finanziamento del SSN e di responsabilizzazione dei fruitori, dispone che le prestazioni sanitarie comprese nei livelli essenziali di assistenza siano fornite dal Servizio sanitario nazionale "a titolo gratuito o con partecipazione alla spesa, nelle forme e secondo le modalità previste dalla legislazione vigente"). La determinazione dei costi a carico dei fruitori dei servizi è stata in più occasioni ricondotta dalla Corte Costituzionale all'area semantica dei LEA. La dottrina, tuttavia, non ha mancato di rilevare che, in realtà, l'aspetto finanziario sarebbe incluso solo parzialmente in essi: il d.p.c.m. 12 gennaio 2017, infatti, così come il suo predecessore del 2001, si limita a individuare le prestazioni, senza collegarle a una specifica tariffa. Residuerrebbe, dunque, un ampio margine di discrezionalità in relazione al "tasso di gratuità" delle prestazioni medesime (così ad es. C. TUBERTINI, *Pubblica Amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni. Il caso della tutela della salute*, Bologna, 2008, 303 ss.).

⁴⁴ La stessa giurisprudenza costituzionale, sin dalle prime pronunce in materia, ha affermato che la tutela del diritto alla salute "non può non subire i condizionamenti che lo stesso legislatore incontra nel distribuire le risorse finanziarie delle quali dispone", specificando, al contempo, che le esigenze finanziarie, per quanto rilevanti, "non possono assumere, nel bilanciamento del legislatore, un peso

zioni essenziali che è stato valorizzato il principio dell'appropriatezza, in forza del quale il SSN fornisce a tutti gli individui, in condizioni di equità, le sole prestazioni che possano ritenersi "appropriate"⁴⁵.

Combinando la definizione dell'appropriatezza con le tipologie di prestazioni comprese nei LEA, si ottiene che devono ritenersi tendenzialmente escluse dall'elenco le prestazioni, i servizi e le attività che (i) non rispondono a necessità assistenziali, (ii) hanno efficacia non dimostrabile scientificamente o sono utilizzate in modo inappropriato rispetto alle condizioni cliniche dei pazienti (iii) a parità di beneficio per i pazienti, sono più costose di altre⁴⁶.

Tali connotazioni acquistano particolare rilevanza in tema di terapie e tecnologie innovative che, per un verso, hanno un costo naturalmente elevato (pur potendo generare, a lungo termine, meccanismi virtuosi e, in ultima analisi, risparmi) e, per l'altro, potrebbero godere di dimostrazioni di efficacia basate su evidenze scientifiche meno solide, proprio in ragione della loro innovatività⁴⁷.

In tale rinnovato contesto la concreta individuazione dei LEA diviene determinante, così come il relativo aggiornamento. È proprio la natura essenziale delle prestazioni, infatti, a garantire il vincolo unitario a fronte della differenziazione organizzativa dei servizi sanitari regionali.

Come noto, la fissazione dei livelli essenziali è affidata normativamente allo strumento del d.p.c.m., che, nella sua ultima versione⁴⁸ (intervenuta a valle

talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla costituzione come ambito inviolabile della dignità umana" (Corte cost. nn. 445/1990; 247/1992; 218/1994; 416/1995; 267/1998; 309/1999).

⁴⁵ Il principio di appropriatezza, come è noto, è entrato nell'ordinamento italiano con la l. 27 dicembre 1997 n. 449 per poi essere accolto nella sua pienezza con il d.lgs n. 229 del 1999. Su tale principio, di recente, vd. V. ANTONELLI, *La garanzia dei livelli essenziali di assistenza nei primi 40 anni del Servizio sanitario nazionale: dall'uniformità all'appropriatezza*, cit. Il carattere dell'appropriatezza è, come noto, uno dei requisiti affinché una (nuova) prestazione possa essere inclusa tra i LEA. Una prestazione è definibile come appropriata se: a) la sua efficacia sia dimostrabile in base alle evidenze scientifiche disponibili e il suo utilizzo sia rivolto a soggetti in condizioni cliniche tali da richiederla – c.d. appropriatezza clinica – e b) se, in presenza di altre forme di assistenza volte a soddisfare le medesime esigenze, il suo impiego soddisfi il principio di economicità e garantisca un uso efficiente delle risorse quanto a modalità di organizzazione ed erogazione dell'assistenza – c.d. appropriatezza organizzativa – (art. 1, co. 7, d.lgs. n. 502/1992 s.m.i.).

⁴⁶ *Definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza (LEA)*, Schede di lettura, in www.senato.it, 2016, cit.

⁴⁷ Sul punto soccorre la giurisprudenza costituzionale intervenuta con riferimento a terapie innovative. È stato chiarito che innanzi a una nuova terapia, il criterio dell'appropriatezza assume massima rilevanza, fungendo da "spartiacque" tra ciò che può essere garantito ed eventualmente erogato a spese del SSN, e ciò che invece il SSN non è tenuto a fornire per ciò che non rispondente ai suddetti criteri. Si pensi alla nota sentenza n. 185/1998 (sul c.d. "Caso Di Bella"), ove la Corte stabilì che pretendere che il SSN garantisca gratuitamente prestazioni mediche "anche solo ipoteticamente efficaci" non può considerarsi una possibilità ragionevole, soprattutto nell'ipotesi in cui, in un determinato campo, esistano trattamenti già sperimentati e validati.

⁴⁸ Il riferimento va al d.p.c.m. 12 gennaio 2017. La scelta di tale strumento fu molto di-

di molti tentativi falliti⁴⁹) aggiorna l'elenco del 2001 senza rivoluzionario, ma limitandosi a ridefinire e modificare gli elenchi delle malattie rare e delle malattie croniche e invalidanti che danno diritto all'esenzione, nonché a descrivere con maggior dettaglio e accuratezza le prestazioni e le attività. La riforma dell'elenco dei LEA parrebbe, dunque, deludere le aspettative maturate nei sedici anni di attesa della relativa approvazione.

La prospettiva potrebbe cambiare guardando alla riforma del 2017 non già come punto di arrivo, ma come punto di partenza di un nuovo processo incentrato sull'adeguamento costante.

L'ultimo "Decreto LEA" è stato approvato in un quadro di misure dirette a valorizzare l'aggiornamento dei livelli essenziali, anche in un'ottica di garanzia di appropriatezza. Così la legge di stabilità 2016 ha istituito la "Commissione nazionale per l'aggiornamento dei LEA e la promozione dell'appropriatezza nel SSN"⁵⁰, con il compito di provvedere all'aggiornamento continuo del contenuto dei LEA, proponendo l'esclusione di prestazioni, servizi o attività divenuti obsoleti e, specularmente, suggerendo l'inclusione di trattamenti che, nel tempo, si sono dimostrati innovativi o efficaci per la cura dei pazienti.

La centralità dell'aggiornamento dei LEA è stata confermata nel giugno 2019, quando il Ministro della Salute ha annunciato l'attuazione di un nuovo strumento per garantirne l'espletamento, anche in ragione del costante sviluppo tecnologico: l'istituzione di un "servizio di richiesta di aggiornamento dei LEA"⁵¹. Da ultimo, il "Patto per la salute 2019-2021", conferma la connessione tra

battuta sino all'intervento della Corte costituzionale che ha ritenuto compatibile con la Costituzione (con la riserva di cui all'art. 117, comma 2, lett. m) la scelta di procedere con d.p.c.m. valorizzando però il necessario coinvolgimento delle Regioni nell'attuazione della potestà statale (Corte cost. n. 88 del 2003), definendo la leale collaborazione (quindi il coinvolgimento delle regioni) come elemento essenziale ed indefettibile del procedimento di definizione dei LEA (Corte cost. n. 134 del 2006). Per una approfondita ricostruzione degli interventi della Consulta in materia: C. BOTTARI, *Profili innovativi del sistema sanitario*, cit., 69 ss.

⁴⁹ Il decreto del 12 gennaio 2017 ha, come noto, integralmente sostituito, a distanza di sedici anni, il d.p.c.m. del 29 novembre 2001. Prima di tale data vi sono stati diversi tentativi di aggiornamento che, tuttavia, non sono andati a buon fine spesso a causa della mancata copertura economica, come ad esempio nel caso del d.p.c.m. del 23 aprile del 2008. A questo tentativo di riforma seguì il d.l. 13 settembre 2012, n. 158 "Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute", convertito con la l. 8 novembre 2012, n. 189, nota come "legge Balduzzi", anch'esso non andato a buon fine. Mentre il decreto del 2001 aveva un carattere sostanzialmente ricognitivo l'attuale provvedimento si propone come la fonte primaria per la definizione delle "attività, dei servizi e delle prestazioni" garantiti ai cittadini con le risorse pubbliche messe a disposizione del SSN. Per approfondimenti: *I nuovi livelli essenziali di assistenza*, Servizio studi della Camera dei deputati, in www.camera.it, 2018.

⁵⁰ Cfr. art. 1, co. 556, l. n. 208/2015.

⁵¹ Si tratta di un servizio attivo sul portale ministeriale, con cui le aziende sanitarie, le aziende produttrici, le Regioni, le Province autonome, ma anche i cittadini e le associazioni dei pazienti, potranno fare richieste - valutate dalla suddetta Commissione nazionale - di inserimento di nuove prestazioni o servizi, nonché di modifica o di esclusione di prestazioni o servizi già inclusi, come anche richieste di nuove esenzioni per patologia o di modifica delle esistenti (cfr. www.salute.gov.it/portale/lea/).

l'aggiornamento dei LEA e l'innovazione tecnologica⁵².

I richiamati interventi pongono il necessario e continuo aggiornamento delle prestazioni sanitarie incluse nei LEA tra gli strumenti che il SSN considera essenziali per far fronte all'inarrestabile progresso scientifico-tecnologico che sta caratterizzando (anche) il settore sanitario.

Ne discende che solo permettendo al concetto di "appropriatezza" delle prestazioni sotteso all'essenzialità dei livelli di assistenza di evolversi di pari passo con le innovazioni tecnologiche è possibile garantire agli utenti del SSN un accesso uniforme alle prestazioni "innovative".

3.1. Il nodo della mobilità sanitaria.

Un aspetto solamente accennato nella sintetica illustrazione che precede, ma determinante per contestualizzare la questione della mobilità sanitaria, è quello del rapporto tra i livelli di governo che interagiscono nel "sistema salute".

Come visto, affidando la tutela del diritto alla salute alla "Repubblica" e non già a uno specifico livello di governo, la Costituzione sottende un paradigma collaborativo nell'attuazione di tale diritto fondamentale, già presente nella volontà dei Costituenti e potenziato dalla riforma del 2001⁵³.

È noto che i singoli SSR, pur essendo tenuti ad assicurare le prestazioni e i servizi inclusi nei LEA, sono liberi di garantire, utilizzando risorse proprie, prestazioni e servizi ulteriori. Tale possibilità risulta perfettamente in linea con l'art. 32 Cost., in quanto ciò che deve essere garantito in maniera uniforme su tutto il territorio nazionale sono i livelli essenziali e non quelli aggiuntivi, nel rispetto della libertà di scelta dell'utente del SSN della struttura che ritiene più idonea per la fruizione della prestazione sanitaria. La stessa libertà di ogni individuo di scegliere il luogo in cui sottoporsi a cure mediche trova ancoraggio costituzionale nella combinazione tra gli artt. 32, co. 2, 13, co. 1 Cost. e risulta strettamente connessa al principio di uguaglianza, in forza del quale la titolarità e il godimento dei diritti costituzionali non può subire limitazioni in ragione del luogo in cui una persona si trova o risiede.

Anche a livello di normativa primaria ai cittadini è sempre stato garantito «il diritto alla libera scelta del medico e del luogo di cura nei limiti oggettivi

⁵² Si prevede, in particolare, che Governo e Regioni, in sede di aggiornamento annuale dei LEA, debbano impegnarsi ad utilizzare anche metodologie di *Health Technology Assessment* (HTA), ossia "un approccio multidimensionale e multidisciplinare per l'analisi delle implicazioni medicocliniche, sociali, organizzative, economiche, etiche e legali" di una (nuova) tecnologia attraverso la valutazione di più fattori quali "l'efficacia, la sicurezza, i costi, l'impatto sociale e organizzativo" (cfr. art. 2, rubricato "Garanzia dei LEA e governance del SSN" reperibile all'indirizzo www.salute.gov.it/portale/temi/).

⁵³ R. BALDUZZI, *A mò di introduzione: su alcune vere o presunte criticità del servizio sanitario nazionale e sulle sue possibili evoluzioni* in R. BALDUZZI (a cura di) *Trent'anni di servizio sanitario nazionale. Un confronto interdisciplinare*, Bologna, 2009, 12; M.A. SANDULLI, *Le tante facce (non tutte auspicate) del regionalismo differenziato: i presidi non rinunciabili della solidarietà e i gravi rischi della competizione*, cit., 253 ss.

dell'organizzazione dei servizi sanitari» (art. 19, co. 2, l. n. 833/1978), con impostazione confermata nelle riforme successive (cfr. d.lgs n. 229/1999⁵⁴).

Senza addentrarsi nelle tecniche elaborate dal legislatore per garantire la sostenibilità delle prestazioni erogabili dai singoli SSR⁵⁵, ciò che più interessa in questa sede è focalizzare l'attenzione sugli effetti prodotti dalla frammentazione del territorio nazionale delle modalità di erogazione delle prestazioni afferenti non solo ai livelli "aggiuntivi" ma anche a quelli essenziali. Il fenomeno genera una sensibile divaricazione tra Regioni: quelle più virtuose (prevalentemente quelle del settentrione e del centro-nord) hanno mostrato la capacità di contenere i livelli di spesa entro i margini di sicurezza concordati, accrescendo gli *standard* qualitativi, le altre hanno invece abbondantemente superato tali margini, con una concomitante riduzione dei livelli di qualità⁵⁶. La divergenza qualitativa su base regionale si registra, si ripete, anche al di là dell'offerta prestazioni "aggiuntive". Ciò avviene nonostante la Consulta abbia in più occasioni chiarito che i LEA possono estendersi alla prescrizione di *standard* sul piano quantitativo, qualitativo e strutturale, oltre che tecnologico e di processo⁵⁷.

Allo stato attuale, dunque, la differenziazione si traduce in un incremento della mobilità sanitaria piuttosto che in un livellamento verso l'alto degli *standard* di erogazione; né si registra un significativo dialogo tra i livelli essenziali delle prestazioni e livelli aggiuntivi, nell'ottica di progresso competitivo della

⁵⁴ Tale decreto ha infatti accordato al cittadino "la libera scelta del luogo di cura e dei professionisti nell'ambito dei soggetti accreditati" (art. 8-bis, comma 2). Per una puntuale ricostruzione storica sull'evoluzione del principio della libera scelta si veda R. BALDUZZI, G. CARPANI, *op. cit.*, 39 ss.

⁵⁵ Si intende fare riferimento al principio di programmazione delle prestazioni a carico del servizio pubblico e al sistema dei tetti di spesa e dei piani di rientro introdotto a partire soprattutto dal d. lgs. n. 502/1992, su cui da ultimo T. FRITTELLI, M. CONTICELLI, *Le criticità della spesa sanitaria*, in F. Castiello, V. Tenore (a cura di) *Manuale di diritto sanitario*, 2° ed., Milano, 2017, 377 ss., cui si rinvia anche per i riferimenti ai più recenti rapporti istituzionali su composizione ed evoluzione della spesa sanitaria a livello nazionale e regionale.

⁵⁶ Su tali dati G. PITRUZZELLA, *op. cit.*

⁵⁷ Chiamata a verificare la compatibilità costituzionale di una disposizione che affidava a un regolamento del Ministro della salute la determinazione degli "standard qualitativi, strutturali, tecnologici, di processo e possibilmente di esito, e quantitativi" relativi ai LEA, la Corte, nel premettere che i riferiti *standard* rappresenterebbero "integrazioni e specificazioni sul versante attuativo dei LEA esistenti nel settore sanitario e che intenderebbero assicurare una migliore erogazione", ha precisato che "Non può essere negata la possibilità del legislatore statale di giungere ad una più analitica ed effettiva tutela dei LEA, non è definibile, almeno in astratto, un livello di specificazione delle prestazioni che faccia venire meno il requisito della loro essenzialità, essendo questo tipo di valutazioni costituzionalmente affidato proprio al legislatore statale (che, in effetti, tramite alcune specifiche disposizioni legislative, ha anche proceduto a definire direttamente alcune prestazioni come livelli essenziali)" (C. cost. 31 marzo 2006, n. 134). In una successiva decisione, la Corte, pronunciandosi in materia di *ticket* sanitario e di compartecipazione alla spesa da parte degli utenti del SSN, ha chiarito che la misura della compartecipazione deve essere omogenea su tutto il territorio nazionale "giacché non sarebbe ammissibile che l'offerta concreta di una prestazione sanitaria rientrando nei LEA si presenti in modo diverso nelle varie Regioni", considerato che "dell'offerta concreta fanno parte non solo la qualità e la quantità delle prestazioni che devono essere assicurate sul territorio, ma anche le soglie di accesso, dal punto di vista economico, dei cittadini alla loro fruizione" (Corte cost., 16 luglio 2012, n. 187).

qualità dei servizi su base nazionale⁵⁸. Il prodotto della combinazione tra la disomogeneità delle prestazioni erogate e libertà di scelta è sotto gli occhi di tutti: la “migrazione” di coloro che scelgono di avvalersi di determinate prestazioni sanitarie presso strutture esterne all’area territoriale di competenza della propria Asl⁵⁹.

Il fenomeno, detto anche di “turismo sanitario”, ha varie forme (interregionale, intra-regionale nonché verso l’estero) e, per essere contrastato, impone sistemi di controllo più incisivi della domanda interna di salute da parte delle realtà territoriali, nonché l’attivazione di meccanismi volti a ridurre la mobilità passiva (che rappresenta un costo), incentivando quella attiva.

L’innovatività delle tecnologie offerte su base regionale rappresenta, all’evidenza, un determinante fattore attrattivo che innalza la mobilità “reale” (al netto di quella “fisiologica”, legata alla stabilizzazione dei cittadini extra-regione), a scapito degli obiettivi di Governo che la descrivono quale “fenomeno da ridurre”⁶⁰. È indubbio, in tale quadro, che la concentrazione solo in alcune aree delle avanguardie terapeutiche apre la strada a disuguaglianze potenzialmente insostenibili, condizionando l’accessibilità alle cure alle capacità (economiche, ma anche logistiche e sociali) dei singoli⁶¹.

⁵⁸ Secondo una certa lettura la differenziazione, al di là della sua manifestazione “patologica”, potrebbe ingenerare una competizione virtuosa tra le Regioni, stimolando il progresso verso i massimi livelli di efficienza. L’instaurazione di questi meccanismi concorrenziali, da adattare alle peculiarità del “mercato” in ambito sanitario, troverebbero un ancoraggio a livello costituzionale proprio all’art. 116, co. 3 Cost., di cui si dirà subito *infra*. Merita sin da ora precisare che l’accostamento delle nozioni di mercato e di concorrenza a quella di cura della salute è, da molti, considerato improprio, in quanto incompatibile con la natura sociale del diritto sotteso. È noto, infatti, che la materia sanitaria è intrinsecamente esposta al *market failure*, pur in una forma peculiare. Non è un caso che il legislatore comunitario abbia sempre tenuto distinti i servizi pubblici a vocazione “sociale” da quelli di interesse economico generale, riservando ai primi una deroga alla libertà di concorrenza ben maggiore di quella prevista per i secondi (art. 106 TFUE). In argomento G. CORSO, *Pubblico e privato nel sistema sanitario*, in G. Corso, P. Magistrelli (a cura di), *Il diritto alla salute tra istituzioni e società civile*, Torino, 2009, 17 ss.; per una lettura economica del fenomeno F. PAMMOLI, N. SALERNO, *La sanità in Italia, federalismo, regolazione dei mercati, sostenibilità delle finanze pubbliche*, Bologna, 2008. In dottrina, prospetta uno scenario di regionalismo competitivo in cui le Regioni competono l’una con l’altra per acquisire attribuzioni sempre maggiori e migliorare la propria efficienza per attrarre capitali e investimenti M. LUCIANI, *op. loc. cit.*

⁵⁹ In argomento A. PITINO, *La mobilità sanitaria*, in R. Balduzzi, G. Carpani (a cura di) *Manuale di diritto sanitario*, cit., 363 ss.

⁶⁰ Così si esprime la già richiamata bozza del Patto per la salute 2019-2021, ove è operata la distinzione tra mobilità “fisiologica” e mobilità “reale” (cfr. art. 6, “Mobilità”).

⁶¹ Per riportare solo un esempio recente, basti menzionare la ricerca commissionata dall’Agenzia Nazionale per i Servizi Sanitari Regionali e dal Ministero della Salute sull’utilizzo della piattaforma robotica *Da Vinci*, da cui emerge una forte differenziazione regionale nella disponibilità della tecnologia (19 la Lombardia, 11 la Toscana, 1 la Calabria, 1 la Sicilia, 0 il Molise). Ciò che maggiormente sorprende nei risultati della ricerca è la carenza di quelle azioni minime per garantire la diffusione su base nazionale della tecnologia innovativa. Si è riscontrata, infatti, una debolezza nella programmazione dell’utilizzo dei macchinari e dei meccanismi di monitoraggio su processi, costi ed esiti (funzionali alla verifica della gestione della tecnologia sanitaria robotica, del suo impatto finanziario e dunque, in ultima analisi, della relativa approp-

La complessità del quadro così delineato deve peraltro fare i conti con le rinnovate spinte autonomistiche di alcune Regioni italiane che mirano ad acquisire «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia» (ex art. 116, co. 3 Cost.) anche nel settore salute. Senza poter evidentemente approfondire la questione in questa sede⁶², basti rilevare che, assumendo che un modello di differenziazione possa convivere con lo Stato sociale e con meccanismi egualitari di riequilibrio sociale che esso sottende, è sul piano operativo e applicativo che deve essere verificata la relativa sostenibilità, specialmente quando vengono in rilievo terapie e tecnologie innovative⁶³. Il Governo parrebbe farsi carico, almeno

priatezza), oltre a una frammentazione regolatoria dei requisiti organizzativi e di formazione del personale addetto a livello di singola Asl (a scapito di una regolazione unitaria che favorirebbe una “esportazione” della tecnologia robotica al di fuori dei confini regionali, all’insegna del principio di uguaglianza nell’attuazione del diritto alla salute). Il caso è diffusamente analizzato in E.A. FERIOLI, *op. cit.*, 173 ss.

⁶² Il riferimento va all’evidenza al c.d. regionalismo differenziato, ossia all’opportunità offerta alle Regioni a statuto ordinario dall’art. 116, co. 3 Cost., come riformato nel 2001, di acquisire «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia» anche ampliando le proprie competenze legislative e sottraendole alla competenza concorrente o esclusiva dello Stato (nei limiti e con le modalità poi specificate dalla l. n. 42/2009). L’istituto è tornato alla ribalta in concomitanza con l’avanzamento della procedura di differenziazione introdotta dalle Regioni Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna. In argomento, senza pretese di completezza, cfr. R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *Regionalismo differenziato e materia sanitaria*, in *rivistaaic.it*, 2/2019, 1; G. PICCIRILLI, *Gli “Accordi preliminari” per la differenziazione regionale. Primi spunti sulla procedura da seguire per l’attuazione dell’art. 116, terzo comma, Cost.*, in *Diritti regionali*, 2018, n. 2; E. CATERINI, E. JORIO, *Regionalismo differenziato: il caso della sanità*, in *astrid-online.it*, Rassegna, n. 3/2019; più in generale sull’argomento A. SPADARO, *Appunti sul “regionalismo differenziato”: una buona idea che può diventare un disastro*, in *federalismi.it*, 19/2019 nonché il Focus della Rivista *Corti supreme e salute*, n. 1/2020, con contributi di G. TARLI BARBIERI, C. CHIAPPINELLI, C. COLAPIETRO, M. COSULICH, G. FARES, F. GALLARATI, D. MORANA e M.A. SANDULLI.

⁶³ Il rapporto tra diritto alla salute come diritto fondamentale e la progressiva regionalizzazione (*recte* federalizzazione) del SSN rappresenta un tema particolarmente delicato che impegna da anni gli studiosi della materia, tanto che da più parti si è dubitato che federalismo e uguaglianza potessero essere davvero compatibili. Da un lato, vi è l’esigenza di garantire il livello della prestazione in modo uniforme, dall’altra il pluralismo dei pubblici poteri non pare sempre l’assetto più congruo a tal fine, sicché ci si è chiesti se il percorso intrapreso fosse quello da proseguire (C. MARZUOLI, *Uniformità e differenziazione: modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, in E. Catelani, G. Cerrina Feroni, M.C. Grisolia (a cura di) *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione, modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, cit., 4). A favore della soluzione affermativa milita l’idea che la distribuzione e la differenziazione territoriale delle decisioni sulle entrate e sulle spese non comporterebbe, di per sé, una contraddizione con il principio di uguaglianza, né la negazione dei valori universalistici che nell’uguaglianza sono insiti (M. LUCIANI, *A mò di conclusione: le prospettive del federalismo in Italia*, in A. PACE (a cura di), *Quale, dei tanti federalismi*, Padova, Cedam, 1997, spec. 253 ss.; ID. *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, in E. Catelani, G. Cerrina Feroni, M.C. Grisolia (a cura di) *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione*, cit., 10, ove si sostiene che la pluralità dei pubblici poteri è costituzionalmente necessaria non solo perché vi sono gli artt. 5 e 114 Cost., ma soprattutto perché funzionale a un modello realistico e credibile per l’effettiva attuazione del principio di uguaglianza). Uguaglianza e differenziazione dovrebbero viaggiare in parallelo: la scomparsa dell’uno determinerebbe anche la scomparsa dell’altro. Sempre ragionando sul piano delle garanzie costituzionali, quelle dei diritti sociali sono collegate, nel segno dell’art. 2 Cost., a corri-

formalmente, di questo aspetto problematico e, pur confermando l'impegno a proseguire il processo di attuazione del c.d. federalismo differenziato, nella Nota di aggiornamento al DEF 2019⁶⁴ ha enfatizzato la necessità di evitare «di aggravare il divario tra il Nord e il Sud del paese» indicando tra le sfide da affrontare con specifico riferimento al settore in analisi quelle di «attenuare le disuguaglianze presenti in termini di accesso ai servizi e di variabilità regionale degli stessi garantendo l'erogazione dei Livelli Essenziali di Assistenza (LEA) in modo uniforme su tutto il territorio nazionale» nonché di «prepararsi ai cambiamenti derivanti dal progresso scientifico e tecnologico rafforzando i processi di governo dell'innovazione».

4. Quale accesso alle tecnologie innovative tra Stato e Regioni?

È lecito prevedere che il paventato completamento del processo di “regionalismo asimmetrico” accentuerà i fenomeni negativi connessi all'elevata disomogeneità fra SSR, compresa la mobilità.

Il fenomeno della mobilità sanitaria interregionale, in aumento secondo gli studi dell'ISTAT⁶⁵, potrebbe assumere un volto sempre più selettivo⁶⁶.

spondenti doveri inderogabili di solidarietà a carico del singolo. Recuperando il concetto di bene comune e di contributo solidaristico del singolo, se ne è ricavato, da un lato, l'idea di un limite al diritto sociale alla prestazione sanitaria, dall'altro, l'affermazione della possibilità di un livello di sostenibilità delle disuguaglianze, o meglio, l'esigenza di una visione del diritto alla salute che lo ponga a confronto con i doveri solidaristici del singolo e quindi con altri valori costituzionali che ne esigono il contemperamento. Si tratterebbe di un contemperamento inevitabile per evitare che, come insegna la Consulta, uno dei diritti costituzionalmente garantiti divenga “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche riconosciute e protette che esprimono, nel loro insieme, la dignità della persona (In termini C. cost n. 85 del 2013 recentemente citata da G. CORAGGIO in *La tutela del diritto alla salute nella dialettica tra G.A e A.G.O.*, Relazione al Convegno svoltosi presso il TAR Napoli il 9 maggio 2019, in giustizia-amministrativa.it).

⁶⁴ Deliberata il 30 settembre 2019. Il disegno di legge che il Governo si appresta a presentare alle Camere è stato inserito, nella Nota di aggiornamento al DEF 2019, fra i provvedimenti collegati alla decisione di bilancio.

⁶⁵ Un recente rapporto ISTAT, pubblicato su “*La salute nelle regioni italiane bilancio di un decennio (2005-2015)*” a settembre 2019 mostra dati interessanti sul delicato tema della mobilità sanitaria. Fra i diversi aspetti connessi al fenomeno, l'ISTAT analizza la mobilità ospedaliera attraverso l'indice di emigrazione, calcolato come rapporto percentuale fra il numero di dimissioni ospedaliere avvenute fuori regione e il totale delle dimissioni dei residenti nella regione. Dallo studio emerge, rispetto al biennio 2005-2006, che la mobilità regionale presenta un andamento medio di accrescimento del +7,7%: contribuiscono a formare questo risultato gli incrementi più elevati delle regioni Abruzzo e Calabria (rispettivamente +52,8 e +37,8%) seguite dal Lazio e Liguria dove si registra un aumento di oltre il 25%. In molte regioni del Centro Nord si osserva una diminuzione del ricorso alle cure ospedaliere fuori regione: fra queste spicca la Valle d'Aosta (-27,1%), seguita da Trentino Alto Adige (-17,2 %) e Piemonte (-16,6%).

⁶⁶ L'attuazione delle accennate ulteriori forme di autonomia sanitaria, infatti, se da un lato potrebbe aumentare i vantaggi per i residenti, permettendo una ridefinizione nella qualità e quantità delle prestazioni, dall'altra aprirebbe una rimodulazione delle loro tariffe per i non residenti, in un'ottica di competitività nell'offerta dei servizi, finalizzata ad attirare la mobilità dei cittadini non residenti disposti a pagare costi alti per accedere alle prestazioni proposte delle

Quale ruolo potrebbe giocare, in tale contesto, l'introduzione di tecnologie innovative?

Si è detto che gli strumenti di *Sanità Digitale* sopra brevemente analizzati ambiscono a garantire una maggiore equità di accesso all'assistenza sanitaria. Del resto, l'uniformazione e la "normalizzazione" del linguaggio è condizione indispensabile per la comunicazione tra i sistemi digitali e per la loro interoperabilità⁶⁷.

Se la connotazione equitativa è maggiormente percepibile per la Telemedicina, rivolta precipuamente a consentire l'accesso e la disponibilità di un'assistenza sanitaria qualificata in aree remote, essa è ravvisabile, sia pure in termini diversi, anche nell'utilizzo del FSE, che agevola l'assistito nell'interlocuzione con gli operatori del SSN, consentendogli di movimentare con estrema facilità i propri dati sanitari.

Con specifico riferimento ai riflessi dell'utilizzo di detti strumenti sul fenomeno della mobilità sanitaria, mentre la completa implementazione del FSE – ancora lontana – parrebbe neutra (potendo, al più, agevolare il fenomeno sul piano pratico, rimuovendo alcuni ostacoli alla movimentazione dei dati sanitari), la Telemedicina, all'opposto, consentirebbe la fruizione di assistenza sanitaria senza spostamenti del paziente, con conseguente riduzione della mobilità. La validità dell'assunto deve però essere verificata tenendo conto dell'incidenza dell'aspetto remunerativo sul concetto di mobilità sanitaria. Se, ad esempio, un medico lombardo potrà, attraverso la Telemedicina, raggiungere un paziente di una delle Regioni del Mezzogiorno senza che quest'ultimo si rechi fisicamente in altra Regione, ciò non vuol dire che le risorse corrispondenti alla remunerazione della prestazione non transiteranno da una Regione all'altra⁶⁸. Il proble-

regioni virtuose.

⁶⁷ Di recente, si è interrogato su fino a che punto la trasformazione digitale produca conseguenze nell'organizzazione dell'amministrazione nelle relazioni tra i livelli territoriali di governo, J.-B. AUBY, *Il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali*, in *Istituzioni del federalismo*, 3, 2019, 624 ss., giustificando la ridotta incidenza del fenomeno - verificata dalle analisi sul campo - sulla circostanza che, probabilmente, le principali evoluzioni generate dall'impiego di tecnologie innovative sui rapporti tra livelli di governo non si sono ancora verificate (spec. 625).

⁶⁸ Come le altre attività sanitarie, è stato chiarito che anche quelle che si avvalgono di strumenti di Telemedicina a carico del SSN sono subordinate alla stipula di accordi tra SSR e Centro Erogatore (in linea con il c.d. sistema delle cc.dd. "tre A" disegnato dal d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 s.m.i. che descrive le distinte fasi attraverso cui le strutture che erogano prestazioni di ricovero e cura, di specialistica ambulatoriale, sanitarie e socio-sanitarie in regime residenziale 'entrano' nel sistema). I riferiti accordi: (i) precisano le condizioni in cui si esercita l'attività di Telemedicina; (ii) garantiscono la rispondenza ai requisiti in termini di autorizzazione e accreditamento dei Centri Erogatori e adeguata formazione degli operatori, nonché (iii) definiscono le modalità di rimborso (cfr. MINISTERO DELLA SALUTE, *Telemedicina. Linee di indirizzo nazionali*, cit., p. 28). Sotto il profilo della remunerazione le Linee di indirizzo nazionali non prendono in specifica considerazione il caso in cui il professionista della salute e il paziente (o due professionisti) si trovino in due regioni diverse. Sussiste però un cenno alla c.d. "Telemedicina transfrontaliera", ossia al caso in cui le parti del rapporto siano in nazioni diverse, rinviando in sostanza alla vigente disciplina UE. E' proprio dalla disciplina eurounitaria sull'assistenza sanitaria transfrontaliera, che si ricava la disciplina della remunerazione delle pre-

ma, pertanto, non sarebbe risolto.

Con specifico riferimento all'uso dell'IA per la diagnostica o alla robotica avanzata in sala operatoria, essa potrebbe ridurre le liste d'attesa, generando effetti positivi sul servizio reso, senza tuttavia incidere sull'impiego del personale. Più di un fattore, infatti, sembra ostare alla predicabilità di un'integrale sostituzione delle macchine all'uomo in ambito sanitario. *In primis*, viene in rilievo il concetto evoluto di salute abbracciato dalla Corte costituzionale: se è vero che tale concetto ha una colorazione talmente composita da includere bisogni affettivi, di condivisione ed interazione sociale, aprendo ad una nozione massimamente estesa come quella di "*benessere psico-fisico della persona*", ciò non consentirà di ammettere un intervento sostitutivo dei robot nei trattamenti e nell'assistenza⁶⁹. Rileva poi, anche in ambito sanitario, il c.d. principio di non esclusività della decisione algoritmica già affermatosi in altri campi e da ritenersi estensibile alle "attività operative" dei robot che postulino l'assunzione di una o più decisioni⁷⁰.

Ferme queste limitazioni, le potenzialità insite nelle menzionate tecnologie potrebbe portare progressi enormi proprio in chiave di "integrazione" dell'operato del personale sanitario: si pensi alla capacità delle "macchine intelligenti" di stoccare e processare informazioni, così liberando medici e infermieri da attività amministrative, nonché affiancandoli nell'analisi dei pazienti e nella selezione dei percorsi di cura più appropriati. In tale ottica, le tecnologie innovative contribuirebbero a ripristinare un contatto umano fra medici e pazienti, rimuovendo gli elementi di pressione che spesso impongono ai medici di minimizzare il tempo trascorso con ogni paziente.

Sotto il versante delle patologie croniche, le "macchine intelligenti" contribuirebbero alla relativa gestione che – con il sostegno dei dispositivi mobili – potrebbe essere trasferita pressoché interamente fuori dalle strutture sanitarie,

stazioni di Telemedicina rese a livello interregionale. Ai sensi della normativa UE sulla assistenza sanitaria transfrontaliera si intende "Stato membro di cura": lo Stato membro nel cui territorio viene effettivamente prestata al paziente l'assistenza sanitaria, con la precisazione che "*nel caso della telemedicina, l'assistenza sanitaria si considera prestata nello Stato membro in cui è stabilito il prestatore di assistenza sanitaria*" (art. 3 Direttiva 2011/24/EU). Se ne potrebbe ricavare l'applicabilità anche alle prestazioni rese attraverso lo strumento di *Sanità Digitale* in parola tra Regioni diverse delle regole di rimborso ordinarie.

⁶⁹ Meritano condivisione, in punto, le considerazioni di E.A. FERIOLI, cit., 169-170.

⁷⁰ Sul principio della non esclusività cfr. A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, cit., spec. 79 ss., che estrae tale principio dalla casistica giudiziaria, tanto americana – sul noto caso COMPAS – che nazionale – in riferimento alle note sentenze amministrative intervenute su procedure indette 'applicazione della legge n. 107/2015 sulla riforma della scuola (la cd "buona scuola") – per poi suffragarne la vigenza sulla scorta del Reg. GDPR (art. 22), pur evidenziando le debolezze dell'impianto regolatorio che sancisce collaborazione "intelligenza naturale-intelligenza artificiale" (la c.d. "*collaborative intelligence*") (*Ibidem*, p. 80). Il principio è stato recentemente invocato anche dalla giurisprudenza amministrativa e declinato nel senso che deve comunque esistere, nel processo decisionale, un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatica (Cons. Stato, VI, 13 dicembre 2019 n. 8472).

con riduzione delle risorse di personale coinvolte (fermo il controllo umano in un'ottica non sostitutiva), conseguendo il duplice vantaggio di aumentare l'appropriatezza e arginare le disuguaglianze delle strutture a livello regionale. I grandi ospedali, svuotati di gran parte delle attività di prima diagnostica e *follow-up* per malattie croniche, continuerebbero a rappresentare teatro degli interventi di maggiore rilevanza, oltre che una risorsa indispensabile per trasferire conoscenza⁷¹.

Le esternalità positive così brevemente passate in rassegna sono, all'evidenza, subordinate alla diffusione della tecnologia su base nazionale.

Se il menzionato caso *Da Vinci*⁷² ci ricorda che siamo ancora lontani dall'aver predisposto un efficace "trasformatore" delle eccellenze tecnologiche regionali in innovazioni garantite sull'intero territorio nazionale, ci insegna che è proprio su tale fronte che dobbiamo insistere. L'efficacia delle tecnologie innovative sperimentate a livello regionale dovrebbe fare da volano alla relativa diffusione su base nazionale, anche lavorando sul piano dell'aggiornamento degli *standards* qualitativi di LEA esistenti⁷³.

5. Postilla sugli insegnamenti dell'emergenza sanitaria.

Nelle more della pubblicazione del presente scritto il virus SARS-CoV-2 si è abbattuto sul nostro Paese e sul mondo interno. Innanzi a questa drammatica pandemia, che continua a mettere alla prova molteplici aspetti della civiltà umana, i temi dei limiti organizzativi del settore salute e della rilevanza dell'innovazione tecnologica hanno assunto la massima centralità. L'emergenza in corso impartisce insegnamenti, anche amari, di cui merita fare memoria.

Folta e autorevole dottrina è tornata a interrogarsi sull'adeguatezza dell'assetto dei rapporti tra Stato e Regioni in ambito sanitario, soffermandosi su alcune aporie del federalismo regionale nel fronteggiare un'emergenza di livello nazionale. Sempre sul versante organizzativo, l'emergenza ha riportato al centro del dibattito pubblico gli effetti improvvidi dei tagli al settore sanitario operati negli ultimi anni, nonché del depotenziamento della sanità territoriale a vantaggio dei presidi ospedalieri, spesso tramutatisi in focolai di contagio⁷⁴. Pa-

⁷¹ La compresenza di ricercatori, clinici, formatori, economisti – a stretto contatto con i pazienti – crea infatti sinergie che si esprimono in una capacità unica di generare dati, insegnare, identificare protocolli per migliorare le scelte e trovare le risorse all'interno di tutto il percorso terapeutico.

⁷² Cfr. *supra*, par. 3.2., nota 61. Il riferimento va all'esigenza di potenziare il monitoraggio dell'utilizzo delle tecnologie innovative, di individuare percorsi formativi per il personale dedicato al relativo utilizzo e di garantire l'"esportabilità" della nuova tecnologia all'esterno della Regione di riferimento.

⁷³ Se, come visto, l'aggiornamento periodico dei LEA consente anche di prescrivere determinati *standard* di erogazione dei LEA, compreso l'uso di determinate tecnologie applicate ai LEA esistenti, esso costituirebbe valido strumento per innalzare gli *standard* di erogazione sul piano tecnologico più che per aggiungere "nuove" prestazioni.

⁷⁴ In argomento, *ex multis*, R. BALDUZZI, *Ci voleva l'emergenza Covid-19 per scoprire che cos'è il Servizio sanitario nazionale? (con un approfondimento su un ente poco conosciuto, l'INMP)*, in *Corti supreme e salute*, n. 1/2020; A. BOTTARI, *Alcune riflessioni sui profili organizzativi ai tempi del coronavirus*, in

re ormai inevitabile ripensare il nostro approccio al diritto alla salute: il vessillo della riduzione degli sprechi, agitato dalle riforme degli ultimi anni, tutte concentrate sull'aspetto economico-finanziario dell'organizzazione dei servizi sanitari, sembra lasciare spazio a un ritrovato volto solidaristico del diritto alla salute⁷⁵.

Sotto altro versante, i contrasti e le fughe in avanti cui abbiamo assistito nel rapporto Stato-Regioni, giunti ben al di là della dialettica del sano confronto politico, hanno spinto le massime istituzioni a enfatizzare la centralità del principio costituzionale di "leale collaborazione" quale rivolto istituzionale della solidarietà e chiave per garantire l'equilibrio tra i livelli di governo⁷⁶.

L'emergenza sanitaria ha poi riportato allo scoperto il divario tra Nord e Sud. Se l'esodo dei "rientranti" a seguito della chiusura delle Università, delle fabbriche, degli uffici pubblici delle Regioni del Nord Italia ha ricordato al Paese il consistente flusso migratorio interno e l'esistenza di connessioni e interdipendenze tra le sue diverse "parti", la situazione di emergenza ha fatto risaltare le differenze organizzative preesistenti dei diversi SSR⁷⁷, tanto che la circostanza che la pandemia abbia interessato prevalentemente le Regioni con sistemi sanitari più all'avanguardia è stata da molti letta come un determinante "argine" alla diffusione del virus in Regioni con minori capacità⁷⁸.

E' così tornata in cima all'agenda politica l'esigenza di riportare il finanziamento alla sanità a livelli adeguati, di potenziare e agevolare il reclutamento del personale sanitario, di livellare la garanzia dei livelli essenziali delle presta-

giustizia.amministrativa.it, 4 maggio 2020; S. CASSESE, *Sanità malata*, intervista su Il Foglio del 24 aprile 2020; più in generale B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in Federalismi.it, Osservatorio Emergenza Covid-19, 18 marzo 2020. Per riferimenti dottrinali più completi sia consentito rinviare a F. APERIO BELLA, M. MALVICINI (a cura di), *Rassegna di documentazione. Articoli, paper e post blog apparsi in altre riviste e piattaforme online*, in federalismi.it, Osservatorio Emergenza Covid-19.

⁷⁵ In argomento M. NOCELLI, *La lotta contro il coronavirus e il volto solidaristico del diritto alla salute*, in Osservatorio emergenza COVID-19, federalismi.it, marzo 2020 e l'intervento di A. PIOGGIA in *Emergenza sanitaria, diritti e (in)certezza delle regole*, webinar organizzato in seno alla cattedra di diritto sanitario dell'Università degli Studi Roma Tre e reperibile all'indirizzo <https://youtube.com/o8vebWv7iKw>.

⁷⁶ Emblematiche le parole della Pres. della Corte costituzionale: "In un tale frangente, se c'è un principio costituzionale che merita particolare enfasi e particolare attenzione è proprio quello della «leale collaborazione» - il risvolto istituzionale della solidarietà - su cui anche la giurisprudenza della Corte costituzionale non si stanca di ritornare, affinché l'azione e le energie di tutta la comunità nazionale convergano verso un unico, condiviso obiettivo" (M. CARTABIA, *L'attività della Corte costituzionale nel 2019. Sintesi*, pp.18-19). Sul difficile rapporto tra governo centrale e locale si vedano i numerosi commenti alle ordinanze d'emergenza e alle pronunce della giurisdizione amministrative su esse intervenute (A. CELOTTO, *Emergenza e ordinanze comunali: l'isola della ragione nel caos delle opinioni*) (a prima lettura del parere 7 aprile 2020, n. 260/2020), in giustizia-amministrativa.it, 10 aprile 2020; R. CAVALLO PERIN, *Pandemia 2020: decreti e ordinanze d'emergenza*, in Giustiziainsieme.it, 15 maggio 2020).

⁷⁷ A. PATANÉ, *Regioni in piano di rientro ed emergenza Covid-19*, in *Corti supreme e salute*, n. 1/2020, 97 ss..

⁷⁸ Circostanza che ha scongiurato conseguenze ancor più drammatiche di quelle cui abbiamo dolorosamente assistito.

zioni su tutto il territorio nazionale⁷⁹.

Sul versante delle nuove tecnologie in ambito sanitario, la pregnanza del relativo ruolo è emersa con diversa intensità nelle varie fasi della pandemia, ferma la diffusa e comune opinione che la relativa implementazione, nel rispetto della privacy e dei principi fondamentali del nostro ordinamento, è ormai improcrastinabile⁸⁰.

Nel vivo della pandemia, la centralità del ricorso alle tecnologie innovative è stata dimostrata con forza dirompente dalle tecniche di lotta alla diffusione del virus apprestate dai governi asiatici⁸¹. Sul fronte nazionale si è puntato sull'implementazione tanto di sistemi di telemedicina che di tracciamento dei contatti, volti, rispettivamente, alla gestione da remoto delle patologie in fase di distanziamento e ad arginare la diffusione del virus⁸². Tra timori di aprire a forme diffuse di sorveglianza digitale e potenziare il divario sociale legato all'accessibilità alla tecnologia digitale⁸³, è oggi operativa in Italia l'app di trac-

⁷⁹ C. CIARDO, *Il Servizio Sanitario nazionale alla prova dell'emergenza covid-19: il rischio di una sanità disuguale*, in *BioLaw Journal Instant Forum – Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 18 marzo 2020.

⁸⁰ In argomento, *ex multis*, AA.VV., *Le tecnologie al servizio della tutela della vita e della salute e della democrazia. Una sfida possibile*, in Osservatorio Emergenza Covid-19, federalismi.it, 23 marzo 2020 ove si è osservato che gli strumenti tecnologici proposti per fronteggiare l'uscita dall'emergenza che “promettono una “vittoria” contro il virus ma che potrebbero, se non utilizzati nel rispetto dei principi dell'ordinamento, produrre una illegittima compressione di diritti individuali costituzionalmente garantiti” devono essere presi in considerazione tenendo a mente che “nel bilanciamento tra tutela della vita e della salute e tutela di alcuni diritti individuali, quanto meno in questo particolare momento, occorre dare la prevalenza ai primi” (p. 4).

⁸¹ Sul tema della minaccia alla privacy arrecata dalle soluzioni digitali predisposte dai governi mondiali per fronteggiare l'emergenza cfr. C. CATTUTO, A. SPINA, *The Institutionalisation of Digital Public Health: Lessons Learned from the COVID-19 App*, in *Europ. Journal of Risk Regulation*, 11, n. 2/2020, 228 ss. cui si rinvia anche per il richiamo alla letteratura “tecnica” sull'implementazione degli strumenti di *contact tracing*.

⁸² Si vedano, per tutti, la *fast call* “*Telemedicina e sistemi di monitoraggio, una call per tecnologie per il contrasto alla diffusione del Covid-19*”, indetta il 23 marzo 2020 da Ministero dello Sviluppo Economico, Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca e dal Ministero per l'Innovazione Tecnologica e la Digitalizzazione, al fine di individuare le migliori soluzioni digitali disponibili relativamente ad app di telemedicina e assistenza domiciliare dei pazienti e a tecnologie e strategie basate sulle tecnologie per il monitoraggio “attivo” del rischio di contagio nonché il documento diffuso dall'ISS per indirizzare i servizi assistenziali di telemedicina durante l'emergenza sanitaria COVID-19 (cfr. Istituto Superiore di Sanità, *Indicazioni ad interim per servizi assistenziali di telemedicina durante l'emergenza sanitaria COVID-19*, ii, 29 p. Rapporti ISS COVID-19 n. 12/2020 del 13 aprile 2020, reperibile sul sito www.iss.it e i vari riferimenti ivi contenuti alle attività del Il Centro Nazionale per la Telemedicina e le Nuove Tecnologie Assistenziali).

⁸³ In argomento P. Zuddas, *Covid-19 e digital divide: tecnologie digitali e diritti sociali alla prova dell'emergenza sanitaria*, in Osservatorio costituzionale AIC, n. 2/2020; C. CATTUTO, A. SPINA, *The Institutionalisation of Digital Public Health: Lessons Learned from the COVID-19 App*, cit., 234; L. GIANNINI, *Coronavirus: ora il digital divide minaccia i diritti fondamentali*, in agendadigitale.eu, 31 marzo 2020. Come noto, chi gode di minori possibilità di accesso alle nuove tecnologie vede infatti limitato, nelle sue potenzialità di manifestazione, l'esercizio di fondamentali diritti civili, dalla libertà di comunicazione a quella di manifestazione del pensiero: all'interno della vastissima letteratura in argomento, si rinvia a S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 2006.

ciamento dei contatti⁸⁴. Si noti che anche in riferimento alla fase embrionale dell'insorgenza dell'evento pandemico è stato affermato che l'utilizzo di sistemi di AI per la lavorazione dei dati diagnostici sarebbe stato determinante, consentendo di mettere in comunicazione gli "indizi" raccolti dai singoli medici chiamati a fronteggiare le prime polmoniti atipiche (solo apparentemente sporadiche), facendone la prova (tempestiva) della diffusione di un evento infettivo nuovo⁸⁵.

Tutti gli elementi descritti convergono nell'imprimere una forte accelerazione al sistema del "*digital public health*", scoprendo al contempo il nervo dell'assenza di un sistema regolatorio e, soprattutto, di una strategia condivisa a livello europeo⁸⁶.

Simili misure regolatorie e organizzative paiono viepiù urgenti ove si consideri che solo il coinvolgimento primario della dimensione sovranazionale (prima ancora che nazionale) consentirà di governare l'innovazione tecnologica in sanità, aprendo la strada a recuperi di efficienza in termini di economie di scala e di economie di conoscenza che potrebbero, in ultima analisi, riflettersi sul superamento delle disuguaglianze nel godimento del diritto alla salute.

⁸⁴ Il riferimento va all'app. "Immuni". In argomento M. PLUTINO, "Immuni". Un'exposure notification app alla prova del bilanciamento tra tutela dei diritti e degli interessi pubblici, in *dirittifondamentali.it*, 26 maggio 2020.

⁸⁵ In argomento si vedano gli interventi al già citato webinar *Emergenza sanitaria, diritti e (in)certezza delle regole*, organizzato in seno alla cattedra di diritto sanitario dell'Università degli Studi Roma Tre.

⁸⁶ È noto che ciascuno Stato membro ha implementato autonomamente la propria soluzione applicativa di *contact tracing*, senza un'iniziativa unitaria a livello europeo. Merita menzione il documento (di mero indirizzo) diffuso dalla Commissione il 15 aprile 2020, "*EU Toolbox for the Use of Mobile Applications for Contact Tracing and Warning*", che origina da un network tra le autorità nazionali in ambito sanitario (*eHealth Network*) supportate dalla Commissione e mira a fornire indicazioni pratiche per lo sviluppo delle app di *contact tracing* (cfr. https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/ehealth/docs/covid-19_apps_en.pdf). Lo stesso giorno la Commissione ha pubblicato delle indicazioni per garantire che la compatibilità di tali applicativi con la legislazione sui dati personali (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_669).

PIERPAOLO FORTE

Professore Ordinario presso il Dipartimento di Diritto, Economia, Management e Metodi
Quantitativi (DEMM) dell'Università degli Studi del Sannio – Benevento
pieforte@unisannio.it

**DIRITTO AMMINISTRATIVO E *DATA SCIENCE*.
APPUNTI DI INTELLIGENZA AMMINISTRATIVA
ARTIFICIALE (AAI)**

**ADMINISTRATIVE LAW AND DATA SCIENCE. NOTES
ON ARTIFICIAL ADMINISTRATIVE INTELLIGENCE
(AAI)**

SINTESI

Lo studio prova a fornire qualche traccia di intersezione tra alcune delle conoscenze fornite dai domini del diritto amministrativo e della Data Science, limitatamente agli ambiti delle classiche attività amministrative che, nella tradizione italiana, sono legate alle funzioni attive, e li esplora innanzitutto come fenomeni culturali, notando che se la Data Science, ed in particolare la sua propensione all'intelligenza artificiale (AI), riguarda l'intera amministrazione pubblica, che è considerata un grande player di generazione, acquisizione, distribuzione di dati, non bisogna trascurare che, proprio perciò, sia pure con approccio per forza di cose tradizionale, gran parte dell'organizzazione della Pubblica Amministrazione è strutturalmente già molto predisposta ai metodi, ai comportamenti, alle metodiche che fanno, a dir così, da infrastruttura culturale ai fenomeni della Data Science. Tale osservazione consente qualche verifica in ordine alla diffusa idea che il diritto amministrativo non sia ancora adeguato alla Data Science, e che la pubblica amministrazione non sia attrezzata, innanzitutto per l'incompetenza specifica dei funzionari; mentre è già solida la percezione della necessità di attrezzare la pubblica amministrazione con competenze – e dunque persone, oltre che tecnologie – in grado di lavorare in termini di cultura del dato, occorre anche considerare la possibilità di operare in senso contrario, ovvero versare nella cultura del dato le cognizioni e le secolari conoscenze sviluppate negli ambiti giuridici, ed in particolar modo nel diritto amministrativo, il quale ha piena contezza, e per qualche verso è figlio, di molto di ciò che gli ambiti della Data Science stanno affrontando. La pubblica amministrazione in forma di potenziale agente automatico deve essere in grado di operare legittimamente, e di produrre operazioni, decisioni e atti giuridicamente validi; sono perciò considerate le intersezioni tra principi, disposizioni costituzionali, atti normativi, atti di governo, organizzazione e principi dell'attività amministrative, e l'auspicato orientamento “antropocentrico” dell'AI, utilizzando alcune cognizioni provenienti dalle scienze giuridiche che possono guidare anziché inseguire le innovazioni tecnologiche, come è ampiamente auspicato in relazione alle evoluzioni dell'AI.

Vengono indagate le capacità di istruire, decidere, provvedere come funzioni di intelligenza e di validità giuridica, che, pur disciplinate per un lavo-

ro umano, possono ben funzionare - in termini giuridici - per il medesimo lavoro operato da macchine (hardware e software o algoritmi), in una ipotesi di “amministrazione algoritmica” e di “atto amministrativo algoritmico”. Lo studio propone argomenti in ordine all'applicazione della Data Science agli atti amministrativi interamente vincolati, per poi rivolgersi alla difficile questione della decisione amministrativa algoritmica, espressione di discrezionalità, con riferimenti all'ipotesi dell'organo algoritmico, ed all'uso del concetto di merito amministrativo. Lo stato dell'arte e le prevedibili evoluzioni tecnologiche e cognitive suggeriscono di raffinare un utilizzo prudente e sperimentale dell'intelligenza artificiale amministrativa, e la ricerca prova ad illustrare alcune di queste possibilità di “sandboxes” giuridiche, in una guisa che lascia parlare di “amministrazione androide”, anche per saggiare le preoccupazioni emerse in letteratura circa la possibile sudditanza del funzionario umano chiamato a comprendere, valutare e eventualmente correggere i risultati del lavoro preparatorio di AAI, addestrandolo cioè anche il lato umano della relazione interna con essa, e prospettando un importante lavoro di ricerca comune tra diritto amministrativo e Data Science in ordine alle modalità con cui le decisioni automatiche possano diventare provvedimenti amministrativi validi sul piano giuridico, proponendo la centralità di un principio capitale degli assetti costituzionali degli ordinamenti giuridici occidentali, ed anche dei principi etici della Data Science, che in diritto pubblico italiano è conosciuto come principio personalista, recato anzitutto dall'art. 2 della Carta costituzionale italiana con esplicito riferimento alla “persona umana”, ed emerso anche in ambito europeo sotto le ampie vesti della “dignità umana”.

ABSTRACT

The purpose of the article is to outline the various intersection between administrative law and Data Science. More in detail, the article focuses on the potential applications of Data Science – and in particular of artificial intelligence (AI) – to the more traditional fields of public administration and administrative decision-making. In this respect, the paper aims to outline the practical and legal issues of such an extension of Data Science to administrative activities. Further, the article identifies up to which point Data Science and administrative decision-making are compatible. The article moves from two premises: First of all, public administrations are seen as structurally very inclined to the methods of Data Science, which facilitates its application to administrative decision-making. Secondly, the article assumes that AI shall be “anthropocentric”, *i.e.* that the use of AI should in any case lead to a decision ultimately taken by a human. First off all, starting from these premises, the article argues that any AI applied to administrative activities and decision-making must be able to operate legitimately and to generate legally valid acts. In this respect, the paper claims that there are several theoretical frameworks and legal principles (enshrined in particular in Law no. 241/1990) in Italian administrative law which are compatible with technological progress and innovation. Hence, such theoretical frameworks and legal principles can be used to incorporate the principles and methods of Data Science in administrative law, thus facilitating the implementation of the latter in administrative activities and decision-making. Secondly, the paper analyses the applicability to administrative activities and decision-making of certain key-concepts of Data Science, such as *black box*, *sand box* and *Explainable AI*. In this regard, the article focuses, in particular, on

the types of administrative decisions to which such concepts are applicable as well as on the implications of the methods of Data Science on transparency and accountability in administrative decision-making. Thirdly, the article outlines the difference between discretionary and non-discretionary administrative decisions and the implications of this distinction on the potential application of Data Science to administrative activities and decision-making. Moreover, the paper analyses how administrative acts, measures and decisions could be adopted by using AI and algorithms. In this context, the article also examines the issues concerning the imputability of acts adopted through algorithms as well as of their effects. Finally, the paper seeks to reconcile the personalistic principle which inspires the actions of public administrations in Italy with the potential use of Data Science in the field of administrative decision-making. In this respect, the article emphasizes the importance of the idea of an “anthropocentric” AI. In particular, the article argues that in order to guarantee the compatibility of Data Science (applied to administrative activities) with the Constitution, ultimately every decision by a public administration must be ultimately taken by a human.

PAROLE CHIAVE: data science – intelligenza artificiale – algoritmi – atti amministrativi – decisione amministrativa

KEYWORDS: data science – artificial intelligence – administrative acts – algorithms – administrative decision-making

INDICE: 1. Perimetrazione. – 2. *Data science* e diritto amministrativo come fenomeni culturali. – 3. Istruire, decidere, provvedere come funzioni di intelligenza e di validità giuridica: la *black box* nel diritto amministrativo. – 4. La *data science* per gli atti amministrativi interamente vincolati. – 5. La questione della decisione amministrativa algoritmica; la discrezionalità. – 6. Cenni all'ipotesi dell'organo algoritmico. – 7. AI “antropocentrica” e principio personalista: le questioni di merito. – 8. *Sandbox* dell'intelligenza artificiale amministrativa: l'amministrazione androide. – 9. Sintesi e prospettive: i timori dell'amministrazione androide.

1. Perimetrazione.

Ciò che ci stiamo abituando a definire “dati” può essere considerato l'insieme di elementari descrittivi o definitivi di un frammento di realtà, più o meno complesso, e sono perciò, da sempre e normalmente, considerati anzitutto per la loro capacità cognitiva; intesi come fenomeni di rappresentazione, veicoli espressivi di conoscenza, la loro estrazione, la loro lettura analitica, la loro comprensione, sono perciò utilizzabili, da sempre e normalmente, per fornire all'agire umano cognizioni, moventi, argomenti, giustificazioni, in un parola razionalità decisionale, che può rivolgersi anche allo scrutamento predittivo delle evoluzioni di scenario¹, con tutte le raffinzioni dovute alle misurazioni probabilistiche².

¹ M. FALCONE, “*Big data*” e pubbliche amministrazioni: nuove prospettive per la funzione conoscitiva pubblica, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2017, pp. 605, riporta il caso della previsione operata dall'Inps, in collaborazione con il Gruppo Daman, che è riuscita a stimare in anticipo il ricorso alla cassa integrazione guadagni sull'ultimo trimestre del 2012 e con una attendibilità che si è rivelata pari al 93,1 per cento.

² J-B. AUBY, *Il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali*, in *Istituzioni del federalismo*,

Oggi questa abitudine, tradizionalmente afferente alla logica della decisione, è resa enormemente più complessa a causa di una serie di fenomeni della contemporaneità. L'incredibile aumento delle conoscenze in ogni ambito dello scibile, le possibilità offerte dalla così detta tecnologia³, che consente, per un verso, di raccogliere in maniera straordinariamente numerosa e realistica rassegne di comportamenti, intenzioni, idee, sentimenti, emozioni, discussioni, opinioni, mediante il versamento – più o meno volontario – di tracce del percorso di vita individuale di miliardi di persone⁴, ed il loro accumulo in depositi capienti e maneggiabili molto velocemente, capaci di formare i “*Big Data*”, o Mega Dati, accompagnata da sempre più potenti tecniche di analisi sofisticate e di infrastrutture di calcolo scalabili ad alte prestazioni, offrono capacità potentissime di acquisizione della realtà, consentendo non solo affidabili validazioni di teorie e modelli, ma anche il loro miglioramento, a causa della comprensione estesa della complessità dei fenomeni sociali, economici, biologici, tecnologici, culturali e naturali⁵.

Queste possibilità hanno generato necessità che, di fronte all'ampliamento delle infrastrutture che oggi possono aggiungersi alla capacità di accumulo, comprensione, elaborazione della logica tradizionalmente umana, vengono ormai trattate in forma di “scienza dei dati” (*Data Science*), un paradigma interdisciplinare e pervasivo che, nato all'intersezione di una varietà di campi scientifici e tecnologici, mira, fondamentale, a trattare i dati nella loro forma di conoscenza, ma anche a trovare modalità di utilizzo di tali conoscenze in forma di decisioni, comportamenti ed atti, secondo una delle definizioni di intelligenza artificiale (AI)⁶. Uno dei problemi che

2019, pp 620 ss.

³ Ho discusso di alcune implicazioni della questione della parola tecnologia in P. Forte, *Epidemia Logotecnica*, in *Civiltà delle macchine*, 2020, <https://www.fondazioneleonardocdm.com/it/news/epidemia-logotecnica/>.

⁴ Secondo il rapporto *Worldwide Big Data Technology and Services Forecast, 2015-2019*, già a partire dal 2018-2019, gli utenti mobili sono 4 miliardi, il volume di dati generato è pari a 24 zettabyte, ovvero 6,75 TB per persona al giorno, il mercato delle tecnologie e dei servizi dedicato ai big data vale 48,6 miliardi di dollari: <http://www.idc.com>.

⁵ Si genera così il *behavioral surplus* descritto da S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism. The fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, New York, Hachette, 2019, pp. 20 ss.

⁶ L'AI sarebbe «*the study of the design of intelligent agents*», i quali sarebbero «*something that acts*»: così S.J. RUSSELL, P. NORVIG, *Artificial intelligence: a modern approach*, Prentice Hall, Pearson, 2016, p. 2 ss. (enfasi aggiunta); in AA.VV., *Artificial Intelligence and life in 2030 - One hundred year study on artificial intelligence*, Stanford University, 2016, p. 4, si rinviene una definizione lievemente differente, dato che sarebbe «*a science and a set of computational technologies that are inspired by - but typically operate quite differently from - the ways people use their nervous systems and bodies to sense, learn, reason, and take actions*»; cfr. anche K.D. ASHLEY, *Artificial intelligence and legal analytics. New tools for law practice in the digital age*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017; non manca, tuttavia, chi avvisa che il ricorso al sostantivo intelligenza sarebbe del tutto metaforico: J. KAPLAN, *Intelligenza artificiale: guida al futuro prossimo*, Roma, Luiss University Press, 2018, p. 41.

l'ampio paradigma di questa scienza pone è dato anche dalle difficoltà definitorie, e da un linguaggio specialistico non ancora assestato; in questo lavoro, ad esempio, considereremo diverse tipologie di “botica”, ma soprattutto l'impiego di macchine che va anche sotto il nome di “machine learning”⁷, che non è l'unico fenomeno di AI riferibile alla P.A.⁸.

A ben guardare, dopo un primo periodo in cui i protagonisti assoluti di questa scienza sono stati gli esperti delle tecnologie, con il necessario apporto delle così dette scienze “dure” (“STEM”: *Science, Technology, Engineering, Mathematics*), comincia ad essere sempre più chiara ed avvertita la necessità di contemplare, nel gran lavoro che è richiesto, le conoscenze e gli apporti degli umanisti, perché le basi di dati hanno bisogno di comprensione ed interpretazione (*data mining*), il recupero delle informazioni, l'apprendimento automatico e l'intelligenza artificiale hanno bisogno di consapevolezza critica e fornitura di senso, contemplazione delle pluralità dei sistemi complessi, comprensione dei testi e del linguaggio naturale, e dunque anche dei comportamenti nelle loro variegate dimensioni⁹.

Tutto ciò, insomma, cui i giuristi sono da secoli addestrati ed abituati a maneggiare, sembra essere tra ciò che serve alla *Data Science* per la sua crescita, per il passaggio, a dir così, alla sua fase adulta, allorché essa si appresta a superare la funzione di ampliamento, facilitazione e potenziamento di capacità umane, per assumersi importanti e crescenti responsabilità anche in ordine ad atti e fatti compiuti *in luogo* degli umani; purché, naturalmente, anche il Diritto venga inteso come una scienza rivolta ai comportamenti, ai casi, alle circostanze, ai contesti in cui si svolge la dimensione umana, che utilizza strumenti e tecniche solidificati in secoli di esperienza e di studio, e come tale possa inserirsi in termini interdisciplinari nel gran cammino dell'AI¹⁰.

⁷ Seguendo una delle tante descrizioni, essa «refers to an automated process of discovering correlations (sometimes alternatively referred to as relationships or patterns) between variables in a dataset, often to make predictions or estimates of some outcomes»: così D. LEHR, P. OHM, *Playing with the data: What legal scholars should learn about machine learning*, 51 UCDC Rev., 2017, 653, p. 671.

⁸ Anche nel diritto amministrativo si è alle prese con un consolidamento ancora in via di definizione delle denominazioni di alcuni fenomeni: si veda ad esempio l'analisi al riguardo di L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, in *Federalismi.it*, 2018, pp. 2 ss.

⁹ A titolo di particolare dimostrazione dell'assunto, suggerirei di leggere il sincero articolo di IAN XIAO, *Data Science is Boring*, in <https://towardsdatascience.com/data-science-is-boring-1d43473e353e>. La necessità di assicurare una comunanza di linguaggi, di procedure e di standard omogenei, in modo da permettere la comunicabilità tra i sistemi informatici della pubblica amministrazione, e di offrire ai cittadini garanzie uniformi su tutto il territorio nazionale, nell'accesso ai dati personali, come pure ai servizi tecnologici dell'amministrazione, che confina anche con la determinazione di livelli essenziali delle prestazioni, è stata più volte rilevata dalla Corte costituzionale: cfr. le sentenze n.ri 17/2004, 23/2014, 46/2013, 251/2016.

¹⁰ H. S. SPELMAN, *Foreword*, in G. B. MELTON (a cura di), *The Law as a Behavioral Instrument*, University of Nebraska Press, 1985, p. IX: «the world is in fact “interdisciplinary” – persons do not separate out the psychological, economic, moral, legal aspects of their lives into cubicles resem-

In questo studio si proverà dunque a fornire qualche traccia di intersezione tra alcune delle conoscenze fornite dai due domini, quello del diritto amministrativo e quello della data science, limitatamente agli ambiti delle classiche attività amministrative che, nella tradizione italiana, sono legate alle funzioni attive; rimarranno perciò esclusi dall'indagine sia le notevoli implicazioni dell'AI sui servizi pubblici, sia gli impatti che la dimensione pubblica dell'AI ha sulle questioni della privacy e, in generale, della riservatezza personale o di gruppo, sia anche la grande questione circa la quantità di amministrazione cui la connotazione dell'intelligenza artificiale possa rendere meno rilevanti i requisiti connessi alla dimensione pubblica della sua tenuta; ed infine non vanno trascurati i profili di complessità organizzativa della pubblica amministrazione, le interdipendenze interne ed esterne, le diverse tipologie di controlli, che incidono anche sul modo con cui si lavora e si apprende un modo migliore di lavorare¹¹.

2. Data science e diritto amministrativo come fenomeni culturali.

Inutile dire che la *Data Science* riguarda l'intera amministrazione pubblica¹², ma con i limiti illustrati, e dunque entro un confine ristretto delle funzioni nell'ambito delle discipline già esistenti per la pubblica amministrazione, si può provare a verificarne, a dir così, il gradiente di compatibilità.

Infatti, in primo luogo – pur essendo molto diffusa la consapevolezza che la pubblica amministrazione sia un grande *player* di generazione, acquisizione, distribuzione di dati – si rischia di trascurare che, proprio perciò, sia pure con approccio per forza di cose tradizionale, gran parte dell'organizzazione della Pubblica Amministrazione è strutturalmente già molto predisposta ai metodi, ai comportamenti, alle metodiche che fanno, a dir così, da infrastruttura culturale ai fenomeni della *data science*. L'antica abitu-

bling the modern university organizations.

¹¹ Anche in ambito aziendale sono rilevate “*pre-main sequences*”, processi nei quali l'interazione e la comunicazione tra i membri supporta l'apprendimento e la creazione di conoscenza sia in modo tacito che esplicito: cfr. R. SIMONS, *Levers of control: how managers use innovative control systems to drive strategic renewal*, Boston, Harvard Business School Press, 1995; R. MERCURIO, E. DE NITO, M. PEZZILLO IACONO, V. ESPOSITO, L. SILVESTRI, *The role of IS in performance management: the case of an Italian public university*, in D. BAGLIERI, C. METALLO, C. ROSSIGNOLI, M. PEZZILLO IACONO (a cura di), *IS, Management, Organization and Control: Smart Practices and Effects*, Springer, 2014, pp. 13 ss.

¹² A. MASUCCI, *Atto amministrativo informatico*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1997, Agg. I, pp. 221 ss., § 1; F. SAIFFA, *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Dir. economia*, 2003, p. 615; G. DUNI, *L'amministrazione digitale. Il diritto amministrativo nella evoluzione telematica*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 74; ID. *Teleamministrazione*, in *Enc. giur. Treccani*, voce aggiornata, Roma, 2007, vol. XVI, p. 5; P. OTRANTO, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, in *www.federalismi.it*, 2018, 2, p. 15.

dine alla raccolta di informazioni e numeri¹³, all'archiviazione, i tentativi descrittivi dei documenti ed il loro regime giuridico mediante norma (dunque con sforzi linguistici molto applicati), le modalità tipicamente procedimentali dell'attività amministrativa, basata sulla previa acquisizione delle conoscenze che ineriscono alla decisione, la loro riferibilità alla decisione con la esplicitazione dovuta al regime giuridico della motivazione obbligatoria, la presenza del responsabile del procedimento e la relazione del suo lavoro con quello del decisore, la revisionabilità della decisione ad opera del medesimo decisore o di un terzo, e la possibilità di intervenire su di essa quando sia inappropriata, sono fenomeni abbastanza assestati e disciplinati nel diritto amministrativo, ed hanno ricevuto una incredibile quantità di trattamenti reali, grazie anche all'apporto della giurisprudenza che, operando su casi singoli della realtà, ha potuto concorrere ad un raffinamento enorme di casistica ed adattamento¹⁴.

È anche diffusa l'idea che, per un verso, il diritto amministrativo non sia ancora adeguato alla *data science*¹⁵, e per altro che la pubblica amministrazione non sia attrezzata, innanzitutto per l'incompetenza specifica dei funzionari, che potrebbero essere all'altezza solo se venissero addestrati ed orientati alle conoscenze che sarebbero necessarie, e se le organizzazioni amministrative venissero dotate di *data scientists*¹⁶. Ciò è probabilmente molto vero, ma potrebbe essere sottoposto a qualche verifica più attenta a livello macro, e soprattutto in ordine alla disciplina normativa riguardante l'organizzazione ed i principi dell'attività amministrativa.

Si intende dire che mentre è già solida la percezione della necessità di attrezzare la pubblica amministrazione con competenze – e dunque persone, oltre che tecnologie – in grado di lavorare in termini di cultura del dato, occorre anche considerare la possibilità di operare in senso contrario, ovve-

¹³ Sulla differenza tra dati e informazioni si possono vedere D.U. GALETTA, *La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione: un'analisi storico-evolutiva, in una prospettiva di diritto comparato ed europeo*, in *Riv. it. Dir. pubbl. com.*, 2016, pp. 1019 ss; F. MANGANARO, *Trasparenza e digitalizzazione*, in *Dir. e proc. amm.*, 2019, p. 35; G. CARULLO, *Open Data e partecipazione democratica*, in *Ist. fed.*, 2019, p. 689; G. CARULLO, *Gestione fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 41 ss.. Per la rilevanza dell'informazione nell'attività amministrativa, da ultimo, A. BONOMO, *Informazione e pubbliche amministrazioni*, Bari, Cacucci, 2010, spec. pp. 410 ss.

¹⁴ Argomenti simili poterono consentire a V. FROSINI, *Riflessi sociali dell'informazione*, in *Aa.Vv.*, *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, 1, Milano, Giuffrè, 1988, ora in *ID.*, *Informatica, diritto e società*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 321, di intuire che lo Stato «è oggi inteso come un sistema di relazioni, che possono essere programmate diversamente sulla base di un sistema di informazioni e di decisioni, come avviene nei sistemi di automazione informatica».

¹⁵ E. CARLONI, *Algoritmi su carta: politiche di digitalizzazione e trasformazione digitale delle amministrazioni*, in *Dir. pubbl.*, 2019, pp. 363 ss.

¹⁶ Ciò non ha impedito in letteratura di parlare di «*computer-funzionario*» (A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, Napoli, Jovene, 1993, p. 13), o di «*burotica*» e «*tele burotica*» (V. FROSINI, *Telematica e informatica giuridica*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1992, vol. XLIV, p. 60).

ro versare nella cultura del dato le cognizioni e le secolari conoscenze sviluppate negli ambiti giuridici, ed in particolar modo nel diritto amministrativo¹⁷, il quale ha piena contezza, e per qualche verso è figlio, di molto di ciò che gli ambiti della *data science* stanno affrontando.

Si può cominciare, per dirla con le parole di uno studio largamente considerato negli ambiti data-scientifici, a prendere atto che principi, disposizioni costituzionali, atti normativi, atti di governo, organizzazione ed attività amministrative, anche in ambito digitale «sono approcci normativi diversi, complementari, ma da non confondere tra loro»¹⁸. Se si prendono in considerazione i due recenti, importanti documenti sull'intelligenza artificiale elaborati in ambito europeo¹⁹ e nazionale²⁰, entrambi, sia pure con diverse inclinazioni, insistono sul fatto che l'orientamento da dare all'AI debba essere “antropocentrico”, e debba essere dotato di coerenze con una serie di principi volti a renderla “meritevole di fiducia”; obiettivo indiscutibile, ma quando lo si applica alla pubblica amministrazione in forma di agente automatico occorre qualcosa in più, occorre che essa sia in grado di operare legittimamente, e di produrre operazioni, decisioni e atti giuridicamente *validi*²¹.

E' noto quanto il diritto amministrativo si sia molto sviluppato per principi; e se si scorrono i principi “etici” elaborati in sede europea per l'AI,

¹⁷ Non a caso, nel “Piano coordinato sull'intelligenza artificiale”, adottato dalla Commissione europea con comunicazione del 7 dicembre 2018, si prevedono supporti a corsi universitari avanzati in AI, a corsi di *life-long learning* e la promozione di corsi interdisciplinari, ad esempio tra AI e diritto.

¹⁸ L. FLORIDI, *Soft Ethics and the Governance of the Digital*, in *Philosophy & Technology*, 2018, 31, 1, p. 2: «On the governance of the digital, there is much to be said, and even more still to be understood and theorised, but one point is clear: the governance of the digital (henceforth digital governance), the ethics of the digital (henceforth digital ethics, also known as computer, information or data ethics and the regulation of the digital (henceforth digital regulation) are different normative approaches, complementary, but not to be confused with each other».

¹⁹ *Orientamenti etici per un'IA affidabile*, Bruxelles, 2019, Gruppo di esperti ad alto livello sull'intelligenza artificiale istituito dalla Commissione europea nel giugno 2018: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/high-level-expert-group-artificial-intelligence>

²⁰ AA. VV., *Proposte per una strategia italiana per l'intelligenza artificiale*, elaborata dal Gruppo di Esperti MISE sull'intelligenza artificiale, Luglio 2019.

²¹ Le *Proposte per una strategia italiana per l'intelligenza artificiale* cit. (p. 30), in effetti, suggeriscono «un passo in avanti rispetto a quanto sin qui delineato dalla Commissione europea a livello continentale», e perciò invocano «che l'AI sia in linea con la legislazione esistente e con i diritti fondamentali; che venga pienamente adottato il principio di precauzione nella sua introduzione, in combinazione con un approccio attento alle necessità dell'innovazione; che vengano incentivate forme di AI che aumentano l'intelligenza, la produttività e la creatività umana, anziché sostituirle, investendo anche in educazione; che l'AI rispetti pienamente l'integrità personale dell'individuo, implicando anche una serie di obblighi di trasparenza e diritti in capo al consumatore/utente, che si provveda a introdurre forme di responsabilità civile che, per alcuni tipi di applicazioni, richiedano l'intervento umano nel processo decisionale; che, nell'attribuire la responsabilità per il danno cagionato da AI, si tenga pienamente in considerazione la necessità, per l'individuo danneggiato, di trovare ristoro in modo soddisfacente e rapido». La questione, in realtà, si rivela più complessa, se guardata in relazione al principio di legalità; per es., si veda S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano troppo umano. Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2019, p. 19.

e si neutralizzano gli schemi linguistici, la loro descrizione rende una panorama impressionantemente coerente con i principi dominanti del diritto amministrativo: rispetto dell'autonomia dell'individuo, prevenzione del danno, equità, spiegabilità, suonano le medesime note che ritroviamo nell'uguaglianza, nell'imparzialità, nella ragionevolezza, nella proporzionalità, nella precauzione, nella trasparenza, nella motivazione²².

I documenti medesimi provano anche a fornire qualche declinazione più operativa di questi principi, consapevoli di un problema che occupa gli studi giuridici da sempre in ordine alla loro efficacia normativa; senza pretendere di affrontare qui il tema per intero, va notato però che i principi sono ancora più importanti del solito quando sono rivolti ad un ambito nuovo, o almeno dotato di necessità non usuali, e la *data science* ritiene abbastanza pacificamente di essere al cospetto di potenzialità mai prima consentite all'esperienza umana. Sicché sovengono qui alcune cognizioni provenienti dalle scienze giuridiche che, come subito vedremo, possono guidare anziché inseguire, come è ampiamente auspicato in relazione alle evoluzioni dell'AI.

In ordine ai principi, come in confronto a ciò che un po' vagamente viene ricondotto all'area di diritti fondamentali, bisogna rifuggire dalla tentazione di credere che siano affermazioni politiche, opinioni, buone idee, senza grande rilevanza giuridica, come fossero diritti di carta. Le scienze giuridiche, ed in particolare il diritto amministrativo, non senza fatica e visioni molteplici, hanno concorso a disvelare tecniche capaci di declinare entrambi, i principi e i diritti fondamentali, in meccanismi di tutela operativa, reale, finanche individuale, che per lo più vengono connessi a *situazioni soggettive*; e, nonostante qualche lettura diversa²³, in teoria generale sono state ipotizzate *plurime* tipologie di garanzia, attive a seconda delle circostanze. Sia i principi che i diritti fondamentali, cioè, possono essere tradotti in pro-

²² Tuttavia, le analisi e i documenti in parola, quando entrano maggiormente nel dettaglio, pongono attenzione ai profili giuridici soprattutto nell'ottica del consumerismo: «un approccio antropocentrico all'intelligenza artificiale non può prescindere dalla tutela dell'individuo in quanto consumatore e utente», e perciò, se «è importante, in ottica antropocentrica, che gli utenti vengano tutelati nel loro diritto a una spiegazione comprensibile ogni qual volta un sistema di AI prenda decisioni con forte impatto sulla sfera personale [...] a seconda del rischio e dell'impatto della decisione, è possibile immaginare livelli di trasparenza diversi [...] in molti casi, è più efficace affidarsi a un sistema di certificazione e allo sviluppo di standard adeguatamente verificati e monitorati nel tempo»: così *Proposte per una strategia italiana per l'intelligenza artificiale* cit., p. 41. Per una importante analisi al riguardo si veda L. FLORIDI e AL., *AI4People-An Ethical Framework for a Good AI Society: Opportunities, Risks, Principles, and Recommendations*, in *Minds and Machines*, 2018, pp. 689 ss.

²³ Particolarmente concentrata una parte della Scuola fiorentina di diritto amministrativo: si vedano, per tutti, A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, pp. 17 ss.; ID., *Alla ricerca dello Stato di diritto*, Milano, Giuffrè, 2005; A. ORSI BATTAGLINI, C. MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.* 1999, pp. 496 ss.; L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2003; C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, Milano, Giuffrè, 2008.

tezioni effettive in termini particolarmente stringenti – come accade quando si apprestano *pretese*, che corrispondono ad obblighi altrui, generando vere e proprie spettanze²⁴ – ma quando ciò non è possibile (come nei casi in cui le relazioni umane abbiano bisogno di decisioni unilaterali che valgono anche per altri senza poter contare sul loro consenso) si hanno a disposizione meccanismi di tutela meno intensi, ma comunque effettivi, che passano per la generica categoria teorica della *soggezione* di fronte ad un *potere*; queste protezioni meno puntuali hanno diversi nomi nel mondo (si presentano come aspettative, chances, interessi protetti, interessi legittimi, pretese ad un comportamento doveroso, e tanto altro), ma non possiamo dubitare che esistano e vengano usate²⁵.

Quando perciò nell'esaminare le impostazioni discusse in *data science* in ordine al bisogno di contemplare nel *design* dei sistemi di AI principi e diritti fondamentali, ciò va preso sul serio, consapevoli cioè che quelli assunti, oltre a farci formare *orientamenti* e clausole etiche, potranno essere tradotti in garanzie giuridiche, invocabili nei comportamenti effettivi e, se necessario, davanti ad un giudice; e ciò anche se non sussista (o non ancora vi sia) una norma precisa e puntuale di comportamento specifico.

Il Diritto, insomma, ha già oggi strumenti sufficienti per affrontare ciò che è conosciuto in *data science* come *pacing problem*²⁶; avendo da sempre avuto a che fare con le scienze dell'amministrazione, il diritto amministrativo, in particolare, è un ambito abituato ad utilizzare schemi teorici, assunti dogmatici, principi, clausole generali, e la stessa legge che più di altre fornisce il regime giuridico degli atti e dei comportamenti dell'amministrazione pubblica italiana, la L. n. 241 del 1990, contiene come vedremo disposizioni insospettabilmente compatibili con le evoluzioni tecnologiche, e la complessità giuridica dei nostri giorni è tale da fornire materiali normativi in

²⁴ L. R. PERFETTI, *Pretese procedurali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Il procedimento e le responsabilità*. Atti del Convegno Fano 8 e 9 maggio 2008, Padova, Cedam, 2013, p. 851

²⁵ Non mi sembra irrilevante al riguardo che l'art. 22, co. 2., lett. b) del Dpgr sancisca che anche quando la decisione «*basata unicamente sul trattamento automatizzato*» sia autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento, l'ordinamento di tale stato debba stabilire «*misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato*», aprendo dunque il fenomeno della tutela anche a situazioni ulteriori rispetto alle pretese tipiche dei diritti soggettivi, ed alle conseguenti misure di garanzia, anche secondarie. COSTANTINI, G. FRANCO, *Decisione automatizzata, dati personali e pubblica amministrazione in Europa: verso un "Social credit system"?*, in *Istituzioni del federalismo*, 2019, p. 737, rilevano che «*il rispetto dei principi di "esplicabilità" e "trasparenza" nell'utilizzo delle tecnologie di Ia si pone come imprescindibile nel garantire non soltanto il rispetto dei dati personali, ma anche dei diritti fondamentali dell'interessato, evitando che l'adozione di algoritmi afflitti da "bias" ossia distorsioni, invece di ridurre le disuguaglianze sociali, le possa incrementare o crearne di nuove e incolmabili*».

²⁶ G. E. MARCHANT, *Addressing the Pacing Problem*, in G. MARCHANT, B. ALLENBY, J. HERKERT (a cura di), *The Growing Gap between Emerging Technologies and Legal-Ethical Oversight: The Pacing Problem*, Dordrecht, Springer, 2011, pp 199 ss.

grado di consentire l'estrazione di discipline per comportamenti, doverosi o obbligatori²⁷, che impongano il rispetto di quei principi e di quei "diritti" fondamentali²⁸.

Il diritto amministrativo, inoltre, è molto compatibile con scenari discussi in *Data Science* per la pubblica amministrazione sul piano organizzativo e strutturale: ad esempio, costituisce disposizione già vigente il principio trattato in *data science* come *ask only once*, e – come vedremo – non vi sarebbero particolari problemi giuridici ad avviare *Administrative sandboxes*, strutture dove testare nuovi prodotti, servizi, modelli e tecnologie per un periodo definito per l'attività amministrativa, disponendo anche di discipline adeguate per la selezione degli attori appropriati e dei luoghi di ricerca differenti per esperienza, tipologia di attività e approccio al mercato: ad esempio *startup* innovative, operatori tradizionali, investitori e centri di ricerca.

E' anche interessante notare come negli studi di diritto amministrativo sia stata ampiamente indagata e discussa la presenza degli interessati nel percorso formativo della decisione amministrativa; il concetto di *prosumer*, intendo dire, così tanto utilizzato per alcuni impianti del *deep learning*, è alla base di come è regolata la "partecipazione degli interessati" al procedimento amministrativo, i cui contributi "l'amministrazione ha l'obbligo di valutare", anche in caso di "mancato accoglimento", e dunque sul piano strutturale ove vi sono gli apporti partecipativi concorrono alle decisioni ed agli atti, e provengono da "interessati", cioè "soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti", "quelli che per legge debbono intervenire", "istanti", soggetti cui "possa derivare un pregiudizio" (arg. ex artt. 7, 9, 10-bis L. n. 241/1990)².

Il diritto amministrativo ha poi fornito una enorme quantità di conoscenze ed esperienze, anche molto sofisticate, riferibili a ciò che l'art 42 del-

²⁷ Ciò non toglie che vi sia chi invoca una disciplina specifica per l'intelligenza amministrativa artificiale: cfr. A. CELOTTO, *Come regolare gli algoritmi, Il difficile bilanciamento fra scienza, etica e diritto*, in *An. Giur. econ.*, 2019, pp. 47 ss.; A. NUZZO, *Algoritmi e regole*, *ibidem*, pp. 39 ss.; F. MOROLLO, *Documento elettronico fra e-government e artificial intelligence (AI)*, in *www.federalismi.it*, 2015, pp. 17 ss..

²⁸ V. BRIGANTE, *Evolving pathways of administrative decisions. Cognitive activity and data, measures and algorithms in the changing administration*, Napoli, ES, 2019, p. 36: «*the subject is linked to what has been said in relation to the rapid obsolescence of the rules; if the legislator legislates with truly general and abstract rules, including in relation to technological development, this risk is reduced*».

² V. BRIGANTE, *Evolving pathways of administrative decisions* cit., pp. 30, 66; sulla enorme questione della partecipazione procedimentale si vedano, tra tantissimi altri, M. D'ALBERTI, *La « visione » e la « voce » le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1 ss.; S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, pp. 3 ss.; U. ALLEGRETTI, *Procedura, procedimento e processo. Un'ottica di democrazia partecipativa*, in *Dir. amm.*, 2007, pp. 779 ss.; M. CALABRÒ, *Potere amministrativo e partecipazione procedimentale. Il caso ambiente*, Napoli, Editoriale scientifica, 2006, pp. 105 ss.; G. PIZZANELLI, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Politiche ambientali e realizzazione delle grandi opere infrastrutturali*, Milano, Giuffrè, 2010, spec. pp. 169 ss. M. COCCONI, *La partecipazione all'attività amministrativa generale*, Padova, Cedam, 2010, pp. 95 ss.

la Carta costituzionale italiana definisce proprietà pubblica; questo patrimonio cognitivo - esteso a sufficienza per comprendere una grande latitudine, dalle *res communes omnium* ai beni pubblici e di interesse pubblico, dai *commons* ai beni comuni³⁰ - è oggi molto utile per discutere, studiare ed assestare al meglio il regime giuridico dei dati, posto che l'*open data* è un orizzonte impegnativo e non privo di complessità³¹, che non vanno affrontate come se invece avessimo a che fare con un argomento semplice³².

Il diritto amministrativo ha dovuto studiare molto la decisione amministrativa, ed ha accumulato un bagaglio empirico di conoscenze al riguardo; come avremo modo di rammentare subito, diversamente dalle tendenze nei rapporti tra privati e tra operatori economici, la rilevanza giuridica del predecisionale tipica del diritto amministrativo sposta sul processo formativo della decisione molti elementi per la sua *validità* giuridica; ciò rende più intenso il rilievo del formante interno della decisione, rispetto alla sua forma ed alla comunicazione esterna, e dunque aumenta il peso del bisogno umano di comprensione e percezione di quel percorso, incidendo così, come si vedrà, sulla possibilità di una capacità decisionale autonoma dei *—bot* in quanto agenti, che siano soggetti o organi di persone giuridiche³³ giacché,

³⁰ G. ARENA, C. IAIONE, *L'Italia dei beni comuni*, Roma, Carocci editore, 2012; M. R. MARELLA, *Per un diritto dei beni comuni*, in ID. (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato*, Verona, Ombre rosse, 2012; U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Bari, Laterza, 2011; E. OSTROM, *Governare i beni comuni*, Venezia, Marsilio, 2006; M. BOMBARDELLI, (a cura di), *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione*, in «Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza», 2016, 23; S. RODOTÀ, *Il terribile diritto — studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, III ed., Bologna, Il Mulino, 2013; P. CHIRULLI, *I beni comuni, tra diritti fondamentali, usi collettivi e doveri di solidarietà*, in *Giustamm.it*, 2012; V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA, *Beni Comuni e diritti collettivi*, in *Pol. dir.*, 2014, pp.10 ss.

³¹ V. S. ALIPRANDI (a cura di), *Il fenomeno open data. Indicazioni e norme per un mondo di dati aperti*, Ledizioni, Milano, 2014.

³² Come sembra fare al riguardo il documento di *Proposte per una strategia italiana per l'intelligenza artificiale* cit., p. 57: «In Italia, i dati appartengono giuridicamente alla Pubblica Amministrazione che li raccoglie e di conseguenza ne dispone in piena libertà. Se i dati giuridicamente appartenessero allo Stato, non sarebbero dominio di questa o quella Pubblica Amministrazione. Si raccomanda di promuovere un cambiamento dello status giuridico dei dati raccolti e generati dalle Pubbliche Amministrazioni, finalizzato all'attribuzione diretta della proprietà dei dati allo Stato». Si tratta di assunti imprecisi; rilevano, ad esempio, il problema dei costi dell'acquisizione e della tenuta dei dati. B. PONTI, *Titolarità e riutilizzo dei dati pubblici*, in ID. (a cura di), *Il regime dei dati pubblici. Esperienze europee e ordinamento nazionale*, Rimini, Maggioli, 2007, p. 226, e V. BRIGANTE, *Evolving pathways of administrative decisions* cit., pp. 91 s.; a sua volta D-U. GALETTA, *Open Government, Open Data e azione amministrativa*, in *Istituzioni del federalismo*, 2019, p. 677, nota e dimostra che in Italia «il tema risulta, sin dal principio, essenzialmente connesso — potremmo dire, addirittura, confuso — col più ampio tema della trasparenza», indicando invece le complessità che esso reca.

³³ In un approccio giusprivatistico, in effetti, si potrebbero usare la concezione oggettiva della dichiarazione negoziale, destinata a generare il legittimo affidamento del destinatario, e le teorie della rappresentanza, per giungere a riconoscere elementi di soggettività agli algoritmi, magari in forme associative con l'umano: cfr. G. TEUBNER, *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, a cura di P. Femia, Napoli, ESI, 2019, pp. 117 ss.

come subito vedremo ed è molto condiviso, i principali problemi dell'AI riguardano ovviamente la dimensione interna della sua azione, il modo col quale acquisisce presupposti e li tratta per operare, decidere, agire.

3. Istruire, decidere, provvedere come funzioni di intelligenza e di validità giuridica: la *black box* nel diritto amministrativo.

In una maniera pienamente coerente con la logica dell'AI, la decisione amministrativa e il provvedimento amministrativo percepiti in termini giuridici si formano non già all'esito di operazioni individuali, maturate in una sfera dell'agente intima e personale, ed irrilevante per il diritto in quanto rimessa ad una libertà, ad una immunità, ad una potestà o ad un diritto; per le caratteristiche costitutive del diritto amministrativo, decisione e atto provvedimentale sono il culmine di un procedimento tracciato, accessibile, rivedibile, in un quadro previsto ed orientato per legge, circondato da principi, clausole generali, disposizioni normative di carattere generale, e vere e proprie regole di comportamento, ed indirizzato da istruzioni, precedenti di esperienza, orientamenti ed obbiettivi politici e di governo, vincoli economici, finanziari, oltre che naturali e culturali, che rendono possibile, per un verso, identificare il predecisionale come oggetto connesso ma distinguibile dal decisionale, e soprattutto di riconoscerci una *rilevanza giuridica*, uno statuto che irradia sull'intera attività amministrativa e sulla sua conduzione legale³⁴.

Orbene, è possibile sostenere che la disciplina già sussistente per la fase che abitualmente definiamo istruttoria, e che forse qui converrà riferire più ampiamente al "predecisionale", quella lavorazione decisionale che affinisce alla acquisizione di elementi di conoscenze (dati), pur pensata per un lavoro umano, può ben funzionare da principio utilizzabile – in termini giuridici – per il medesimo lavoro operato da macchine (hardware e software o algoritmi).

Bisogna tuttavia comprendere l'enorme complessità trattata mediante i procedimenti amministrativi rivolti a decisioni pubbliche; senza perdersi sulle tassonomie possibili, basterà considerare a quanto siano numerosi gli elementi della realtà (i «*presupposti di fatto e le ragioni giuridiche*» che «*determinano*» la decisione: art. 3 L. n. 241/1990) considerati in una decisione pubblica; il trattamento di questa complessità e la sua trasformazione in una decisione e, quindi, in una modifica dell'assetto reale ben possono essere intesi come una *logica*, che ha però alcune caratteristiche, le più rilevanti delle quali per il nostro discorso riguardano la discussività di ogni fase del percorso

³⁴ «*il ricorso all'algoritmo va correttamente inquadrato in termini di modulo organizzativo, di strumento procedimentale ed istruttorio, soggetto alle verifiche tipiche di ogni procedimento amministrativo, il quale resta il modus operandi della scelta autoritativa, da svolgersi sulla scorta delle legislazione attribuita del potere e delle finalità dalla stessa attribuite all'organo pubblico, titolare del potere*»: così Cons. Stato, VI, 13 dicembre 2019, n. 8472.

decisionale³⁵: possono essere discutibili i presupposti, la rispettiva rilevanza, e per quanto vi siano orientamenti in grado di stabilire relazioni gerarchiche tra gli elementi, il loro trattamento può essere frutto di confronto e contraddittorio, con l'esito perciò dipendente dalla soluzione di variabili molteplici, spesso dovute a processi di tipo argomentativo³⁶.

Ed infine, non è irrilevante notare che l'intelligenza amministrativa umana, come in fin dei conti quella artificiale, si applica ad una dimensione decisionale che, al massimo, è di discrezionalità, ovvero dotata di capacità di produrre risultati che non sono predeterminabili, ma nel rispetto di determinati vincoli di finalità, di azione e di funzionamento³⁷.

Gli studi del diritto amministrativo, grazie anche al supporto della casistica giurisprudenziale, si sono ampiamente dedicati agli elementari del predecisionale³⁸, che possono in realtà essere dovuti a molti materiali *determinanti*; ci sono i valori fondamentali e principi, tratti ormai da serbatoi numerosi e non solo dalle strutture costituzionali domestiche; ci sono prescrizioni normative, che possono influire sui comportamenti o sui trattamenti dei dati, e sono poi esse stesse variegata per la provenienza (la fonte, il livello, che determinano la forza, il valore); ci sono vari indirizzi (*soft laws*, direttive, obbiettivi, indici di *performance*, *standards*, ma anche tendenze e precedenti sia propri di ogni organizzazione amministrativa, sia assestati nelle funzioni di controllo e revisione giurisprudenziale) che orientano e talora forzano o conducono, poiché concorrono a formare propensioni culturali e pre-comprensioni dei funzionari decisori³⁹; ci sono i fatti reali, le condizioni, gli assetti, le dimensioni economiche, le conoscenze scientifiche, e le tecniche, con tutta la loro opinabilità; c'è sovente la storia (di un luogo, di un oggetto, di uno o più soggetti); e poi ci sono gli interessi veri e propri, con le persone fisiche e giuridiche che ne sono titolari o portatori, i loro portati, i bisogni, le ambizioni, le speranze, i piccoli e grandi inganni, le astuzie e le abilità, le eminenze e le opinioni.

Questo enorme *compound* di umanità in azione va radunato

³⁵ M. NIGRO, *Decisioni amministrative*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, Giuffrè, 1962, pp. 812 ss..

³⁶ P. MORO, *Algoritmi e pensiero giuridico. Antinomie e interazioni*, in *Media Laws*, 3/2019, p. 20, descrive "l'informatica giuridica come una logica: anipotetica, non stipulativa, perché dipendente da premesse sottoposte al controllo critico del contraddittorio; argomentativa, non dimostrativa, perché si attua attraverso il riscontro intersoggettivo e irripetibile tra discorsi opposti; dialogica, poiché la disputa implica un «discorso» quantomeno bidirezionale o interattivo e produce un risultato sfumato e imprevedibile, che deriva dalle variabili di ogni singolo caso dibattuto".

³⁷ Ne discute, sia pure con riferimento ad altro ambito, G. SPEDICATO, *Creatività artificiale, mercato e proprietà intellettuale*, in *Riv. Dir. Industr.*, 2019, pp. 253 ss.:

³⁸ Per tutti, si vedano F.G. COCA, *Contributo al tema della fattispecie precettiva*, Perugia, s.n., 1979; M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione: la determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, Giappichelli, 1996; A. POLICE, *La predeterminazione della scelta amministrativa*, Napoli, ESI, 1997.

³⁹ A. DE SIANO, *Precedente giudiziario e decisioni della P.A.*, Napoli, Esi, 2018.

nell'istruttoria di chi deve determinarsi e diventa struttura giuridica della decisione e dell'atto per mezzo di una serie di canoni che, non potendo inseguire la smisurata varietà della casistica con puntuali descrizioni, devono limitarsi a prescrizioni larghe, ad indicazione di *criteria*, volti però all'affermazione di un principio ormai indiscusso: è un vero e proprio obbligo dell'amministrazione quello di «ricercare (o conoscere) le circostanze dell'affare»⁴⁰. La legge più dedicata a ciò, che non a caso ha impiegato quasi tutto il '900 prima di giungere alla luce, pone infatti alcuni doveri predecisionali in capo a chi agisce: avvisare gli interessati con ogni mezzo, contemplarne le reazioni, acquisire quant'altro sia prescritto o sia comunque appropriato e utile, e adottare «ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria», disposizione nella quale ormai la giurisprudenza legge un vero e proprio principio di adeguatezza e completezza dell'istruttoria procedimentale⁴¹.

Il diritto amministrativo, voglio dire, ha scoperto con enorme anticipo rispetto alla *Data Science* il concetto di “*black box*”, e col tempo ha elaborato argomenti, discipline normative e tecniche che l'hanno sempre più spinta a trasformarla in una “*glass box*”⁴², poiché – a partire dalla natura pubblica dei soggetti, degli oggetti e delle attività⁴³ – aggiunge alla capacità di registrazione e tracciamento delle attività predecisionali la loro accessibilità, per consentirne la valutazione anche in ordine all'appropriatezza del trattamento che ognuno di tali elementi riceve in funzione della decisione, in termini talmente rilevanti da essere qualificati come «*principio generale dell'attività amministrativa*» (art. 22 L. n. 241/1990), e persino afferente ai livelli costituzionali delle prestazioni (art. 29, co. 2-bis, L. n. 241/1990); di qui anche i canoni e le incombenze connesse alla partecipazione degli interessati, e talora delle persone in quanto tali prescindendo da ogni legittimazione legata agli interessi, e alla trasparenza, costruite come vere e proprie pretese (cioè diritti soggettivi) o protezioni più blande ma sussistenti (in forma di interesse legittimo)⁴⁴.

⁴⁰ F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione* Torino, Giappichelli, 1967, p. 211, nt. 20. Ma si veda, tra altri, B. TONOLETTI, *L'accertamento amministrativo*, Padova, Cedam, 2001.

⁴¹ *Ex multis*, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 22 ottobre 2015 n. 12083.

⁴² Argomento sterminato; tra molti altri, si vedano G. ARENA, *Il segreto amministrativo, Profili storici e sistematici*, Milano, Giuffrè, 1983; P. BARILE, *Democrazia e segreto*, in *Quad. cost.*, 1987, pp. 29 ss.; F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008; P. ALBERTI, *I casi di esclusione dal diritto di accesso*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, II ed., Milano, Giuffrè, 2017, pp. 1294 ss.

⁴³ M. OCCHIENA, *Pubblicità e trasparenza*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 141 ss.; E. CARLONI, *L'obbligo di pubblicazione*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 1398 ss.

⁴⁴ Per tutti, cfr. A. TRAVI, *Rileggendo Orsi Battaglini, Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa" (Sonntagsgedanken)*, in *Dir. pubbl.*, 1996, p. 103: «si tratta di elementi difficilmente scomponibili in un catalogo di "microdiritti" (diritto alla partecipazione, diritto

Qui, insomma, l'apporto delle scienze giuspubblicistiche alle evoluzioni della *data science* sul versante dell'intelligenza artificiale sembra più per-spicuo di quanto possa esserlo quello delle discipline privatistiche, fisiologicamente meno attente al predecisionale, per lo più rimesso all'autonomia privata, e dunque di norma privo di rilevanza giuridica⁴⁵.

Gli studiosi di diritto amministrativo si sono molto dedicati nel corso del secolo XX a cosa debba fare un responsabile del procedimento, e si è pervenuti, grazie a questo importantissimo lavoro, a disporlo in termini espliciti e normativi. Nella legislazione vigente, il suo compito viene sostanzialmente articolato in due propensioni, a dir così, *macro*: predisporre l'area decisionale, ed in base ad essa individuare, per un verso, i soggetti che noi chiamiamo genericamente interessati, avvisandoli con ogni mezzo disponibile dell'avvio del procedimento, e per altro verso acquisire, ancora una volta con ogni mezzo, ogni elemento di conoscenza utile a riempire, a fornire argomento, ma soprattutto a dotare di senso⁴⁶, che noi chiamiamo *ragionevolezza*, la prossima decisione, caratterizzata dalla unilateralità; e, nel far ciò, il responsabile è ovviamente tenuto ai rapporti con gli interessati, in termini che, ancorché per legge possano apparire più ridotti, tendano ad avere cura della relazione interpersonale, e considerazione degli interessi personali in gioco.

Orbene si può comprendere come a molti possa apparire irrinunciabile in questa complessa dimensione «*l'attività dianoetica dell'uomo*»⁴⁷. Ma dobbiamo distinguere i funzionamenti dei sistemi automatici che la data science può apprestare, ed in particolare saper comprendere la differenza fra sistemi di acquisizione e considerazione meramente esecutiva di dati, *datafication*, da ciò che viene definito “profilazione”, dai meccanismi di processo decisionale automatizzato⁴⁸, che sono già adesso, e sempre più accuratamente

d'accesso, diritto alla motivazione, ecc.), o, meglio, che possiamo scomporre in questo modo solo se rinunciamo a considerare che essi sono tutti strettamente riconducibili alla medesima situazione d'interesse di quel soggetto».

⁴⁵ E. STRADELLA, *La regolazione della Robotica e dell'Intelligenza artificiale: il dibattito, le proposte, le prospettive. Alcuni spunti di riflessione*, in *Media Laws*, 2019, p. 87, rileva che “il richiamo alle esigenze di regolazione si è tradizionalmente fondato su questioni prevalentemente civilistiche, mentre minore attenzione è stata dedicata alle potenzialità degli strumenti in ambito pubblico”.

⁴⁶ E. CARLONI, *Le verità amministrative. L'attività conoscitiva tra procedimento e processo*, Milano, Giuffrè, 2011.

⁴⁷ Così T.A.R. Puglia, Bari, 27 giugno 2016 n. 896: è «*principio ineludibile dell'interlocuzione personale intessuto nell'art. 6 della legge sul procedimento e a quello ad esso presupposto di istituzione della figura del responsabile del procedimento, affidare all'attivazione di meccanismi e sistemi informatici e al conseguente loro impersonale funzionamento, il dipanarsi di procedimenti amministrativi, sovente incidenti su interessi, se non diritti, di rilievo costituzionale, che invece postulano, onde approdare al corretto esito provvedimento conclusivo, il disimpegno di attività istruttoria, acquisitiva di rappresentazioni di circostanze di fatto e situazioni personali degli interessati destinatari del provvedimento finale, attività, talora ponderativa e comparativa di interessi e conseguentemente necessariamente motivazionale, che solo l'opera e l'attività dianoetica dell'uomo può svolgere».*

⁴⁸ Cfr. l'art. 4 del del Regolamento (UE) 2016/679, e le conseguenti linee guida

saranno in futuro, capaci di compiere atti, e vere e proprie operazioni di valutazione e giudizio analoghe a quelle che pretendiamo con i canoni di ragionevolezza per le decisioni umane, nei quali «*tutto è riducibile a informazione e dove la dittatura degli algoritmi rappresenta come scientifiche ed oggettive scelte prodotte da modelli matematico-informatici*»⁴⁹.

Solo in confronto alle macchine “stupide”, capaci di mera esecuzione per quanto complessa, si può ricostruire l'algoritmo che guidi una determinata operazione, inteso quale sequenza di istruzioni che definiscono le operazioni da eseguire sui dati per ottenere i risultati, come una “regola tecnica” in forma di atto amministrativo generale; in tali casi, in effetti, si può ritenere che l'algoritmo, come una regola di comportamento, «*contiene l'insieme ordinato in sequenza di tutte le regole precise, inequivoche, analitiche, generali ed astratte, formulate ex ante [...], la cui applicazione porta all'adozione dell'atto amministrativo*»⁵⁰.

Ma già ora questi “algoritmi” possono avere connotati auto apprenditivi, e compiono operazioni di percezione e computo che, pur partendo da impostazioni effettivamente impartite in forma umana (*by design*), si dipanano mediante propri percorsi di apprensione ed apprendimento (*machine learning*), anche molto complessi (*deep learning*)⁵¹ in vere e proprie manovre cognitive e valutative, anche senza supervisione⁵², in confronto ai cui risultati gli autori del software e quelli che lavorano alla sua implementazione possono dare assicurazioni solo in ordine ad alcune impostazioni di criterio, mentre l'effettivo seguito per giungere all'output non può essere previsto, poiché frutto delle operazioni compiute dalla macchina⁵³. In tali casi, il si-

WP251 (Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679), definite dal Gruppo di lavoro costituito ai sensi dell'art. 29 della direttiva 95/46/CE, anche per le differenze e le possibilità di usare insieme tutte queste potenzialità dell'attività algoritmica (*ivi*, p. 8).

⁴⁹ J.M. VICTOR, *The EU General Data Protection Regulation: Toward a Property Regime for Protecting Data Privacy*, in *123 Yale L.J.*, 2013, p. 522.

⁵⁰ A. MASUCCI, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie. Il procedimento amministrativo elettronico ad istanza di parte*, Torino, 2011, pp. 82 ss.

⁵¹ Il *Deep learning* è connesso al sistema decisionale impostato come *Deep Neural Network* (DNN), una combinazione di algoritmi che maneggiano centinaia di strati e milioni di parametri, il che rende il DNN un modello estremamente complesso di *black box*: cfr. D. CASTELVECCHI, *Can we open the black box of AI?*, in *Nature News* 538 (7623), 2016, p. 20; S. CRISCI, *Intelligenza artificiale ed etica dell'algoritmo*, in *Foro Amm.*, 2018, pp. 1787 ss.. M.A. BODEN, *Intelligenza artificiale*, in J. AL-KHALILI (a cura di), *Il futuro che verrà*, trad. it. Milano, Bollati Boringheri, 2017, p. 134 s., fornisce una chiara descrizione dei sistemi *deep learning*: «*non sono programmati nel senso tradizionale del “fai questo, poi fai quello”, ma consistono in reti neurali artificiali multistrato, nelle quali l'output di un livello viene utilizzato come input nel livello successivo. Ciascuno strato contiene molte migliaia di unità, che comunicano tra di loro fino a che si “asestano” in uno stato che rappresenta uno schema stabile rinvenuto nei dati. Spesso si tratta di schemi ricorrenti nuovi e inattesi — inattesi persino dalle persone che gestiscono i sistemi.*»

⁵² F. POLLICE, *Gli algoritmi e l'Intelligenza artificiale, come le macchine apprendono*, in *Education, Futurism, Innovation*, 9 dicembre 2014

⁵³ *Orientamenti etici per un'IA affidabile* cit., p. 24: «*I sistemi di IA con capacità di apprendi-*

stema utilizzato è ben più ricco rispetto alla mera impostazione della sequenza lineare, ed assomiglia assai di più agli atti procedurali preposti all'acquisizione ed alle valutazioni degli elementi di fatto, ed anche al momento decisionale del procedimento⁵⁴.

Mentre cioè la decisione automatica “programmata” consente di riportarla ad uno schema in cui vi sia input integralmente umano, sul modello norma-fatto, e perciò il codice (o il programma, o l'algoritmo) sono prodotti intenzionalmente umani cui è applicabile una sorta di sillogismo della responsabilità e dell'intenzione, dato l'evidente nesso causale tra la sorgente umana e l'atto automatico, e lo spostamento del focus sugli antefatti procedurali, per l'evidente dipendenza di questo da quella⁵⁵, quando ci si confronta con le operazioni dell'IA capaci di *learning* non solo si può legittima-

mento che sono in grado di adattare dinamicamente il loro comportamento possono essere intesi come sistemi non deterministici che potrebbero produrre un comportamento imprevisto. Spesso tali sistemi sono valutati secondo la prospettiva teorica del ciclo "percezione/pianificazione/azione"». G. ORSONI, E. D'ORLANDO, Nuove prospettive dell'amministrazione digitale: Open Data e algoritmi, in Istituzioni del federalismo, 2019, pp. 610 s.: «l'apprendimento automatico, che caratterizza il relativo meccanismo di funzionamento, fa sì che la regola decisionale emerga automaticamente dai dati specifici oggetto di analisi, a volte in modi che nessun programmatore può spiegare»; L. VIOLA, L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo cit., p. 12, parla di «applicazioni dell'intelligenza artificiale che non risultano più confinate ai territori delle cose, ma risultano sempre più suscettibili di stati cognitivi caratterizzati da un certo grado di autonomia e imprevedibili dall'utilizzatore». Circa le conseguenze in ordine alle responsabilità, ed in particolare alla difficile applicazione di quella da «difetto del prodotto», cfr. U. PAGALLO, Intelligenza Artificiale e diritto. Linee guida per un oculato intervento normativo, in Sistemi intelligenti, 3, 2017, pp 615 ss..

⁵⁴ Lo coglie bene Tar Lazio, Roma, III bis, 22 marzo 2017, n. 3769, con riferimento al «c.d. atto ad elaborazione elettronica, ossia l'atto amministrativo che è predisposto mediante il computer. In questo caso l'elaborazione del contenuto dell'atto viene affidata interamente allo strumento informatico e, quindi, in definitiva alla macchina, la quale provvede direttamente al reperimento, al collegamento e alla interrelazione tra norme e dati assumendo, conseguentemente, un ruolo strumentale rispetto all'atto amministrativo conclusivo. Nella predetta fattispecie è l'elaborazione stessa del contenuto dell'atto che si svolge elettronicamente, elaborazione che consiste, appunto, nello svolgimento dell'iter logico che conduce alla redazione dell'atto finale in relazione al rispettivo contenuto e che concretizza la sua motivazione; il documento finale che contiene la predetta elaborazione, invece, può avere qualsiasi forma ammessa dall'ordinamento e, quindi, essere anche cartaceo, come avviene negli atti amministrativi di stampo tradizionale».

⁵⁵ Lo si vede bene nella ormai numerosa giurisprudenza chiamata ad intervenire sulle procedure di acquisto – e dunque sulle gare – automatiche, che sembra usare argomenti tratti a pie' pari dalla classica logica procedimentale, sia quando salvano la procedura perché immune da vizi logici (per particolare chiarezza delle previsioni di bando relative alle circostanze da dichiarare alla p.a., per opportune funzioni di blocco del sistema informatico, per la previsione di una ricevuta di avvenuto invio contenente il riepilogo dei dati inseriti, ecc.: Cons. Stato, sez. III, 26 febbraio 2016, n. 796, sia quando al contrario rilevano rigidità improprie dell'azione automatica, che impone interventi correttivi (T.A.R Lazio sez. III-bis, 8 agosto 2018 n. 8902, ad esempio, ha ritenuto la doverosità del ricorso al soccorso istruttorio ex art. 6 l. 7 agosto 1990, n. 241 in una procedura concorsuale informatizzata in cui «il rispetto del termine di presentazione della domanda dipende da variabili assolutamente imprevedibili e non “quantificabili” in termini di tempo, e cioè dalle concrete modalità di configurazione del Sistema Informativo, anche qualora, come nel caso in esame, la compilazione sia affidata a soggetti più che competenti»).

mente parlare di “amministrazione algoritmica”, ma anche e propriamente di “atto amministrativo algoritmico”, dato che la dipendenza della decisione dal codice sorgente è labile, imprevedibile, persino inspiegabile, dunque la “volontà procedimentale” si forma nello sviluppo dei connettori automatici, e “i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione” dell’art. 3 della L. n. 241/1990 sono potenzialmente acquisiti, valutati, e versati nella decisione (e perciò nell’atto finale) integralmente dalla macchina, senza decisivo apporto umano.

Con la conseguenza che, mentre nei modelli lineari la eventuale “superficie di errore” può essere facilmente compresa e motivata, consentendo di capire come agirà il modello in ogni situazione in cui potrebbe trovarsi, nelle architetture profonde di AI il paesaggio potrebbe essere opaco poiché non può essere pienamente osservato, e la conoscenza delle operazioni compiute dalla macchina deve essere approssimata⁵⁶.

Non per caso una delle missioni in cui sembra impegnata la *Data Science* è quella che va sotto il nome di *Explainable AI* (XAI)⁵⁷, un approccio che lavora a rendere conoscibili, spiegabili e comprensibili le decisioni automatiche. E’ veramente interessante notare come i *data scientists* descrivono i motivi per cui una *Explainable AI* sia necessaria, e quali siano i temi implicati dal loro lavoro al riguardo: si tratta, in breve, del medesimo materiale trattato per decenni dagli studi di diritto amministrativo in ordine ai principi connessi all’obbligo di motivazione, alla trasparenza, alla ragionevolezza, che hanno sviluppato sofisticatissime conoscenze e pratiche, che riguardano non solo i fondamenti, i moventi, i rischi involti in quegli ambiti, ma si sono spinti ad osservare, discutere, e regolare, la struttura di quegli oggetti, gli scheletri che li costituiscono, e che perciò possono essere manovrati in modo da indurre comportamenti, decisioni, atti, e revisioni dei medesimi. Questi domini sembrano proprio quelli su cui si appuntano gli sforzi rivolti alla XAI.

Se insomma dobbiamo dare per scontato che i sistemi di AI possano essere “opachi” (le mappature da input a output sono invisibili all’utente), “interpretabili” (gli utenti possono analizzare matematicamente le mappature) e “comprensibili” (i modelli dovrebbero generare simboli o regole insieme al loro output specifico per aiutare nel processo di comprensione della logica alla base delle mappature in corso)⁵⁸, non sembra dubbio che dal punto di vista gius-pubblicistico l’unico modello valido oggi sia quello,

⁵⁶ A. BARREDO ARRIETA, N. DÍAZ-RODRÍGUEZ, J. DEL SER, A. BENNETOT, S. TABIK, A. BARBADO, S. GARCÍA, S. GIL-LÓPEZ, D. MOLINA, R. BENJAMINS, R. CHATILA, F. HERRERA, *Explainable Artificial Intelligence (XAI): Concepts, Taxonomies, Opportunities and Challenges toward Responsible AI*, in arXiv. 1910.10045.cs.AI, 2019, p. 11, richiamano al riguardo «l’ottimizzazione euristica (ad esempio attraverso la discesa stocastica del gradiente)».

⁵⁷ A. BARREDO ARRIETA et al., *Explainable Artificial Intelligence (XAI): Concepts, Taxonomies, Opportunities and Challenges toward Responsible AI* cit.

⁵⁸ D. DORAN, S. SCHULZ, T. R. BESOLD, *What does explainable AI really mean? a new conceptualization of perspectives* (2017). arXiv:1710.00794.

appunto “comprensibile”⁵⁹, ed affidabilmente tale⁶⁰: oltre infatti alla natura pubblica delle funzioni e dei materiali trattati, e ai conseguenti fenomeni di protezione dell'accessibilità, si è capito che la “trasparenza” ha senso proprio in quanto strumento di comprensibilità delle informazioni (per la quale l'accessibilità è elemento irrinunciabile, ma strumentale)⁶¹, e della logica utilizzata per provvedere⁶².

In questo senso, occorre riflettere sull'orientamento rinvenibile in *data science* a costruire presupposti comprensibili alle macchine (*API - Application Programming Interface*)⁶³, che ovviamente facilitano apprendimento, rafforzamento, potenza dell'AI; orbene, a parte il dubbio che questo sia davvero un orientamento antropocentrico, se la questione viene riguardata dal lato del diritto amministrativo, bisogna valutare se e quanto invece pretendere che le macchine, almeno nel loro uso nel procedimento amministrativo, siano in grado di percepire e rendere percezioni e rappresentazioni di realtà, linguaggi, segni, comportamenti “naturali” (cioè umani), avvertendo

⁵⁹ Per tutti, si vedano gli argomenti di G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amm.*, 1987, p. 3168: «il processo decisionale logico-sostanziale diventa in se stesso un sistema di decisioni che [...] va visto e reso trasparente e sindacabile [...] nelle sue varie parti e nella sua continuità».

⁶⁰ Con altre parole, si veda Cons. Stato, sez., VI, 8 aprile 2019, n. 2770: «il meccanismo con cui si concretizza la decisione robotizzata deve essere “conoscibile, secondo una declinazione rafforzata del principio di trasparenza, che implica piena conoscibilità di una regola espressa in un linguaggio differente da quello giuridico».

⁶¹ F. MANGANARO, *L'evoluzione del principio di trasparenza*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, Napoli, 2012; ID., *Trasparenza e digitalizzazione*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2019, pp. 72 ss.; per alcuni il diritto di “informazione” recato da tali disposizioni comprende il diritto di “spiegazione”, e dunque l'accessibilità è strumentale alla comprensibilità: cfr. A. SIMONCINI, S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2019, pp. 87 ss.; S. WÄCHTER, B. MITTELSTADT, L. FLORIDI, *Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, 2, 2017, pp. 76 ss.; ma la questione non è indiscussa: cfr. E. PELLECCIA, *Profilazione e decisioni automatizzate al tempo della black box society: qualità dei dati e leggibilità dell'algoritmo nella cornice della responsible research and innovation*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2018, pp. 1210 ss. Nel caso della profilazione il Rgpd europeo prevede espressamente un'estensione dell'obbligo di informazione alla «logica utilizzata» (artt. 13 §.2 lett. f e art. 14 §.2 lett. g), e la «valutazione di impatto» (art. 35), ed il Considerando 71 spiega che «in ogni caso, tale trattamento dovrebbe essere subordinato a garanzie adeguate, che dovrebbero comprendere la specifica informazione all'interessato e il diritto di ottenere l'intervento umano, di esprimere la propria opinione, di ottenere una spiegazione della decisione conseguita dopo tale valutazione e di contestare la decisione». F. COSTANTINI, G. FRANCO, *Decisione automatizzata, dati personali e pubblica amministrazione in Europa* cit., p. 736, rilevano che «la possibilità di consultare direttamente le righe di codice del programma trova un'ulteriore ragione nelle iniziative che riguardano l'utilizzo di software “open source” da parte della pubblica amministrazione».

⁶² La complessità del fenomeno della trasparenza è ampiamente rilevato nella letteratura italiana: per tutti, si v. E. CARLONI, F. GIGLIONI, *Three transparencies and the persistence of opacity in the Italian Government System*, in *23 European Public Law* (2017), pp. 285 ss.

⁶³ *Proposte per una strategia italiana per l'intelligenza artificiale* cit., p. 59: «come osservato dal Team per la Trasformazione Digitale, è necessario connettere tra loro i sistemi informatici della PA e fare in modo che tutte le applicazioni siano comprensibili alle macchine».

che, fintanto che ciò non sarà, i meccanismi di apprensione ed i linguaggi delle macchine “opachi”, o anche solo “interpretabili” con la mediazione di esperti e di conoscenze sofisticate, sono passibili di censura sul piano della validità giuridica, inficiando la possibilità non solo della decisione automatica costruita su quel paradigma, ma anche di quella ancora umana troppo basata su una istruttoria condotta da una macchina in termini non comprensibili⁶⁴.

Le grandi difficoltà di conseguire la “comprensibilità” della *black box*, e cioè di compiere il percorso che nel diritto amministrativo ha spinto a trattare l'istruttoria come “*glass box*”⁶⁵, sono aggravate da diversi elementi, come ad esempio le questioni di privacy, di “*cybersecurity*”⁶⁶, dell'accumulo e del riutilizzo di dati⁶⁷; ma c'è un punto ancora poco esplorato, giacché in XAI si tende a distinguere i destinatari per costruire i gradi della sua capacità di trasparenza, accessibilità, comprensibilità, motivazione⁶⁸; a seconda che si tratti o meno di esperti in vari ambiti, sembrano essere diverse le necessità⁶⁹, mentre nell'amministrazione pubblica, dove gli interessati possono esser di ogni tipo, le esigenze possono perciò riguardare un po' tutte le ragioni di XAI⁷⁰. Anche negli studi di diritto amministrativo si è considerata la questione dell'*uditorio*, ed è stata ampiamente esaminata la funzione assoluta dalla motivazione in relazione ad una specifica categoria di destinatari

⁶⁴ La giurisprudenza, non a caso, ha già riconosciuto il diritto di accesso al cd. “codice sorgente”: si v. TAR, Lazio, Roma, sez. III-bis, 21 marzo 2017, n. 3742; 22 marzo 2017, n. 3769; L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo* cit., p. 14, nota che ciò è dovuto a «una formulazione delle norme in materia di accesso molto ampia (soprattutto la definizione di documento amministrativo soggetto all'accesso fornita dall'art. 22, 1° comma lett. d) della l. 7 agosto 1990, n. 241)».

⁶⁵ in A. BARREDO ARRIETA et al., *Explainable Artificial Intelligence (XAI): Concepts, Taxonomies, Opportunities and Challenges toward Responsible AI* cit., pp. 10 s., sono rilevati nella letteratura disponibile tre livelli di trasparenza direttamente dovuti ai “*Machine Learning Models*”, sei approcci di “*post-hoc techniques*”, ideate per rendere più interpretabili i modelli ML, ed una pletora di declinazioni e tecniche.

⁶⁶ P.L. MONTESSORO, *Cybersecurity: conoscenza e consapevolezza come prerequisiti per l'amministrazione digitale*, in *Ist. fed.*, 2019, p. 783.

⁶⁷ V. BRIGANTE, *Evolving pathways of administrative decisions* cit., p. 127.

⁶⁸ Consiglio di Stato, sez. VI, n. 2270/2019 cit., par. 8.3.; S. WACHTER, B. MITTELSTADT, L. FLORIDI, *Why a right to explanation of automated decision-making does not exist in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, 2017, p. 78, fanno notare come la disciplina del Gpdp in realtà con contempra l'obbligo di motivazione come lo conosciamo per i provvedimenti amministrativi umani.

⁶⁹ Si veda lo schema riportato in F. ROSSI, *AI Ethics for Enterprise AI* (2019), in https://economics.harvard.edu/files/economics/files/rossifrancesca_4-22-19_ai-ethics-for-enterprise-ai_ec3118-hbs.pdf.

⁷⁰ in A. BARREDO ARRIETA et al., *Explainable Artificial Intelligence (XAI): Concepts, Taxonomies, Opportunities and Challenges toward Responsible AI* cit., p. 8, vengono riassunti nei seguenti: affidabilità, causalità, trasferibilità, conoscibilità, fiducia, correttezza, accessibilità, interattività, consapevolezza della privacy (Trustworthiness, Causality, Transferability, Informativeness, Confidence, Fairness, Accessibility, Interactivity, Privacy awareness: *ibidem*, tab. 1).

della medesima⁷¹, la sua connessione con le tipologie di funzioni su cui agisce⁷², la capacità di *accountability*⁷³ e di informazione⁷⁴; ma mai per arguirne la possibilità di una comprensione riservata a specialisti di una determinata tecnologia⁷⁵, consegnando lo scettro ad una sorta di sovrani del procedimento⁷⁶.

Ciò suggerisce di utilizzare, anche in forma sperimentale, per il lavoro della pubblica amministrazione, esclusivamente sistemi algoritmici con gradi di tracciabilità e trasparenza, secondo i principi e gli schemi consolidati dal diritto amministrativo, e di escludere qualunque intervento inerente alle decisioni amministrative, ivi incluse le proposte rivolte ad organi umani, che non siano in grado di fornire le motivazioni, ancora una volta siccome raffinate nel diritto amministrativo, che non potranno perciò accontentarsi di costruire modelli ed interfaccia di spiegazioni, che traducano cioè in termini umanamente comprensibili il lavoro svolto nel processo di acquisizione degli input cognitivi, e di apprendimento e valutazione dei medesimi: ben vengano tali sistemi, ma per rendere attendibile (e giuridicamente valida) la partecipazione a deliberazioni automatiche occorrerà anche rendere comprensibile comunemente, e per intero, il predecisionale. E bisognerà anche stabilizzare l'assunto che, quando vengano impiegati in operazioni amministrative, la trasparenza, l'accessibilità e la verificabilità dei sistemi prevalgano sulle privative di proprietà industriale o intellettuale⁷⁷.

⁷¹ Come la persona interessata dal provvedimento, il giudice, la collettività: A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 52 ss.. Per gli argomenti di diritto positivo che inducono a ritenere obbligo di motivazione posto a favore del destinatario dell'atto, cfr. G. CORSO, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir., agg. V*, Milano, 2001, pp. 785 ss.; ID., *Motivazione degli atti amministrativi e legittimazione del potere negli scritti di Antonio Romano Tassone*, in *Dir. amm.*, 2014, p. 470 ss.

⁷² G. ARENA, *Le diverse finalità della trasparenza amministrativa*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa* cit., p. 29 ss..

⁷³ A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, Cedam, 2013, spec. pp. 249 ss.

⁷⁴ G. MANNUCCI, *Uno, nessuno, centomila. Le motivazioni del provvedimento amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2012, pp. 837 ss.

⁷⁵ G. ARENA, *Trasparenza amministrativa*, in S. CASSESE (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, VI, p. 5948 ss.; M. OCCHIENA, *I principi di pubblicità e trasparenza*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 143.

⁷⁶ L. BREGGIA, *Prevedibilità, predittività e umanità nella soluzione dei conflitti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, p. 395, parla di una dittatura digitale; sulla "data hegemony" si veda V. BRIGANTE, *Evolving pathways of administrative decisions* cit., pp. 100 ss.

⁷⁷ T.A.R. Lazio, Roma, sez. III-bis, 22 marzo 2017, n. 3769; F. MANGANARO, *Evoluzione ed involuzione delle discipline normative sull'accesso a dati, informazioni ed atti delle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2019, pp. 743 ss., dimostra come la gran parte delle esigenze di riservatezza siano considerate recessive quando l'accesso sia esercitato per esigenze di difesa di un interesse giuridicamente rilevante; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano troppo umano* cit., p. 28: «è abbastanza evidente che se l'amministrazione acquista un servizio per farne uso nella propria attività provvedimentale, la questione della proprietà intellettuale diviene cedevole»; J-B. AUBY, *Il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali* cit., p. 630, nel commentare legge francese del 7

4. La *data science* per gli atti amministrativi interamente vincolati.

Si spiega alla luce di quanto rilevato perché il primo aspetto su cui le conoscenze del diritto amministrativo hanno offerto alla *Data science* un ambito di intervento a prima vista piuttosto semplice, sia stato costituito dagli atti vincolati⁷⁸, privi di alcuna valutazione, di alcun giudizio, o di alcuna opzione valutativa predecisionale⁷⁹; in questi casi, che forse possono diventare più numerosi proprio in relazione alle innovazioni tecnologiche disponibili⁸⁰, l'intervento umano potrebbe già oggi considerarsi sostanzialmente superfluo, laddove la rilevazione della realtà mediante acquisizione meccanica di dati non discutibili e valutabili, che fa da unico presupposto variabile dell'atto, abbia già meccanismi tecnologici disponibili, e la deter-

novembre 2016 in materia di *governance* algoritmica, ritiene discutibile proprio il fatto che «non impone chiaramente l'ostensione del codice sorgente. Probabilmente questa lacuna si spiega per la volontà di prevedere l'eventualità in cui l'amministrazione non sia proprietaria dell'algoritmo: cosa che avviene ove l'algoritmo sia stato costruito per lei da una società esterna, sulla base di un contratto che non trasferisce i diritti di proprietà intellettuale». Il Parlamento europeo, con il punto 9 della *Proposta di Risoluzione sulla robotica*, cit.; «invita la Commissione a promuovere un ambiente aperto, che spazi da norme aperte a modelli innovativi per la concessione delle licenze e dalle piattaforme aperte alla trasparenza, al fine di evitare la dipendenza da sistemi proprietari che limitano l'interoperabilità». Cfr. anche il par. 4.2 della *Comunicazione sulla Strategia per il mercato unico digitale in Europa*, Commissione europea, COM(2015) 192 final. Va rammentato che l'art. 68, co. 1-ter, del Codice dell'amministrazione digitale (d. lgs. 7 marzo 2005, n. 82), dispone che «ove dalla valutazione comparativa di tipo tecnico ed economico, secondo i criteri di cui al comma 1-bis, risulti motivatamente l'impossibilità di accedere a soluzioni già disponibili all'interno della pubblica amministrazione, o a software liberi o a codici sorgente aperto, adeguati alle esigenze da soddisfare, è consentita l'acquisizione di programmi informatici di tipo proprietario mediante ricorso a licenza d'uso. La valutazione di cui al presente comma è effettuata secondo le modalità e i criteri definiti dall'AgID».

⁷⁸ L'ipotesi era già stata avanzata, con notevole lungimiranza, da G. DUNI, *L'utilizzabilità delle tecniche elettroniche nell'emanazione degli atti e nei procedimenti amministrativi. Spunto per una teoria dell'atto emanato nella forma elettronica*, in *Riv. amm.* R.I., 1978, 407 e ss.; parla di “cavallo di troia” dell'elettronica nel diritto amministrativo L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo* cit., p. 5.

⁷⁹ D. SORACE, *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo dell'atto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2007, p. 387 li definisce bene: «un atto dell'amministrazione può considerarsi vincolato quando si è in presenza di una fattispecie in relazione alla quale la legge stabilisce che, in presenza di un presupposto di fatto che l'amministrazione deve limitarsi ad accertare, senza operare scelte o valutazioni opinabili, l'amministrazione stessa può legittimamente prendere un solo provvedimento, determinato dalla legge, senza alcun margine di scelta neanche relativamente all'am». Si tratta di quelli che F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Milano-Padova, Wolters-Kluwer-Cedam, 2017, p. 198, fa rientrare nei casi “facili”, in cui «il fatto concreto rientra nel centro semantico della fattispecie o fra i casi esclusi (ed in cui) il processo di decisione si riduce allo svolgimento di una deduzione sillogistica, giacché la qualificazione è già data» (chiaro il riferimento esplicito dell'A. a H. L. A. HART, *Il concetto di diritto*, trad. it. Torino, Einaudi, 1965, 151 e ss.).

⁸⁰ Che, naturalmente, rendono velocemente obsoleto ogni argomento che non consideri le evoluzioni tecnologiche, come ad esempio la necessità all'epoca evidente di una “normalizzazione” del testo giuridico studiata da A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico* cit., p. 19, che può essere superata dagli sviluppi in tema di *web* semantico.

minazione conseguente è un provvedimento ma non una decisione⁸¹, poiché null'altro è che una conseguenza predefinita direttamente dalla norma; se si pensa alle sanzioni per la guida in stato di ebbrezza o per eccesso di velocità, si può comprendere come lo schema che nelle scienze giurispubblicistiche è stato rilevato come norma-fatto- effetto⁸², corrisponde in termini impressionanti alle osservazioni delle teorie delle decisioni in riferimento alla ottimizzazione lineare a singolo criterio, metodo matematico di ricerca della soluzione ottima (di massimo o di minimo) di un problema decisionale quando l'obiettivo che si persegue è unico, ed è anche soggetto a vincoli non valutativi, che permette di esplicitare l'obiettivo e quantificarlo, definire accuratamente ciascun elemento del problema ed utilizzare una programmazione di tipo lineare⁸³.

Per questo tipo di provvedimenti, inoltre, il regime giuridico della motivazione anche in ambito umano risente della peculiare struttura della fattispecie, e per quanto la legge imponga la motivazione per ogni provvedimento amministrativo, la giurisprudenza è abbastanza assestata nel ritenere sufficiente in questi casi quasi una "giustificazione"⁸⁴: l'obbligo di motivazione è assolto con la necessità di esplicitare e dar conto dei presupposti, con i riferimenti agli elementi di fatto ed alle norme vincolanti⁸⁵, e ciò ren-

⁸¹ Sulla distinzione tra decisione amministrativa e provvedimento si vedano, tra altri, M.S. GIANNINI, *Decisioni e deliberazioni amministrative*, in *Foro it.*, 1946, pp. 159 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *Decisione amministrativa*, in *Nov. Dig. It.*, V, Torino, UTET, 1964, pp. 268 ss.; G. GUARINO, *I tecnici e i politici nello Stato contemporaneo. Prolusioni e conferenza*, Milano, Giuffrè, 1966, pp. 196 ss.; M. NIGRO, *Le decisioni amministrative*, Napoli, 1953, 3 ss.; F. MERUSI, G. TOSCANO, *Decisioni amministrative*, in *Enc. giur.*, X, Roma, Treccani, 1988, pp. 3 ss.; A. TRAVI, *Decisione amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, IV, Torino, UTET, 1989, pp. 524 ss..

⁸² E. CAPACCIOLI, *Disciplina del commercio e processo amministrativo*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, I, Padova, 1978, pp. 310 ss.; A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive cit.*, pp. 29 ss.

⁸³ Colto subito dalla dottrina di esordio del problema, che oltre a ritenere impossibile l'uso di concetti giuridici indeterminati, invocava la logica della macchina che richiedeva «un'ulteriore condizione per l'automazione di un testo giuridico: il precetto normativo deve essere ricostruibile secondo lo schema *Se (If) Allora (Then)*»: così. A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico cit.*, pp. 25 s.. Per una lettura più recente, con riferimento ad un'indagine condotta dall'*Administrative Review Council* australiano nel 2004, cfr. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano troppo umano cit.*, 2019, pp. 19 ss., ed in particolare la nt. n. 39, particolarmente efficace nella descrizione.

⁸⁴ M.S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc.dir.*, XXVII, Milano, Giuffrè, 1977, pp. 268 ss.; ma si veda, molto prima, C. M. IACCARINO, *Studi sulla motivazione con particolare riguardo agli atti amministrativi*, Roma, 1933.

⁸⁵ Solo da ultimo, si v. Cons. Stato, sez. II, 12 marzo 2020, n. 1765; Id., sez. V, 20 agosto 2015, n. 3953; l'assunto comporta anche che nei confronti dell'attività vincolata si supera il principio del divieto di integrazione processuale della motivazione: già prima dell'art. 21-octies L. n. 241 del 1990, si v. G. VIRGA, *Integrazione della motivazione nel corso del giudizio e tutela dell'interesse alla legittimità sostanziale del provvedimento impugnato*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 516 ss. e A. ZITO, *L'integrazione in giudizio della motivazione del provvedimento: una questione ancora aperta*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, pp. 577 ss.; in giurisprudenza, solo per menzionare arresti recenti, si vedano T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 8 aprile 2019, n. 260; T.A.R., L'Aquila, sez. I, 23 febbraio 2019, n. 116; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 21 giugno 2017,

de ovviamente più accessibile ad un sistema automatico poterne riferire, e dunque venire dotato senza troppe difficoltà di una capacità di produrre un atto motivato secondo parametri ritenuti giuridicamente validi.

Nelle situazioni interamente vincolate, insomma, sembrerebbe già possibile affidare integralmente a procedure automatizzate l'intera fattispecie⁸⁶.

Va tuttavia tenuto presente che la letteratura giuridica indica ragioni che consigliano prudenza sulle fattispecie vincolate⁸⁷. Va dunque verificato quanto sia possibile aumentare la cautela istruttoria⁸⁸; già oggi articolo 35 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 sulla protezione dei dati (d'ora innanzi, Gdpr), prevede una valutazione obbligatoria di *data protection impact assessment* (DPIA), ed è allo studio una *Trustworthy AI Impact Assessment* (TAIA), che può includere una autovalutazione di obblighi e cautele preventive che vadano oltre la riservatezza sui dati, potendosi allargare a tutti gli incumbenti istruttori volti ad un trattamento coerente *by design* con le previsioni normative e i principi costituzionali rilevanti⁸⁹.

n. 7251. M. RAMAJOLI, *Il declino della decisione motivata*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 903, la ritiene un'eccezione pretoria che affonda le sue radici nella giurisprudenza pregressa alla L. n. 241 del 1990.

⁸⁶ M. D'ANGELOSANTE, *La consistenza del modello dell'amministrazione « invisibile » nell'età della tecnificazione: dalla formazione delle decisioni alla responsabilità per le decisioni*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA, *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. La tecnificazione*, vol. IV, *La tecnificazione*, Firenze, Firenze University Press, 2016, p. 157 che, a proposito delle violazioni della normativa in materia di circolazione stradale, nota un passaggio da «una condizione di *Street-Level Bureaucracy* (accertamento della violazione e applicazione della sanzione in loco da parte del singolo agente di polizia) a una condizione di *Screen-Level Bureaucracy*» con *autovelo* e tutor.

⁸⁷ Si vedano, solo per esempio, D. CORLETTI, *Vizi «formali» e poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.* 2006, p. 62, che analizza le ragioni per cui è «l'intera categoria (e il concetto stesso) di atto vincolato a risultare incerta e sfuggente»; analogamente V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in materia di vizi formali degli atti amministrativi*, in *Dir. pubbl.*, 2004, p. 210; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 308. Con riguardo specifico agli atti vincolati algoritmici si vedano P. OTRANTO, *Decisione amministrativa* cit., p. 18, e V. BRIGANTE, *Evolving pathways of administrative decisions* cit., p. 160.

⁸⁸ Segnala la progressiva complessità sistemica M. D'ANGELOSANTE, *La consistenza del modello dell'amministrazione « invisibile » nell'età della tecnificazione* cit., p.157, con riferimento alle sanzioni per la violazione della normativa in materia di circolazione stradale, illustra il passaggio da una «*Street-Level Bureaucracy* (accertamento della violazione e applicazione della sanzione in loco da parte del singolo agente di polizia) a una condizione di *Screen-Level Bureaucracy* (accertamento della violazione e applicazione della sanzione in modo informatizzato e automatico, a es. col metodo dell'*autovelo*)», a sua volta in corso di ulteriore sviluppo verso una condizione di *System-Level Bureaucracy* (si pensi, per restare all'esempio fatto, ai sistemi c.d. tutor, installati in molti tratti delle reti autostradali per il calcolo del tempo di percorrenza da un punto di rilevamento all'altro e dunque per la rilevazione della c.d. velocità media sottratto, considerando parametri quali la classe del veicolo e le condizioni di traffico, al fine dell'applicazione automatica delle eventuali e conseguenti sanzioni).

⁸⁹ G. ORSONI, E. D'ORLANDO, *Nuove prospettive dell'amministrazione digitale* cit., p. 616

Sovviene qui uno degli arricchimenti provenienti dalle scienze giuridico-amministrative giacché, per quanto se ne discuta l'ampiezza, il diritto amministrativo conosce il dettaglio dell'effetto costitutivo⁹⁰: anche dove non c'è opzione di scelta propria, e prescindendo del tutto dai riflessi che ciò ha in ordine alle situazioni giuridiche coinvolte, è importante osservare che anche nei provvedimenti *totalmente* vincolati l'effetto giuridico, l'effettività, sorge *solo* con l'adozione dell'atto amministrativo provvedimentoale.

Ciò consente di invocare anche nelle fattispecie *totalmente* vincolate la traduzione dell'inclinazione di *data science* riferito alla "sorveglianza umana", come criterio di garanzia del principio fondamentale di "autonomia umana"⁹¹, e dunque di tenere distinte anche nelle fattispecie integralmente vincolate automatizzate la fase dell'accertamento ed il momento costitutivo, ammettendo che la prima possa essere tenuta da sistemi automatici che, agendo da supporto al responsabile del procedimento, consentano l'adozione di una proposta di provvedimento, trattenendo in termini integralmente umani il provvedimento, e ogni possibilità di reclamo⁹², che data la caratteristica del fenomeno possono essere – ed in genere sono – piuttosto circoscritte ad errori che noi chiamiamo "di fatto", facilmente rilevabili e difficilmente discutibili, anziché rilasciarle praticamente per intero all'intervento ed alla tutela giudiziaria⁹³. Tale assunto ha anche diverse di-

segnalano «l'importanza delle analisi (anche preventive) d'impatto algoritmiche, del controllo e della certificazione degli algoritmi, dell'elaborazione di protocolli per il monitoraggio e l'individuazione di eventuali distorsioni».

⁹⁰ F. G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979, pp. 249 ss.; ID, *L'interesse legittimo. Storia e teoria* cit. p. 442; D-U. GALETTA, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Milano, 2003, spec. pp. 94 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio* cit., spec. pp. 150 ss.; A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 119, rileva «la possibilità, non meramente logica ma giuridica di distinguere, nell'ambito del procedimento inteso in senso ampio, comprensivo cioè del provvedimento, una fase procedimentale in senso stretto, coincidente con il processo decisionale e con la relativa determinazione, e una fase provvedimentoale nella quale la determinazione viene assunta in vista della produzione dell'effetto giuridico che l'ordinamento collega al relativo atto». Allorché, perciò, l'amministrazione «agisce per la decisione», le posizioni giuridiche impiegate sono molto diverse da quelle attive per il momento in cui si «agisce per la produzione dell'effetto giuridico».

⁹¹ *Orientamenti etici per un'IA affidabile* cit., p. 18.

⁹² Cons. Stato, sent. n. 8472/2019 invoca "ragioni di principio, ovvero concrete, per limitare l'utilizzo all'attività amministrativa vincolata piuttosto che discrezionale, entrambe espressione di attività autoritativa svolta nel perseguimento del pubblico interesse"; T.A.R. Puglia - Bari, 27 giugno 2016 n. 896, nel censurare «la manifesta irragionevolezza, ingiustizia ed irrazionalità di un sistema di presentazione delle domande di partecipazione ad un concorso che, a causa di meri malfunzionamenti tecnici, giunga ad esercitare impersonalmente attività amministrativa sostanziale, disponendo esclusioni de facto riconducibili a mere anomalie informatiche», ha anche auspicato che «pro futuro ed in un'ottica conformativa del potere, l'Amministrazione debba predisporre, unitamente a strumenti telematici di semplificazione dei flussi documentali in caso di procedure concorsuali di massa, altresì procedure amministrative parallele di tipo tradizionale ed attivabili in via di emergenza, in caso di non corretto funzionamento dei sistemi informatici predisposti per il fisiologico inoltro della domanda».

⁹³ Un buon esempio può essere rappresentato dal problema della sottoscrizione del provvedimento; di fatto la giurisprudenza, dopo qualche esitazione sulla disposizione di

sposizioni di riferimento che sembrano convergere sul vietare in generale decisioni basate unicamente su un trattamento automatizzato (ma anche come vedremo, nel prevedere e regolare diverse deroghe)⁹⁴.

5. La questione della decisione amministrativa algoritmica⁹⁵; la discrezionalità.

Più impegnativo è naturalmente il fronte delle decisioni amministrative vere e proprie, quelle che noi riconduciamo alla vasta area della discrezionalità, sia quella – sempre più rara⁹⁶ – che definiamo pura («ponderare tutti gli interessi legislativamente tutelati che possono essere direttamente toccati dall'agire amministrativo»⁹⁷), sia quella che debba considerare possibilità tecniche e cognizioni scientifiche⁹⁸.

cui all'art. 3, 2° comma del d.lgs. 12 febbraio 1993, n. 39, ha praticamente abbandonato ogni questione iniziale relativa alla ampiezza della previsione di delega e limitato l'applicazione della previsione ai soli atti vincolati: tra le sentenze più recenti si vedano Cass. civ. sez. trib., 17 maggio 2017, n. 12302; sez. lav., 15 ottobre 2003, n. 15448; T.A.R. Marche, 13 marzo 2013, n. 210.

⁹⁴ si vedano i dd.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (come modificato da ultimo dal d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101), relativamente alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, e 18 maggio 2018, n. 51, con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali. Le disposizioni vigenti si rifanno al regolamento (UE) n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, e alla direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016. F. COSTANTINI, G. FRANCO, *Decisione automatizzata, dati personali e pubblica amministrazione in Europa* cit., p. 732, fanno notare che l'art. 22 Rgpd, l'art. 11 della direttiva (Ue) 2016/680, e l'art. 8 del d.lgs. 51/2018, replicano «il medesimo schema concettuale – divieto generale con deroga autorizzata specificamente da una disposizione normativa – a conferma del fatto che la proibizione non è assoluta, ma superabile per ragioni di pubblico interesse».

⁹⁵ Parla di “tipo di amministrazione «algoritmica», per distinguerla da quella «digitale»”, illustrandone anche molti esempi già in uso nel mondo, A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2019, p. 1169.

⁹⁶ A. ROMANO-TASSONE, *Amministrazione pubblica e produzione di «certezza»: problemi attuali e spunti ricostruttivi*, in *Dir. amm.*, 2005, pag. 867 ss., rilevava come «lo schema strutturale dell'accertamento, pertanto, ha rivelato incontenibili valenze espansive, e sembra suscettibile, in prospettiva non troppo remota, di esser applicato agli atti amministrativi tout court: se non proprio tutta, certamente gran parte dell'attività amministrativa appare infatti suscettibile di esser esaustivamente ricostruita in termini di puro “accertamento”» [...] «la certezza che oggi sempre più spesso si richiede, e di cui quindi si fa positivamente questione, ricade sempre meno su rapporti o su fatti giuridici, e sempre più su qualità intrinseche (e sovente economicamente valutabili) di beni della vita».

⁹⁷ U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, passim; A. CERRI, *Imparzialità e indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova, 1973, 120

⁹⁸ F. TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2019, p. 324: «l'assimilazione della discrezionalità tecnica alla discrezionalità amministrativa è giustificata dal fatto che entrambe comportano giudizi il cui contenuto non si deduce da un parametro predefinito. Ma all'elemento che accomuna i giudizi dell'uno e dell'altro tipo si accompagna la diversità dell'oggetto dei giudizi medesimi: quelli che sono propri della discrezionalità tecnica vertono sulla qualificazione dei fatti, mentre i giudizi attinenti alla discrezionalità amministrativa vertono sull'assetto da dare ad

Sono molti già gli studi che, affrontando più o meno compiutamente le capacità dell'AI di fornire affidabili interventi di tipo discrezionale, finiscono col trovare più ragioni di obiezione che di fiducia⁹⁹. Ma credo che l'argomento debba essere affrontato con obbiettività, e capovolgere l'approccio, concentrandosi cioè su come trattiamo il percorso logico che conduce ad una decisione amministrativa *umana*¹⁰⁰, quali canoni pretendiamo esso rispetti per considerarlo valido, e quali al reciproco sono considerati impropri e consentono la qualifica dell'invalidità giuridica, con le sue (importanti, come vedremo) conseguenze. Siamo infatti in grado di fornire alle questioni di *Data Science* alcuni punti di arrivo di una lunga evoluzione ed accumulo di conoscenze.

Occorre al riguardo anzitutto convenire su un primo punto: da tempo il diritto amministrativo si è liberato dal pregiudizio mentale (anche se non ancora della conseguenza linguistica) dell'idea dell'autorità come ragione sufficiente di legittimazione ed affidabilità della decisione¹⁰¹; senza entrare nella ampia questione in ordine alla descrizione di questi fenomeni dal punto di vista gius-amministrativistico, siamo riusciti ormai a superare la logica imperativa, l'*ipse dixit* della decisione amministrativa, che non può più legittimarsi da sé, funzionare per il solo fatto di provenire da un'autorità, e perciò solo in grado di produrre ogni effetto, dato che si concorda abbastanza circa il fatto che essa va necessariamente accompagnata da «capacità tecnica di scegliere e di decidere»¹⁰², e che in fin dei conti «la decisione che scaturisce dal procedimento appare come quella che sarebbe stata concretamente assunta da un qualsiasi decidente dotato di ragione e di conoscenze adeguate (almeno potenzialmente: da "chiunque")»¹⁰³.

L'argomento è rilevante dato che, per un verso, sono diffuse le ipotesi circa la possibilità di un'«autorità algoritmica»¹⁰⁴, che agirebbe con logiche di

interessi».

⁹⁹ Una ricognizione sul punto è condotta da L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo* cit., pp. 14 ss., e rileva una tendenza a spostare la questione verso forze ridotte di opzione, o per ragioni di rilievo tecnico scientifico, o per il ricorso all'autolimita preventivo.

¹⁰⁰ Conduce un approccio analogo M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Riv. AIC*, 2018, p. 877: «per stabilire cosa ci attendiamo da un giudice-robot dobbiamo identificare le pretese che possiamo elevare nei confronti di un giudice-umano, perché quel che dovremmo esigere dal primo dovrebbe essere almeno pari a quanto legittimamente potremmo chiedere al secondo».

¹⁰¹ S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA, *La tecnificazione dell'amministrazione*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA (a cura di), *La tecnificazione* cit., p. 9.

¹⁰² L. TORCHIA, *Teoria e prassi delle decisioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 2017, 1 ss., che prosegue: «questa capacità viene in genere data per scontata, quasi che fosse una conseguenza necessaria dell'attribuzione del potere di scegliere, mentre dovrebbe essere trattata come un presupposto, da verificare ex ante rispetto alla allocazione del potere di scelta».

¹⁰³ Così, richiamando Luhmann, A. ROMANO TASSONE, *Sui rapporti tra legittimazione politica e regime giuridico degli atti dei pubblici poteri*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazza*, Padova, 2007, I, p. 267.

¹⁰⁴ C. SHIRKY, *A Speculative Post on the Idea of Algorithmic Authority*, in

eminenza sostanziale¹⁰⁵; e per altro verso, per quanto possa essere discutibile che nel condurre l'amministrazione uno valga uno, e dunque che valga effettivamente la logica del "chiunque"¹⁰⁶, è certamente da escludere che l'atto di amministrazione, ed in particolare la decisione che esso esprime, sia soggettiva, individuale, quasi come quella che, anche lì sempre meno, continua a reggere la autonomia privata: la decisione è poco discutibile quando sarebbe stata adottata nei medesimi termini da qualunque altra autorità ragionevole¹⁰⁷.

Va poi tenuta in conto l'evoluzione delle conoscenze in ordine ad un antico argomento, quello della rilevanza politica delle decisioni amministrative; sin dai primi studi sulla discrezionalità – sofisticatissima elaborazione che, non mi pare irrilevante, deve alle scienze giuridiche moltissime delle conoscenze e delle esperienze che la riguardano¹⁰⁸ – si è rilevato che, quando riguarda una decisione pubblica, vi è una quota inevitabile di opzione politica¹⁰⁹, la quale, in quanto tale, non può che rimanere per lo più estranea al trattamento giuridico, avendo il proprio statuto, suoi propri percorsi di valutazione e sanzione, insomma una sua ontologia in parte diversa da quella giuridica¹¹⁰; e ciò, secondo una certa visione, impedirebbe la decisione amministrativa algoritmica, poiché appunto, le mancherebbe la capacità e la legittimazione per la definizione della sua quota politica¹¹¹.

Ora però questi assunti vengono investiti non solo dai sistemi normativi odierni, densi di norme fondamentali, principi, clausole, variegate "so-

www.shirky.com/weblog/2009/11/a-speculative-post-on-the-idea-of-algorithmic-authority/.

¹⁰⁵ A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica* cit., p. 1187, parla di «crisma di «scientificità» ovvero «neutralità» che oggi circonda la valutazione algoritmica».

¹⁰⁶ Seguo qui un'impostazione propria del mondo anglosassone: cfr. P. Cane, *Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 250.

¹⁰⁷ Seguo qui un'impostazione propria del mondo anglosassone: cfr. P. Cane, *Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 250.

¹⁰⁸ Da ultimo, per un'ampia dimostrazione, cfr. L. R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa e sovranità popolare*, in S. PERONGINI (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Torino, 2017, pp. 119 ss..

¹⁰⁹ Rilevazione diffusissima, a partire da D. DONATI, *Principii generali di diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione*, Padova, Cedam, 1932, pp. 12 ss., e M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, pp. 166 ss., dove comincia ad emergere la «fissazione del valore comparativo degli interessi (attività intellettuale), [che] può essere disciplinata da regole non giuridiche, le quali emergono nei giudizi di merito», ed evolve sino alla descrizione recata in ID., *Diritto amministrativo*, Milano, 1988, II, p. 760, dove la discrezionalità amministrativa «ha, o quanto meno spesso può avere, un suo nucleo che è strettamente politico, ed è quindi soggetto alle variabili dell'indirizzo politico e della direttiva politico-amministrativa».

¹¹⁰ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità* cit., p. 765, sostiene la «tesi (che chiamerei tesi della mutua esclusione tra regole e potere) [che] è il semplice corollario di un'altra, che in qualunque potere (negoziato, amministrativo, legislativo) si rinviene un nucleo decisionale intangibile, estraneo al diritto e quindi "libero"».

¹¹¹ E. PICOZZA, *Intelligenza artificiale e diritto – politica*, *Diritto amministrativo And Artificial Intelligence*, in *Giur. It.*, 2019, p. 1770.

luzioni” disponibili di tipo normativo o giurisprudenziale¹¹², ma anche dall'esponentiale aumento delle conoscenze in ogni ambito dello scibile, con la ovvia conseguenza che ciò che, un tempo, in mancanza di meglio, non poteva che essere rimesso ad una valutazione “politica”¹¹³, o al massimo ad una “comparazione di interessi”¹¹⁴ – che è stato già un fecondo avanzamento nel giuridico¹¹⁵ – oggi quasi sempre deve dispiegarsi utilizzando indirizzi normativi, cognizioni tecno-scientifiche, saperi, *expertise*, conoscenze e consapevolezze, fondandovi le ragioni della scelta decisionale e l'attendibilità dell'atto conseguente¹¹⁶. E se oggi queste aree decisionali

¹¹² La rileva e la analizza alla luce della teoria degli ordinamenti giuridici R. CAVALLO PERIN, *La validità dell'atto amministrativo tra legge, principi e pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Dir. Amm.*, 2017, pp. 637 ss..

¹¹³ G. BERTI, *Il pensiero di Mortati e l'amministrazione*, in M. GALIZIA, P. GROSSI (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milano, 1990, p. 395, descriveva il Diritto pubblico come un ordinamento «a diversa intensità di potere politico».

¹¹⁴ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione* cit., p. 74, rinveniva in ciò “l'apprezzamento politico della discrezionalità”; di recente, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio* cit., p. 412, avanza dubbi sul «valore esplicativo, rispetto ad un'analisi strutturale» della formula, che «sa di concettualismo».

¹¹⁵ U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa* cit., 1965, passim; A. CERRI, *Imparzialità e indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova, 1973, spec. p. 120.

¹¹⁶ P. ROSANVALLON, *La legittimità democratica* cit., pos. 899/3261, nota che «il riconoscimento di una tecnocrazia ammantata delle virtù della razionalità e del disinteresse ha così perduto la sua evidenza in una società più lucida e più educata», e che va distinta «una legittimità per imparzialità dalla legittimità elettorale» (*ibidem*, pos. 1085/3260, corsivi originali), giacché «il paese, divenuto adulto, non sopporta più che gli si dica dall'alto quello che deve fare o non fare» (*ibidem*, pos. 947/3260). Negli studi giuspubblicistici italiani è ormai chiaro che non valga più la legittimazione, l'attendibilità di una decisione per il solo fatto che sia rimessa alla competenza di un'amministrazione pubblica: non per mera attribuzione di potere, se non è accompagnata da «capacità tecnica di scegliere e di decidere [che] viene in genere data per scontata, quasi che fosse una conseguenza necessaria dell'attribuzione del potere di scegliere, mentre dovrebbe essere trattata come un presupposto, da verificare ex ante rispetto alla allocazione del potere di scelta»: L. TORCHIA, *Teoria e prassi delle decisioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 2017, pp. 1 ss.; né per il solo intervento dell'“autorità”, per quanto tecnicamente attrezzata, in ragione della moltiplicazione delle conoscenze e dei dati disponibili, dell'aumento del novero di soggetti attrezzati per valutarli e discuterli, delle varianti scientifiche, delle opinabilità proprie delle scienze, ed in particolare della crescente consapevolezza della necessità di acquisire ed usare saperi sempre più intrecciati, e provenienti da ambiti disciplinari in cui la distinzione tra duro ed umanistico regge a malapena. A sua volta, con considerazioni ancora più ampie, L.R. PERFETTI, *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, cit., p. 59: «sul versante delle relazioni in senso soggettivo ed oggettivo, per conseguenza, occorre prendere atto del superamento della centralità della persona giuridica pubblica (dell'ente pubblico), non tanto per ragione dell'affermazione dell'organizzazione pubblica come realtà oggettiva ed obiettivata, quanto piuttosto, perché l'organizzazione appare per tratti essenziali esterna all'autorità». Su tutto ciò si vedano, giusto per menzione, E. CARLONI, *Le verità amministrative. L'attività conoscitiva tra procedimento e processo*, Milano, 2011; A. ROMANO TASSONE, *L'amministrazione tra «ricerca della verità» e «produzione di certezza»*, in AA. VV., *Scritti in onore di Franco Bassi*, Napoli, 2015; S. TARULLO, *Discrezionalità tecnica e sindacato giurisdizionale: l'ottica comunitaria ed i profili evolutivi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, p. 1385; A. FERA, *Discrezionalità tecnica e della c.t.u. nel processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it; V. VILLA, *Il diritto come modello per le scienze naturali*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 5/2005, pp. 31 ss.

pubbliche sono già molto più numerose di ieri, domani – crescendo l'accumulo di conoscenze e delle tecniche in ogni dove¹¹⁷ – lo saranno ancora di più, relegando la opzione puramente politica, la «*diversa intensità politica*» della decisione amministrativa, comunque sia costruita, sempre più nell'angolo¹¹⁸. Ed anzi, a stare ai più dettagliati studi recenti, persino ai margini della discrezionalità, perché anteposta ad essa, non per una scelta teorica, ma per una più accurata osservazione dell'oggetto, che riguardato sempre più da vicino, rivela un assetto diverso: l'opzione politica c'è, ma è posizionata diversamente da come appariva ad uno sguardo più macroscopico, più iniziale¹¹⁹. Insomma, nel sistema attuale della decisione pubblica umana, la quota politica viene prevalentemente spesa in atti diversi ed antecedenti alla decisione amministrativa, la quale è infatti rimessa ad organi privi di responsabilità politica, in termini ormai talmente pervasivi che persino gli atti un tempo considerati talmente discrezionali da essere tuttora rimessi alla competenza di organi elettivi, quelli dotati di responsabilità politico elettorale dei soggetti pubblici, come i piani urbanistici¹²⁰, sono oggi tenuti ad essere trattati come decisioni amministrative, e dunque vanno adottati dopo analisi e studi che forniscano set di conoscenze adeguate a consentire una consapevole determinazione (pur avendo, comprensibilmente, un proprio modo di esplicarsi e di venire motivate)¹²¹.

Nell'ambito del predecisionale, la determinazione può conoscere la sua maturazione attraverso vari percorsi di utilizzo e riduzione progressiva

¹¹⁷ Ad es., M. DE BENEDETTO, N. RANGONE, *La questione amministrativa dell'effettività* cit., spec. pp. 764 ss., illustrano casi e conoscenze che, tratte da diversi ambiti disciplinari, rivelano che non sempre il rispetto delle norme e delle decisioni amministrative da parte dei destinatari realizza la cd. effettività sostanziale, e quanto questa sia «*legata alla disponibilità di dati e informazioni su come le diverse opzioni di intervento potrebbero impattare nel mondo reale*» (*ibidem*, p. 778)..

¹¹⁸ Sulla pluralità delle responsabilità implicate nel governo, cfr. D.J. GALLIGAN, *La discrezionalità amministrativa*, trad. it. Milano, 1999, pp. 9 s.

¹¹⁹ G. PALMA, *Riflessioni in tema di scomposizione analitica della ricostruzione teorica della discrezionalità amministrativa: un saggio*, in www.amministrativamente.com (n. 1/2013). Sul piano costituzionale, si veda A. PATRONI GRIFFI, *Dimensione costituzionale e modelli legislativi della dirigenza pubblica. Contributo a uno studio del rapporto di «autonomia strumentale» tra politica e amministrazione*, Napoli, 2002. Sia anche permesso il rimando a P. Forte, *Il principio di distinzione tra politica ed amministrazione*, Torino, 2005, ove, oltre allo studio del fenomeno e degli atti di indirizzo politico-amministrativo, è anche proposta una spiegazione costituzionale dell'assetto giuridico e della relazione che essi hanno con l'amministrazione.

¹²⁰ Per tutti v. L. MAZZAROLLI, *Piano regolatore generale*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1996, pp. 223 ss..

¹²¹ Si veda, da ultimo, lo studio di F. SAIITA, *Governo del territorio e discrezionalità dei pianificatori*, in *Riv. Giur. Edil.*, 2018, pag. 421 ss., con ampi riferimenti giurisprudenziali e dottrinari; ma si veda già M. MONTEDURO, *Interpretazione e violazioni delle prescrizioni degli strumenti urbanistici*, in *Riv. giur. urban.*, 2010, pp. 243 ss.; secondo F. TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative* cit., p. 313 ss., la giurisprudenza in argomento «*mostra come la verifica di legittimità possa assumere una portata diversa, a diritto invariato, secondo il livello dell'analisi cui è sottoposta l'istruttoria amministrativa nel suo collegamento con la motivazione: un'analisi approfondita consente di mettere in discussione la sostanza di scelte che, ad un esame superficiale, parrebbero sottratte al sindacato di legittimità, in quanto pertinenti al merito*».

della discrezionalità che, se guardati dall'esterno, possono apparire come forme di autolimité¹²²; ed è proprio a questa tecnica che si rivolge spesso la dottrina, ed anche la giurisprudenza, per collocare l'algoritmo nel processo decisionale amministrativo, allorché lo tratta cioè come un atto preordinato, una "regola procedurale", frutto di veri e propri atti intenzionali, e riportati alle decisioni di tipo organizzativo, e dunque presupposti dei comportamenti che ne derivino, considerati attuativi e consequenziali¹²³.

Ma gli studi più accurati su questi cammini della decisione amministrativa rilevano zone specifiche per la individuazione dei valori, l'acquisizione delle conoscenze, l'elaborazione della decisione¹²⁴; e pertanto

¹²² Cfr. ad. es., R. GIOVAGNOLI, *I vizi formali e procedurali*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Il codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 1154: per provvedimento vincolato «non si intende solo quello necessitato ab origine sul piano del diritto, vale a dire un provvedimento che in base alla norma strettamente intesa non poteva che essere quello, risultando il proprio contenuto dalla corrispondenza del fatto a norma, ma anche quello vincolato per volontà e per atto della stessa amministrazione (c.d. autovincolo), in quanto la stessa con un precedente atto regolamentare, un bando di gara, una lex specialis di un concorso, un atto generale, un atto specifico nell'ambito del procedimento, ha consumato la propria discrezionalità, autoimponendosi delle regole che stabiliscono un vincolo d'azione non sussistente nella disciplina normativa primaria». La rilevazione della regolarità di tale realtà del percorso decisionale ha consentito di elaborare la descrizione teorica che va sotto il nome di "riduzione a zero" (*Reduzierung auf Null*), o anche di "vincolatezza in concreto", su cui si veda G. MANFREDI, *Doverosità dell'annullamento vs. annullamento doveroso*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, pp. 316 ss., in commento alla sent. Trga, Trento, sez. I, 16 dicembre 2009, n. 305. L'ipotesi ha oggi una declinazione normativa nell'art. 31, co. 3, del c.p.a., che consente al giudice di «pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio [...] quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione»; al riguardo, si vedano le chiare argomentazioni di Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321: «la "riduzione" della discrezionalità amministrativa (anche tecnica) può essere l'effetto: a) sul piano "sostanziale", degli auto-vincoli discendenti dal dipanarsi dell'azione amministrativa, contrassegnata dal crescente impiego di fonti secondarie e terziarie che si pongono spesso come parametri rigidi per sindacare l'esercizio della funzione amministrativa concreta (anche se originariamente connotata in termini discrezionali); b) sul piano "processuale" dei meccanismi giudiziari che, sollecitando l'amministrazione resistente a compiere ogni valutazione rimanente sulla materia controversa, consentono di focalizzare l'accertamento, attraverso successive approssimazioni, sull'intera vicenda di potere (si pensi alla combinazione di ordinanze propulsive e motivi aggiunti avverso l'atto di riesercizio del potere, ma anche alle preclusioni istruttorie e alla regola di giudizio fondata sull'onere della prova), concentrando in un solo episodio giurisdizionale tutta quella attività di cognizione che prima doveva necessariamente essere completata in sede di ottemperanza. La consumazione della discrezionalità può essere anche il frutto della insanabile "frattura" del rapporto di fiducia tra Amministrazione e cittadino, derivante da un agire reiteratamente capzioso, equivoco, contraddittorio, lesivo quindi del canone di buona amministrazione e dell'affidamento riposto dai privati sulla correttezza dei pubblici poteri. In presenza di una evenienza siffatta, resta precluso all'amministrazione di potere tornare a decidere sfavorevolmente nei confronti dell'amministrato anche in relazione ai profili non ancora esaminati».

¹²³ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 2 ottobre 2017; tanto ciò è vero che, poi, viene considerato invalido il ritocco dell'algoritmo in sede operativa: cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 20 aprile 2018, n. 2639

¹²⁴ A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative* cit., p. 154, che richiama L. MEHL, *L'informatique, la Connaissance et l'Action*, in *Bull. I.I.A.P.*, ottobre-dicembre 1968, pp. 12 e s.; ma si vedano anche J. A. ROBINSON, R.R. MAJAK, *La teoria della formazione delle decisioni*, in D. J. CHARLESWORTH (a cura di), *Teoria e metodi in scienza politica*, New York 1967, trad. it. Bologna 1971, p. 245, ove si distinguono gli aspetti intellettuali, sociali e se-

si danno sottili differenze a seconda che le riduzioni della discrezionalità per impiego di “autolimiti” consistano di indirizzi e direttive provenienti dagli organi di indirizzo politico, o invece di criteri definiti proprio in relazione alla specifica operazione.

La differenza non è solo afferente alla competenza (i criteri da ultimo menzionati possono essere propri del decisore amministrativo, gli altri ad organi con responsabilità politica e di governo), ma possono avere diversi effetti per l'impostazione, il *design* dell'algoritmo decisionale. Gli indirizzi recati dagli atti direzionali di governo (regolamenti, direttive, criteri generali, obbiettivi, ecc.), quelli che concorrono a determinare la quota politica di cui s'è detto, sono infatti a contemplazione doverosa nella valutazione discrezionale, sono spesso impostati in forma di regole, e sono logicamente collocati in avvio del procedimento, anteposti alle operazioni dell'algoritmo, nel quale devono essere contemplati *by design*; mentre invece altre misure di così detto autolimitate (criteri specifici, misure di giudizio, declinazioni di pesi valutativi, ecc.), possono essere impostate in occasione dell'operazione in azione, purché prima di compiere le cognizioni, le valutazioni, e – ovviamente – le decisioni, e dunque sono disponibili anche nella costruzione dell'algoritmo medesimo, e persino affidati, nelle operazioni di *deep learning*, ad acquisizione ed elaborazione autonome dell'AI.

In realtà ciò che appare come un “autolimitate” è uno dei modi di sviluppo progressivo della decisione, un vero e proprio percorso di esercizio evolutivo della discrezionalità che si trasforma in decisione¹²⁵, e perciò la definizione e le modalità di contemplazione ed utilizzo dei criteri discrezionali devono rispondere al principio che è stato definito di “lealtà”; non solo e non tanto in ordine al fatto che essi siano pre-stabiliti, giacché la preordinazione del criterio è intrinseca al modo con il quale i metodi multicriteriali si sviluppano, e che invece è stata una preoccupazione rilevante per la decisione discrezionale umana, tanto da rendere necessaria una disposizione generale al riguardo (l'art. 13 della L. n. 241/1990), oltre che un consolidamento giurisdizionale; quanto in ordine alla idoneità “ad alimentare l'affidamento nell'uso dello strumento, da parte tanto degli utilizzatori (funzionari, giudici) quanto dei destinatari (cittadini)”¹²⁶.

Ed anche nelle decisioni dove sono in questione “verità difficili”,

mimeccanici nella formazione delle decisioni; a sua volta, G. PALMA, *Riflessioni in tema di scomposizione analitica della ricostruzione teorica della discrezionalità amministrativa: un saggio*, in *Amministrativ@mente* n. 1/2013, p. 1, parla di una “scomposizione” della discrezionalità ne «il momento intellettuale dell'interpretazione della legge da attuare, il momento della ponderazione degli interessi coinvolti (pubblici e privati), il momento della decisione e così via».

¹²⁵ A. POLICE, *La predeterminazione della scelta amministrativa* cit., *passim*; ma si veda già M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione* cit., p. 77: «assegnando la cura di questo interesse a un organo, gli si deve allora permettere anche di tener conto di altri interessi che con quello concorrono o che a quello accedono. Di qui la necessità della discrezionalità».

¹²⁶ G. ORSONI, E. D'ORLANDO, *Nuove prospettive dell'amministrazione digitale* cit., p. 615.

come quelle ad esempio legate alla qualità intangibile di un bene, o ai caratteri di una circostanza, per qualificare in termini tali da attivare un peculiare regime giuridico, non rinunciamo più a quella premessa. I concetti giuridici indeterminati¹²⁷ continuano ad esserlo in relazione ad un nucleo interno, ma nel tempo risentono inevitabilmente di un percorso convenzionalmente determinativo¹²⁸; la qualità culturale di un bene ai fini della dichiarazione del suo interesse che imprime un “vincolo” non è più rimessa, almeno quanto alla validità giuridica dell’atto che la esprima, al mero giudizio estetico personale di un sovrintendente, ad un *ipse dixit* per quanto autorevole¹²⁹; e qualunque studente delle scuole di polizia oggi viene addestrato a tener conto dei tanti elementi che restringono le espressioni “ordine pubblico” o “sicurezza”, grazie ad un profluvio di analisi e studi, sentenze consolidate della giurisprudenza costituzionale¹³⁰, e dei giudici¹³¹.

Insomma, nel tempo si accumulano disposizioni normative (come i “criteri” per il riconoscimento dell’interesse culturale recati dalla norma¹³²), precedenti attestati di comportamento, ripetuti trattamenti giurisprudenzia-

¹²⁷ Su cui restano imprescindibili S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1993, spec. pp. 72 ss., e D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, Cedam, 1995, pp. 1 ss..

¹²⁸ F. TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative* cit., p. 316: «*se però ci si addentra nell’analisi della portata dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza, è possibile isolare, all’interno dei principi in questione, alcuni contenuti che sono suscettibili di un impiego oggettivamente controllabile*»; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica* cit., pp. 136 ss., dimostra come questo percorso abbia riguardato anche la nozione di discrezionalità tecnica trattata nella dottrina italiana dei primi anni del XX secolo.

¹²⁹ La giurisprudenza resta solida nel qualificare gli interventi della sovrintendenza, sia nelle dichiarazioni di interesse generatrici di vincolo, sia negli atti di codecisione o partecipazione ad autorizzazioni, come attività tecnico-discrezionale, di carattere ricognitivo e conoscitivo e non volitivo; si vedano, da ultimo, T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 16 novembre 2018, n. 867; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VI, 29 giugno 2018, n. 4324; Id., Salerno, sez. I, 13 gennaio 2016, n. 23; T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 23 marzo 2017, n. 512; Cons. Stato, sez. VI, 15 dicembre 2014, n. 6149; 22 gennaio 2004 n. 161; 31 maggio 1990, n. 558; 27 marzo 2001, n. 1767. anche nella letteratura tradizionale si rinviene la rilevazione della natura di “accertamento costitutivo” (T. ALIBRANDI, P. G. FERRI, *I beni culturali e ambientali*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 307), o come certazione (M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1970, p. 965). Non mi convince, perciò, l’obiezione di F. SATTA, *E-government e e-procurement*, in www.apertacontrada.it, 2010: «*se parliamo di una casa da inserirsi in un ambiente storico, ad esempio, si tratta di stabilire se la costruzione che deriva dall’applicazione di quelle norme, di quei numeri, di quelle quantità, è bella o brutta, allora il giudizio non può essere fatto da una macchina ma è un giudizio che può e deve essere fatto dall’uomo e anzi quello dell’uomo è l’unico giudizio e questo è il punto cruciale*». Vedremo che, se spero si accetti che non rimettiamo ad un funzionario amministrativo – umano o meccanico – il giudizio estetico su qualcosa, ed in base a tale suo giudizio la soddisfazione più o meno ampia di un altrui interesse personale, l’argomento ha tuttavia il suo intentereste di merito, e verrà analizzato più oltre.

¹³⁰ Ad es., si vedano Corte Cost., sentenze n. 226/2010, n. 226/2006, n. 383/2005.

¹³¹ Per alcune recenti applicazioni, v. Cass., Sez. I, ord. 9 gennaio 2020, n. 270; Id., sent. 18 aprile 2019, n. 10925; Cass., Sez. Un., sent. 18 novembre 2019, n. 46595.

¹³² Cfr. ad es. G. MORBIDELLI, *Art. 10*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, Giuffrè, III ed. 2018, pp. 134 ss..

li, addestramenti professionali (e dunque forme di pre-comprensione), che conferiscono consistenza al contorno della “ciambella” di Dworkin¹³³, consentendo un trattamento non soggettivo, non irrelato, anche dei materiali decisionali indeterminati¹³⁴. E ciò, evidentemente, lascia presumere che tale trattamento possa essere condotto anche da un algoritmo dotato di sufficienti operatori logici, oltre che da numerosissime informazioni di fatto e di contesto.

Mi sembra possibile affermare, perciò, che questa sofisticata tecnica giuridica sia notevolmente comparabile con alcuni modelli di logica matematica sviluppati negli ultimi decenni per l'acquisizione e la comprensione di fenomeni complessi, in vista dell'*ottimizzazione* delle decisioni umane.

Quando infatti non si tratta di problemi di massimizzazione/minimizzazione di una funzione in presenza di vincoli scarsi o semplici, sono ormai ampiamente sperimentati metodi *multicriteriali* (MCDM), che segmentano una procedura decisionale in elementi più semplici, che possono essere così valutati in termini più accurati, per poi essere riaggregati mediante l'utilizzo di operatori, consentendo un più facile trattamento dei dati, della loro interpretazione e delle preferenze di orientamento decisionale. Vi sono metodi multi obiettivo (MODM), multi attributo (MADM), in grado di misurare con attendibilità sempre più raffinata il grado di avvicinamento agli scopi della decisione mediante l'analisi matematica delle possibilità decisionali¹³⁵. Ed esistono modelli di rappresentazione linguistica “fuzzy”, e corrispondenti modelli computazionali, per “quantificare” dati qualitativi, utilizzando espressioni del linguaggio naturale (“*computing with words* – CW”)¹³⁶.

¹³³ R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, trad. it. Bologna, Il Mulino, 1982, p. 103.

¹³⁴ F. TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative* cit., p. 318: «*assunta come qualità essenziale dell'azione amministrativa, la ragionevolezza cessa di essere strumentale all'indagine sull'eventuale sviamento di potere, e acquista un valore proprio, di garanzia delle buone ragioni di ciascuna delle parti del rapporto tra amministrazione e privato. In questo ordine di idee il difetto logico del processo decisionale ne inficia il risultato indipendentemente dalla dimostrazione dell'intento malizioso dell'amministrazione.*»

¹³⁵ V. ESPOSITO, A. DELLA SALA, M. G. OLIVIERI, M. SQUILLANTE, G. DE LISO, *L'evoluzione del controllo organizzativo: l'approccio multi-criteriale alla valutazione delle performance*, in M. SQUILLANTE (a cura di), *Decidere nella complessità*, 2017, Roma, Edicampus, p. 68: «*l'ipotesi fondamentale alla base di un approccio multicriteriale è che un problema decisionale possa essere scomposto in fattori semplici ed analizzabili separatamente (i criteri), che lo descrivono esaustivamente: si rinuncia al paradigma dell'«ottimalità», scarsamente operativo, sostituendolo con quello della scelta «giustificata» che, per ciascun obiettivo, minimizza la distanza tra un valore massimo e un valore effettivamente perseguito, nel quale tutti i soggetti partecipanti al processo decisionale ritengono di aver ottenuto il massimo «guadagno» possibile, pur rinunciando ad un quantum ritenuto accettabile.*» Un'ampia descrizione di tali metodi è rinvenibile in D. FALCONE, F. DE FELICE, T.L. SAATY, *Il decision making e i sistemi decisionali multicriterio*, Hoepli, 2013; per l'applicazione di tali metodi alle selezioni dei contratti pubblici cfr. G. MARCARELLI, A. NAPPI, *L'offerta economicamente più vantaggiosa e l'utilizzo dei metodi multicriteriali nelle gare d'appalto pubblico*, in *Amministrativamente*, 2017, 7–8, pp. 1 ss.. L'avanzamento delle conoscenze e delle tecniche al riguardo potrebbe attenuare le obiezioni recate da F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, ES, 2011, pp. 17 ss..

¹³⁶ Una recente rassegna dei metodi rinvenibili in letteratura è condotta da M. A.

Questi modelli sono sovrapponibili ai percorsi raffinati che andiamo sempre più accuratamente standardizzando per il vaglio di validità giuridica delle decisioni discrezionali umane, e cioè ciò che noi riconosciamo nel canone della *logicità*, quella dirittura che regge antefatti istruttori e decisioni, e che è elemento irrinunciabile della *discrezionalità*. Sembra insomma di poter dire che anche in confronto alle decisioni umane si seguano logiche utilizzabili mediante modelli, operatori, connettori e in generale strumenti, tecniche e metriche in grado di essere usate da macchine e sistemi non umani¹³⁷.

Dove la questione si fa particolarmente delicata, e richiede cautele e confronti attenti, è nel rilievo che nella logica decisionale deve essere riconosciuta alle correlazioni statistiche e alla probabilità utilizzate in alcune tipologie di algoritmi e di *coding*, specie in quelli cui si richiedono valutazioni in funzione predittiva¹³⁸, dove perciò possono avere particolare rilievo i Big Data¹³⁹; è vero che “le tecniche di solito utilizzate per sindacare la motivazione degli atti amministrativi e la relazione tra essi e la loro motivazione [...] – il controllo di proporzionalità, l'errore manifesto di apprezzamento, ecc. – sono impostate su modelli classici di razionalità causale”¹⁴⁰; ma non sarei sicuro che “esse possono avere un impatto limitato sulle motivazioni che si basano su correlazioni statistiche, come in molti algoritmi”¹⁴¹; basta compiere una indagine sul trattamento giudiziario di statistica e probabilità (anche sotto forma di *id plerumque accidit*), per rilevare quanto, invece, vengano utilizzate per le decisioni umane in materia, ad esempio, di chance¹⁴², di presunzioni giuridiche¹⁴³; e scorrendo l'ordinamento, quanto siano pre-

BASARAN, B. SIMONETTI, A. A. BASARAN, *Quantification of qualitative assessments using computing with words: in framework of fuzzy set theory*, in *Soft Computing*, 2019, [https://doi.org/10.1007/s00500-019-04354-z\(0123456789\)-volV\(0123456789\)-volV](https://doi.org/10.1007/s00500-019-04354-z(0123456789)-volV(0123456789)-volV)

¹³⁷ Non diversamente V. BRIGANTE, *Evolving pathways of administrative decisions* cit., p. 161: «constant technological development could lead to the reproduction of human reasoning, and therefore also applicable to discretionary activity; in such cases, the discretionary power of the administration does not disappear, but moves upstream through the predetermination of the criteria used, which the computer must comply with».

¹³⁸ F. COSTANTINO, *Rischi e opportunità del ricorso delle amministrazioni alle predizioni dei big data*, in *Dir. pubbl.*, 2019, pp. 43 ss..

¹³⁹ M. FALCONE, *Big Data e pubbliche amministrazioni* cit., spec. p. 732; V. BRIGANTE, *Evolving pathways of administrative decisions* cit., p.102, nota che non vi sia alcun divieto legislativo nell'uso dei Big Data.

¹⁴⁰ J-B. AUBY, *Il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali* cit., p. 632.

¹⁴¹ *ibidem*

¹⁴² intesa come probabilità effettiva e congrua di conseguire un risultato utile, da accertare secondo il calcolo delle probabilità o per presunzioni (Cass., sent. n. 6506/1985; n.6657/1991; n. 781/1992; n. 4725/1993).

¹⁴³ «nel processo civile lo standard di certezza dei fatti è individuato dal principio della preponderanza dell'evidenza o del “più probabile che non”, il quale impone di conferire rilievo a quegli eventi che, secondo un giudizio di probabilità logica, non appaiano del tutto inverosimili» Così, Cass., sez. I, 22 aprile 2020, n.8030; ma si vedano anche Cass., Sez. II, 6 febbraio 2019, n. 3513; Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 576.

senti in tutti i fenomeni amministrativi che abbiano a che fare col rischio¹⁴⁴, e più in generale con i già menzionati concetti giuridici indeterminati, come accade, per esempio, nel caso di informative antimafia prefettizie¹⁴⁵, o di provvedimenti riguardanti lo straniero¹⁴⁶, di configurazione di “mercato rilevante” o di “abuso di posizione dominante”¹⁴⁷, o di non annullabilità quando sia “palese” che il contenuto dispositivo del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato (art. 21 octies L. n. 241/1990)¹⁴⁸.

Probabilità e ricorrenze statistiche hanno insomma ruoli rilevanti già negli ambiti della discrezionalità umana¹⁴⁹, e più in generale negli *hard cases* connessi agli oggetti giuridicamente indeterminati, che lo siano per l'ampia definizione normativa, o che lo siano per l'opinabilità circa la rilevanza dei fatti che li possano qualificare, laddove in ogni modo l'uso di quelle strategie concorre a definire una regola in ordine alla valutazione di validità sul piano della ragionevolezza, aiutando soprattutto il giudice che, non dovendosi sostituire all'amministrazione, si restringe per lo più a non sindacare la scelta consentita dalle soluzioni opinabili, purché siano scientificamente o tecnicamente attendibili; di qui il canone della “non manifesta irragionevolezza”, declinata in diverse modalità.

Quando perciò gli algoritmi dovessero usare criteri desunti da valutazioni probabilistiche, anche in circostanze di prescrizioni indeterminate, non incontrerebbero, *per ciò solo*, ostacoli sul piano della validità giuridica del percorso decisionale, ma nemmeno possono perciò dirsi sottratti ad ogni vaglio in ordine alla validità giuridica della decisione, che può essere discussa sia per l'appropriatezza con sofisticati test di proporzionalità, che per l'attendibilità tecnica o scientifica di ciò che è opinabile¹⁵⁰, dove resta la

¹⁴⁴ Si pensi al “piano di gestione del rischio di alluvioni”, strumento di programmazione introdotto dalla Direttiva 2007/60/CE recepita in Italia con il d. lgs. n. 49/2010: cfr. M. A. SANDULLI, *Cambiamenti climatici, tutela del suolo e uso responsabile delle risorse idriche*, in *Riv. Giur. Edil.*, 2019, pp. 291 ss.

¹⁴⁵ Solo da ultimo, cfr. Cons. Stato, sez. III, 5 settembre 2019, n. 6105; 30 gennaio 2019, n. 758; 9 ottobre 2018, n. 5784.

¹⁴⁶ Si veda, ad esempio, lo studio di A. CASSATELLA, *Il sindacato di legittimità sulle decisioni amministrative in materia migratoria*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2017, pp. 816 ss, ove sono ampiamente rassegnati i perimetri stabilizzati in quella materia grazie alla progressiva convergenza degli arresti giurisprudenziali.

¹⁴⁷ per tutti, F. TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative* cit., pp. 327 ss..

¹⁴⁸ cfr. S. VACCARI, *Atti vincolati, vizi procedurali e giudicato amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2019, p. 481, il quale rileva che quando «la convinzione in merito alla validità sostanziale del provvedimento non risulti al giudice 'palese', nella segnalata accezione di compiuta e inequivocabile auto-evidenza, allora il solo dubbio dovrebbe far pronunciare l'annullamento in quanto espressione di una chance — in termini di probabilità ('potrebbe essere diverso') — di soddisfazione successiva della pretesa nell'ambito del nuovo esercizio del potere amministrativo».

¹⁴⁹ Si vedano gli argomenti di B. DE FINETTI, *Teoria delle probabilità. Sintesi introduttiva con appendice critica*, Torino, Einaudi, 1970, vol. I, p. 226.

¹⁵⁰ F. TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative* cit., p. 314, rileva che in giurisprudenza la «ragionevolezza è principio che, non di rado, viene richiamato

possibilità di scelta riservata all'amministrazione entro i confini di quanto sia affidabile perché contenuto entro un quadro di plausibilità tecnoscienza.

Anche in questi casi, insomma, per il vaglio di validità giuridica della scelta risultano necessari l'accesso alla *black box*, e la possibilità di spiegare la consequenzialità e la non abnormità della decisione in relazione ai presupposti ed al loro trattamento¹⁵¹: insomma, l'ostacolo vero all'intelligenza amministrativa artificiale (AAI) restano la "*black box*" e la comprensibilità, non diversamente che in altre circostanze di amministrazione algoritmica, perché poi il resto è rimesso alla attendibilità della decisione algoritmica, a causa della attendibilità delle letture della realtà, delle disposizioni normative, degli indirizzi ricevuti *by design*.

L'assunto trova una insospettabile conferma nella più recente e accurata disciplina europea al riguardo, ed in particolare nell'art. 22, par. 2, del Gdpr, il quale, se è noto prevalentemente per la affermazione del "diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato", contempla anche, ed espressamente, casi in cui è possibile un provvedimento amministrativo senza alcun apporto umano¹⁵²; riportando tali prescrizioni sul piano teorico, perciò, non credo che le conoscenze del diritto amministrativo in ordine alla validità o alla invalidità delle decisioni amministrative impediscano *tout court*, per specifiche ragioni disciplinari, la decisione amministrativa algoritmica¹⁵³, a causa della sovrapposizione abbastanza evidente tra la logicità, la proporzionalità, la ragionevolezza come canoni giuridici e i percorsi utilizzabili dall'AI per la formazione delle decisioni algoritmiche; e che se ancora per un po' queste avranno difficoltà ad essere largamente usate, lo sarà, ancora una volta, per non essere ancora adeguate sul piano della XAI, per difetti di "*glass box*" e comprensibilità.

Ma dobbiamo attenderci che questi limiti possano essere superati in futuro; ed allora, completato il percorso che rende la decisione algoritmica fondata su presupposti conoscibili, attendibile, giustificabile, comprensibile, ed efficiente, capace di fornire motivazioni comprensibili a chiunque, sarà

insieme al principio di proporzionalità, in una endiadi che presenta i due principi come sostanzialmente equivalenti».

¹⁵¹ C. GIURDANELLA, E. GUARNACCIA, *Elementi di diritto amministrativo elettronico*, Matelica, Halley, 2005, p. 42, parlano di «motivazione elettronica generata, appunto, mediante l'automatizzato reperimento, collegamento e giustapposizione di norme e dati».

¹⁵² «a) quando sia necessaria per concludere o eseguire un contratto tra interessato e titolare del trattamento; b) quando sia stata autorizzata dal diritto dell'Unione o dello stato membro; c) quando vi sia il consenso esplicito dell'interessato»; l'argomento è ben colto in dottrina: per tutti, si v. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano troppo umano* cit., pp. 23 ss.; A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica* cit., p. 1174: «il diritto euronazionale, dunque, aldilà delle affermazioni di principio, è molto più favorevole all'utilizzo delle decisioni automatiche di quanto possa sembrare; ed in questo sembra più vicino all'orientamento del Consiglio di Stato che a quello del Tar, il quale, su questi temi non ammette eccezioni».

¹⁵³ F. PATRONI GRIFFI, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in www.giustiziaamministrativa.it, 2018, p. 4.

anche poco, molto poco discutibile, e potrebbe prefigurarsi uno scenario in cui per ragioni di tutela possa essere preferita ed invocata come garanzia di validità giuridica in luogo di quella umana.

Dunque, per quanto vi siano state letture prudenti in argomento, e per quanto siano in discussione problemi in ordine al principio di legalità¹⁵⁴, temo che bisogna predisporre ad accettare, sia pure in prospettiva, la possibilità della decisione completamente automatizzata, o almeno a non credere di contrastarla adeguatamente ricorrendo ad una apodittica superiorità umana nella conduzione della acquisizione dei presupposti e nella formazione dei giudizi, delle valutazioni, e dei moventi che conducono alla decisione medesima, la quale non pare aver strutturalmente bisogno dell'autorità umana¹⁵⁵, poiché la legittimazione di quella decisione, ove naturalmente avesse già ampiamente dimostrato la propria attendibilità ed affidabilità, sarebbe rimessa – come per quella umana – alla correttezza del procedimento decisionale e, ovviamente, alla previsione di legge, che può anche provare a disciplinarla, ma è probabilmente sufficiente che non la vieti¹⁵⁶, fermo restando che verrebbe ovviamente imputata alla persona giuridica di cui il decisore automatico diverrebbe necessariamente organo¹⁵⁷.

Quando ciò dovesse accadere, potrebbe essere vagliata l'ipotesi che ad impedire la piena consegna dell'amministrazione pubblica ad un'AI così tanto legittimata potrebbe rimanere il principio personalista, come traduzione costituzionale del principio di *data science* riferito all'antropocentrismo. E per vagliare l'assunto, vorrei prima proporre qualche riflessione in ordine

¹⁵⁴ V. BRIGANTE, *Evolving pathways of administrative decisions* cit., spec. pp. 145 ss.; vorrei rammentare però l'art. 12 co. 1 del Codice dell'amministrazione digitale (d. lgs. 7 marzo 2005, n. 82), il quale stabilisce che «*le pubbliche amministrazioni nell'organizzare autonomamente la propria attività utilizzano le tecnologie dell'informazione e della comunicazione per 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 agli obiettivi indicati nel Piano triennale per l'informatica nella pubblica amministrazione di cui all'articolo 14-bis, comma 2, lettera b)*».

¹⁵⁵ Come sostenuto, con argomenti comprensibili, da A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico* cit., pp. 83 e ss., che ovviamente considerava l'automazione della fine del '900, ma anche da I. MARTÍN DELGADO, *La riforma dell'amministrazione digitale* cit., p. 146, che considera che «*la macchina, ossia lo strumento informatico, rimane un mezzo al servizio del titolare dell'organo*».

¹⁵⁶ Questione complessa, che investirebbe la rilevanza del principio di legalità, da sempre discussa in dottrina: si veda, per un riferimento, A. ROMANO TASSONE, *A proposito del potere, pubblico e privato, e della sua legittimazione*, in *Dir. amm.*, 2013, pp. 559 ss.; per una ricognizione del problema in relazione all'AI cfr. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano troppo umano* cit., *passim*, e V. BRIGANTE, *Evolving pathways of administrative decisions* cit., pp. 145 ss., con ampi riferimenti dottrinari, e con un riferimento alla possibilità di collocare la capacità di decisione algoritmica nell'ambito dei poteri impliciti (*ivi*, p. 153, nt. 45).

¹⁵⁷ F. MOROLLO, *Documento elettronico fra e-government e artificial intelligence*, in www.federalismi.it, 2015, p. 27 che rileva come «*si potrebbe pensare ad un modello di responsabilità per i danni provocati nello svolgimento di un procedimento elettronico sganciato dal requisito della colpa e fondato unicamente su elementi oggettivi: in particolare, il criterio di riferimento potrebbe essere il rischio. Il rischio informatico*».

all'ipotesi teorica dell'organo algoritmico.

6. Cenni all'ipotesi dell'organo algoritmico.

La possibilità evidente di affidare in futuro integralmente a meccanismi automatici l'adozione di atti e provvedimenti amministrativi, anche solo di quelli completamente privi di alcuna valutazione, di alcun giudizio, di alcuna decisione, consente una riflessione, e soprattutto una sperimentazione, in ordine alla necessità di rivedere con qualche maggiore attenzione il tema della imputazione dell'atto amministrativo algoritmico e dei suoi effetti.

Mi sembra di poter dire che in termini teorici le ragioni che hanno consentito e determinato le tecnicità di imputazione alla persona giuridica per il tramite di esseri umani, nelle diverse teorie dell'organo, non sembrano costituire un insuperabile baluardo di fronte ad un intervento così esaustivo ad opera di un meccanismo in grado di – e dunque pienamente legittimato a – adottare l'atto in termini compiutamente legittimi, corrispondenti cioè al disposto normativo senza grandi possibilità di discussione.

E potrebbe non tardare la consapevolezza che, prendendo in esame la soluzione teorica più diffusa ai nostri giorni, l'immedesimazione organica funzioni dal punto di vista giuridico anche senza essere umano, almeno sul lato che riesce ad inferire sull'imputazione, posto che non mi sembra presenti grandi difficoltà ricondurre l'atto integralmente di AI alla persona giuridica che ne abbia attribuzione¹⁵⁸.

Se infatti l'agente amministrativo, il pubblico ufficiale, non fosse più qualcuno, ma *qualcosa*¹⁵⁹, molto può cambiare, ma non tanto sul piano della meccanica che consente l'imputazione dell'atto alla persona giuridica, per la quale, se non sbaglio, ben prima dell'avvento dell'"infosfera" si utilizzavano paradigmi di "artificialità" a giustificare non solo le soluzioni tecniche per dotarla di capacità giuridica e di agire¹⁶⁰, ma anche (e forse soprattutto) per imputarle la responsabilità principale di atti e comportamenti¹⁶¹. In più, per l'organo di una amministrazione pubblica, anche in confronto al funzionario umano si è ampiamente rinunciato ai suoi apporti individuali, incentrando le teorie sulla validità giuridica degli atti amministrativi prescindendo molto dal-

¹⁵⁸ Argomento non considerato da V. BRIGANTE, *Evolving pathways of administrative decisions* cit., p. 156, allorché nota che «*the imputation link is interrupted, since the law does not confer to algorithm the power to adopt a decision, but confers it to the person responsible for the procedure (natural person) who in this case does not act*»; anche se poi «*for a different view, which may legitimize the use of automated decisions, it can identify a second-degree legitimacy (in terms of legality), because it should allow (by law) administrative authority to which the power has been conferred, to be able to use software to make administrative decisions*».

¹⁵⁹ cfr. *supra*, nt. 6.

¹⁶⁰ B. SORDI, *Rappresentanza, organo, organizzazione: l'itinerario del diritto amministrativo*, in *Quad. Fior.*, 2008, p. 187, parla di "metafora organicistica".

¹⁶¹ Cfr., da ultimo, M. C. CAVALLARO, *Immedesimazione organica e criteri di imputazione della responsabilità*, in *Questa Riv.*, 2019, p. 45: «*il principio dell'immedesimazione organica è servito come criterio di imputazione della responsabilità, consentendo di imputare l'atto adottato dall'organo direttamente all'amministrazione di appartenenza*».

la volontà personale¹⁶², insistendo sulla formazione procedimentale della decisione e dell'atto¹⁶³, e scorgendovi una "volontà procedimentale"¹⁶⁴.

Insomma, come abbiamo visto le menzionate difficoltà di XAI, e quelle connesse alla complessità dei contatti di alcune attività amministrative, incidendo sulla capacità di procedere compiutamente alla formazione della "volontà procedimentale", impediscono oggi la possibilità dell'organo algoritmico, per ragioni di validità giuridica delle sue decisioni; tuttavia qualora tali difficoltà fossero superate, potrebbero subentrare argomenti di buon andamento e, per certi aspetti, di imparzialità¹⁶⁵ che, uniti alle tecniche

¹⁶² E ciò anche sul piano della rilevazione della colpa: cfr. R. CARANTA, *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione: sistemi e tecniche*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 61; in giurisprudenza, da ultimo, si veda Cons. Stato, sez. III, 15 maggio 2018, n. 2882.

¹⁶³ Sulle "interazioni fra tanti diversi soggetti pubblici", le "coalizioni decisionali", i processi di negoziazione, ed i conflitti strategici che arricchiscono i processi di formazione della "volontà pubblica" si vedano, rispettivamente, L. TORCHIA, *Teoria e prassi delle decisioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 2017, pp. 1 ss.; M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, Giappichelli, 1996; S. CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, p. 601 ss., G. NAPOLITANO, *Conflicts and Strategies in Administrative Law*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2014, pp. 357 ss.; ciò rende discutibile l'argomento di I. MARTÍN DELGADO, *La riforma dell'amministrazione digitale: Un'opportunità per ripensare la pubblica Amministrazione*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI E L. TORCHIA (a cura di), *La tecnificazione cit.*, p. 146, per cui «il nesso che unisce la realizzazione materiale dell'attività e l'organizzazione personificata è il titolare dell'organo amministrativo al quale è attribuita la competenza esercitata»; come lo stesso A. riconosce, «l'imputazione non smette di essere una finzione normativa». Per di più, all'assunto che l'organo «continua ad essere integrato da persone fisiche aiutate da mezzi materiali e retto dal suo titolare» potrebbe troppo facilmente obbiectarsi che ciò è stato fino a che non vi sia stata una pratica soluzione alternativa.

¹⁶⁴ Per tutti, così A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato giurisdizionale*, Milano, 1987, p. 18; si deve ribadire qui che non ci si occupa dei servizi pubblici, per i quali la questione assume rilievi diversi: cfr., ad es., A. PIOGGIA, *Salute, diritti e responsabilità medica: una storia italiana*, in *Dir. amm.*, 2018, pp. 517 ss.; M. C. CAVALLARO, *Potere amministrativo e responsabilità civile*, Torino, Giappichelli, 2004.

¹⁶⁵ Argomento su cui c'è vasta convergenza: ad es., si v. L. CASINI, *Lo Stato nell'era di google*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, p. 1141: «l'uso di algoritmi può spesso portare benefici al processo decisionale, per esempio eliminando componenti soggettive che possono anche produrre esiti imparziali»; G. ORSONI, E. D'ORLANDO, *Nuove prospettive dell'amministrazione digitale cit.*, p. 605: «i vantaggi derivanti dall'uso di algoritmi nei processi decisionali della pubblica amministrazione sono comunque innegabili ed evidenti: la notevole riduzione della durata dei procedimenti nei casi di operazioni meramente ripetitive, prive di discrezionalità o comunque altamente vincolate; l'esclusione di interferenze dovute a condotte non corrette della componente umana; la maggiore garanzia di imparzialità della decisione. Trattasi peraltro di esiti conformi ai principi di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa (art. 1, l. n. 241/1990) i quali, norme interposte rispetto al principio costituzionale di buon andamento (art. 97 Cost.), impongono all'amministrazione il conseguimento dei propri fini con il minor dispendio di mezzi, risorse, adempimenti e tempo»; G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, Napoli, 2019, p. 14: «i risultati cui perviene l'analisi algoritmica tendono ad essere considerati in sé prevedibili e precisi, e ciò soddisfa il bisogno o l'aspirazione alla certezza giuridica, lascito della modernità politica e divenuta così cruciale nei rapporti tra cittadini e amministrazione nella società contemporanea e nel mercato»; cfr. anche A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica cit.*, pp. 1169 ss.; V. BRIGANTE, *Evolving pathways of administrative decisions cit.*, p. 135; D.-U. GALETTA, *La Pubblica Amministrazione nell'era delle ICT: sportello digitale unico e Intelligenza Artificiale al servizio*

di immedesimazione, ed ai criteri di preposizione basati sulla capacità e la affidabilità, potrebbero spianare la strada alla sua ammissibilità e, secondo certi orientamenti, persino ad una desiderabilità dell'organo algoritmico e di decisioni automatiche, perché più attendibili, e per certi aspetti perciò più legittimate.

Queste soluzioni tecniche favoriscono l'ammissibilità teorica della percezione in questo meccanismo decisionale di un organo in senso tecnico, che probabilmente potrebbe costituire una terza forma organicistica, *l'organo algoritmico*, che si aggiungerebbe alle altre due tradizionali è integralmente umane, quelle degli organi collegiali e monocratici.

L'organo algoritmico si presenterebbe utilizzando il già noto effetto di imputazione dell'atto e dei suoi effetti alla persona giuridica di cui sia organo¹⁶⁶, la progressiva formazione procedimentale della decisione ed il riversamento in un atto con strutture tipiche, che non hanno bisogno della natura umana per funzionare in termini oggettivi; a prima vista, insomma, l'ipotesi teorica dell'organo algoritmico avrebbe solo bisogno di un assetto per ciò che concerne l'ampio discorso della sua responsabilità, sia nei confronti dell'ente che dei terzi¹⁶⁷.

La questione è talmente tanto incombente che il Parlamento europeo, con risoluzione del 16 febbraio 2017 recante "raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica" (2015/2103(INL)), ha invitato la Commissione alla «*istituzione di uno status giuridico specifico per i robot nel lungo termine, di modo che almeno i robot autonomi più sofisticati possano essere considerati come persone elettroniche responsabili di risarcire qualsiasi danno da loro causato, nonché eventualmente il riconoscimento della personalità elettronica dei robot che prendono decisioni autonome o che interagiscono in modo indipendente con terzi*» (punto 59 f).

Tuttavia, ad un più accurato sguardo, l'organo algoritmico risentirebbe inevitabilmente di quanto abbiamo osservato in ordine alla complessità delle decisioni discrezionali, e delle valutazioni, delle percezioni, dei giudizi istruttori; la formazione della volontà "procedimentale" riversa, insomma, sulla teoria dell'organo amministrativo, e dunque anche su quello algoritmico, tutte le difficoltà non solo della adeguatezza istruttoria, ma anche della

della trasparenza e dei cittadini?, in *Cyberspazio e Diritto*, 3, 2018; E. CARLONI, *L'amministrazione aperta. Regole strumenti limiti dell'open government*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2014, p. 20; C. COGLIANESE, D. LEHR, *Regulating by robot: Administrative decision making in the machine-learning era*, in 105 *The Georgetown Law Journal*, 2016, pp. 1152 ss.

¹⁶⁶ B. BARMANN, *La responsabilità della Amministrazione per il cattivo funzionamento dei sistemi informatici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, p. 400: «nel momento in cui le tecnologie informatiche vengono utilizzate dalle amministrazioni, divengono parte integrante dell'organizzazione. Conseguentemente, l'amministrazione deve essere responsabile del corretto funzionamento delle stesse. Difatti, gli obiettivi che con la digitalizzazione si intendono perseguire risulterebbero frustrati se non fosse previsto un adeguato sistema di responsabilità delle amministrazioni in relazione al loro funzionamento».

¹⁶⁷ Non mancano già molti studi e proposte al riguardo: ad es. cfr. U. RUFFOLO, *Intelligenza artificiale, machine learning e responsabilità da algoritmo*, in *Giur. it.*, 2019, p. 1689 ss..

partecipazione degli interessati¹⁶⁸, della possibilità di accordarsi con taluni di essi, di dover dialogare con altre amministrazioni¹⁶⁹, provando a raggiungere intese e concerti, di dover reagire a tutela di un interesse pubblico, di dover contemplare programmi¹⁷⁰ ed indirizzi strategici¹⁷¹, e così via.

7. AI “antropocentrica” e principio personalista: le questioni di merito.

Ma soprattutto osterebbe ad una soluzione del genere la emersione anche nel diritto amministrativo del principio personalista, che in relazione agli organi rileva particolarmente nei momenti di preposizione, di valutazione, e anche nelle rilevanze decisionali, oltre che per il trattamento dei risultati del suo lavoro¹⁷²; il punto può rappresentare un rilevante percorso di studio in ordine alla possibile convergenza tra il principio personalista della Costituzione italiana e l'orientamento “antropocentrico” dell'AI auspicata nelle strutture così dette etiche della *data science*¹⁷³.

Non va trascurato che nell'amministrazione pubblica è spesso imposta la considerazione degli interessi di molti, o comunque di più d'uno, nelle decisioni¹⁷⁴, e questa presenza di “altri” è un connotato proprio della decisione discrezionale, secondo alcuni la ragione stessa del rilascio ad organi amministrativi di ambiti decisionali¹⁷⁵. L'argine ad una piena consegna

¹⁶⁸ L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo* cit., pp. 15 ss., conduce un'analisi della giurisprudenza disponibile al riguardo, rilevando «come il corso dell'evoluzione giurisprudenziale non sia per nulla stabilizzato ed occorra tornare a ragionare, in termini concreti, sulla tematica della partecipazione all'attività amministrativa svolta in ambiente informatico».

¹⁶⁹ V. BRIGANTE, *Evolving pathways of administrative decisions* cit., p. 104, ritiene che l'utilizzo a pieno regime dei database renderebbe obsoleto il meccanismo della conferenza di servizi, nel senso che «*the flow of data and the relative knowledge of the reality that derives from it (provided that interconnected databases and administrations are ready to use them) can be the pretext for making the conference the place of intersection of different interests for which it was introduced and regulated*».

¹⁷⁰ R. DIPACE, *L'attività di programmazione come presupposto delle decisioni amministrative*, in *Dir. soc.*, 2017, pp. 64 ss..

¹⁷¹ M. D'ANGELOSANTE, *La consistenza del modello dell'amministrazione “invisibile” nell'età della tecnificazione* cit. p. 162, osserva quanto la macchina sia elemento irreversibilmente «*svicolato da un sistema esponenzialmente più ampio che lo governa*».

¹⁷² Ho trattato taluni di questi temi in P. Forte, *Enzimi personalisti nel diritto amministrativo*, in questa Rivista, n. 1/2017, pp. 63 ss.; ma si veda anche A. PIOGGIA, *Le persone come risorsa strategica nell'amministrazione dello sviluppo sostenibile*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, pp. 1055 ss.

¹⁷³ Scorge un “meta-principio antropomorfo” ricavabile dall'ordinamento giuridico vigente S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano troppo umano*, cit., p. 33 e *passim*.

¹⁷⁴ «*L'apertura al fatto, come caratteristica della decisione, significa, prima di tutto (con riguardo alla persona - alle persone), il lasciar essere gli altri nelle possibilità della decisione stessa, cioè di quella particolare decisione*»: così M. BELLAVISTA, *Alcune riflessioni in tema di diritto giurisprudenziale e formazione della decisione amministrativa*, in AA. VV., *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, Padova, Cedam, 2016, p. 133; per una recente indagine incentrata su ciò si v. M. MAGRI, *L'interesse legittimo oltre la teoria generale. Neutralità metodologica e giustizia amministrativa*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2017, *passim*.

¹⁷⁵ Si vedano i basilari argomenti di G. PASTORI, *La burocrazia*, Padova, Cedam,

dell'amministrazione pubblica alla gestione automatica, a quel punto, rimarrebbe insomma confinato proprio nel principio personalista, letto come misura per mantenere un uso antropocentrico dell'AI: il rispetto di quel principio potrebbe cioè pretendere che l'AI debba rimanere al servizio della sovranità umana, e dunque rimanga sotto "sorveglianza umana"¹⁷⁶.

E ciò perché, in fin dei conti, nel fenomeno dell'amministrazione pubblica il principio personalista si rivela particolarmente attivo in quell'area decisionale che in Diritto viene definita "il merito", il buco della ciambella di Dworkin¹⁷⁷, assediato – come visto – dalle sempre più raffinate e pressanti condizioni giuridiche decisionali che incidono come misure di validità sui veri e propri contenuti della decisione, che afferiscono a materiali logici condivisibili con una intelligenza artificiale. Il merito, insomma, dove c'è può rappresentare il territorio non condivisibile con le macchine, dove la decisione umana e quella automatica potrebbero divergere indipendentemente dalle evoluzioni tecniche e tecnologiche.

Invocando il concetto di "merito amministrativo" non si deve trascurare che esso è un'area decisionale pur sempre dipendente dal procedimento: quale che ne sia il significato, entrando "nel merito" il decisore esprime se stesso nella funzione o nel servizio che sta conducendo¹⁷⁸, incaricato a ciò in base a legge, ma non in termini irrelati, individuali (come nell'autonomia privata classica), dato che le finalità del suo agire non solo sono esplicite e stabilite in base a legge, ma soprattutto sono sempre umane (gli interessi pubblici, qualunque idea se ne abbia, sono inerenti a bisogni

1967, spec. pp. 409 e ss.; ma anche.

¹⁷⁶ nel documento *Orientamenti etici per un'IA affidabile* cit., pp. 15 ss., l'intervento umano e la sorveglianza umana sono considerati elementi dell'"affidabilità dell'AI"; e viene ricondotto al primo «il diritto di non essere sottoposti a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato quando questa produca effetti giuridici sugli utenti o qualora incida in modo analogo significativamente su di loro», mentre alla seconda sono riportati tre approcci: «con intervento umano (human-in-the-loop - HITL), con supervisione umana (human-on-the-loop - HOTL) o con controllo umano (human-in-command - HIC). [...] Occorre inoltre garantire che le autorità pubbliche competenti abbiano la capacità di esercitare la sorveglianza in conformità al loro mandato. Potrebbero essere necessari meccanismi di sorveglianza a vari livelli a sostegno di altre misure di sicurezza e di controllo, a seconda del settore di applicazione del sistema di IA e del rischio potenziale. A parità di condizioni, minore è la sorveglianza che un essere umano può esercitare su un sistema di IA, maggiore è la necessità di prove esaurienti e di una governance rigorosa» (*ibidem*, p. 18).

¹⁷⁷ v. *retro*, nt. 133.

¹⁷⁸ La dimensione soggettiva della quota decisionale di merito è ampiamente rilevata in letteratura: ad es., si vedano A PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, Giuffrè, 1964, p. 85 (le decisioni «fondano e possono solo fondare su giudizi di carattere singolare»); B. G. MATTARELLA, *Discrezionalità amministrativa*, in *Dizionario di diritto pubblico*, dir. da S. CASSESE, III, Milano, Giuffrè, 2006, p. 1993: «questa scelta è soggettiva, e, quindi, insindacabile, semplicemente perché mancano parametri oggettivi per affermare o negare che la soluzione scelta dall'amministrazione è migliore della altre». Si prescinde, qui, dalla questione del merito come "interpretazione" delle norme rilevanti per il caso concreto, su cui si veda, di recente, B. GILBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, Cedam, 2013, spec. pp. 58 e ss., con ampie indicazioni dottrinarie.

umani¹⁷⁹), e che oltre ai controlli della validità giuridica, sussistono quelli della sovranità che è, appunto, umana, in tutte le forme che la Costituzione prevede, a partire dai diritti fondamentali “inviolabili”¹⁸⁰.

Più precisamente, il canone della validità giuridica di fronte a decisioni discrezionali si può attestare in termini di standard, mediante “concetti limite”, trattenendosi entro i confini dei quali la decisione non è sindacabile in termini giuridici, pur rimanendo ampiamente discutibile in altri termini, ed opinabile; all'interno di questo perimetro, perciò, l'area decisionale può apparire libera (pur non essendo tale in assoluto), e cioè totalmente nelle mani del decisore, nel senso che al decisore spetta per intero la misura della ragionevolezza, della proporzionalità, dell'adeguatezza della decisione, poiché ad altri (e segnatamente al giudice) può spettare, al massimo, la rilevazione della sua irragionevolezza, della sua sproporzione, della sua inadeguatezza come canoni di invalidità giuridica¹⁸¹.

S'è vista la vicinanza tra gli assetti giuridici e quelli di AI in ordine alla necessità di riferirsi nella maniera più compiuta ad una base cognitiva reale, e di utilizzare gli elementi che essa fornisce – dati ed informazioni – nella formazione della decisione; ma qui, proprio in questo passaggio, si annida la possibilità di scorgere una differenza tra trattamento umano ed artificiale, non tanto per il fatto che i dati, di per se', siano “muti”¹⁸², quanto che nella comprensione, nel significato, nel senso da dare agli elementi di base consi-

¹⁷⁹ «Anche i bisogni sociali e collettivi sono, in ogni caso, sentiti da individui»: così già C. LAVAGNA, *Diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè 1957, p. 66; ciò spiega come, già da tempo, si sia consolidata l'idea dell'interesse pubblico «in concreto», come «risultante», «arbitro» di interessi reali e personali, che emerge con il procedimento e il confronto tra chi vi partecipa a vario titolo: tra altri, si vedano V. OTTAVIANO, *Appunti in tema di amministrazione e cittadino nello Stato democratico*, in AA. VV., *Studi in onore di M.S. Giannini*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 385; F. G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, p. 1070; N. PAOLANTONIO *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, Cedam, 2000, p. 100; A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 284 ss..

¹⁸⁰ L. R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir. pubbl.*, 2013, pp. 61 ss.

¹⁸¹ F. TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative* cit., p. 329: «contrariamente a quello che l'espressione suggerisce, la verifica della ragionevolezza nei giudizi che applicano concetti giuridici indeterminati si risolve dunque nella rinuncia alla ragionevolezza: affinché l'opinione del giudice non prevalga sull'opinione dell'amministratore, il parametro giudiziale della ragionevolezza è soddisfatto se l'apprezzamento dell'amministrazione non è manifestamente irragionevole. Nel momento stesso in cui dichiara che l'azione amministrativa è soggetta al principio di ragionevolezza, il giudice si astiene dalla valutazione secondo ragionevolezza, perché soltanto l'irragionevolezza manifesta è oggetto di un possibile “accertamento” giudiziale. Così oggettivato, il principio di ragionevolezza si trasforma in regola, la cui applicazione risponde allo schema alternativo osservanza/inoservanza, e risulta osservato se la valutazione dell'amministrazione non è abnorme»; ma, per una lettura speculare che ne chiude il cerchio, si veda anche A. ROMANO TASSONE, *Sulla vicenda del concetto di “merito”*, in *Dir. amm.* 2008, p. 552: il vizio di merito sia dà «solo nel senso che il controllore può soggettivamente disapprovarlo, ma non nel senso che esso sia intrinsecamente ed oggettivamente affetto da una qualche imperfezione».

¹⁸² A. MASUCCI, *Il documento informatico. Profili ricostruttivi della nozione e della disciplina*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 755.

ste il cuore stesso della decisione discrezionale¹⁸³.

Ed è qui, perciò, che si può esaminare l'ipotesi per cui un'AI *antropocentrica* debba essere *personalistica*, cioè condurre a decisioni provenienti da una persona, da qualcuno e non da qualcosa, perché rivolte a qualcuno, e non a qualcosa; dato che quell'area decisionale non può essere sindacata in termini giuridici, ma rimane esercizio di discrezionalità¹⁸⁴, deve essere trattata in termini corrispondenti a ciò cui si riferisce: bisogni umani, interessi umani, aspettative umane¹⁸⁵. Detto in altri termini, in prospettiva *antropocentrica/personalistica*, ogni qual volta va pronunciata l'ultima parola amministrativa, essa deve essere umana.

Se a ciò si aggiunge che, a stare a numerosi studi sul piano costituzionale, il cardine scivoloso che unisce e può far confondere legittimità e merito, ovvero la ragionevolezza, è trattata come una forma di valutazione della giustizia della decisione¹⁸⁶, il cerchio dell'ipotesi teorica si chiude: umano il sovrano, umano il fine, umano il funzionario, umana la decisione. Perché, alla fine, si discute di giustizia umana.

8. Sandbox dell'intelligenza artificiale amministrativa: l'amministrazione androide.

Pur con queste condizioni, appare evidente la necessità di predisporre occasioni di sperimentazione e verifica dei sistemi di AI applicabili ai procedimenti amministrativi, esigenza del resto già evidenziata in termini più ampi nella risoluzione del 16 febbraio 2017 con cui il Parlamento europeo ha raccomandato alla Commissione di “elaborare criteri uniformi in tutta l'Unione, che i singoli Stati membri dovrebbero utilizzare per identificare le aree in cui autorizzare gli esperimenti con robot, nel rispetto del principio di precauzione”¹⁸⁷. Ma più in generale l'amministrazione pubblica italiana deve reagire al “morbo di Baumol”¹⁸⁸, e bisogna avere chiaro che una resi-

¹⁸³ V. BRIGANTE, *Evolving pathways of administrative decisions* cit., p. 89, rinviene un «*real risk [...] about the flattening of administrations on acquired data, which would imply a further contraction of the preliminary phase. The decision taken on the basis of data acquired (obviously by other public administrations) and not verified in terms of reliability and updating could be annulled due to excess of power under article no. 21 octies of the law on administrative proceedings*».

¹⁸⁴ G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amm.*, 1987, pp. 3165 ss.; B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo* cit., *passim*.

¹⁸⁵ Tornano qui utili anche le riflessioni sulla rilevanza dell'“idem sentire collettivo” per la valutazione di ragionevolezza della decisione amministrativa: cfr. A. ROMANO TASSONE, *Sulla vicenda del concetto di “merito”* cit., p. 547.

¹⁸⁶ Osservazione molto diffusa nell'indagine sulla giurisprudenza costituzionale: cfr., fra altri, A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 117; A. CELOTTO, *Articolo 3, 1° comma*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, Utet, 2006, pp. 83 ss.

¹⁸⁷ Sull'importanza della sperimentazione delle tecnologie robotiche in ambiti reali cfr. E. STRADELLA, *La regolazione della Robotica e dell'Intelligenza artificiale* cit., pp. 85 ss..

¹⁸⁸ Per una recente analisi del problema dei costi pubblici e della resistenza ad aumentare la produttività mediante innovazioni tecnologiche (analizzato sin dallo studio di

stenza alla intelligenza amministrativa artificiale può consistere al massimo in un rallentamento¹⁸⁹; l'adozione di una sperimentazione controllata è positiva per tutti gli attori coinvolti, ma è anche necessaria per settare al meglio i processi di *machine learning*, per consentire accurate acquisizioni delle variabili e delle tipologie di oggetti utili per le singole operazioni¹⁹⁰, e ridurre errori di *training* e di definizione di scenari ed obiettivi (alcuni anche molto dettagliati e specifici¹⁹¹).

Sul piano dell'organizzazione amministrativa, ciò potrebbe significare trattenere l'AI nelle fasi di analisi, valutazione e proposta delle decisioni e degli atti, e dunque che essa possa, al massimo, intervenire nelle attività del responsabile del procedimento (che, notoriamente, non è in sé un modello di organo); dal punto di vista strutturale, il responsabile del procedimento non è il decisore, anche quando (la legge lo consente) le due funzioni – l'istruire ed il provvedere – siano condotte dalla medesima persona, e dunque è possibile – lo si è notato – trattare in termini distinti i compiti connessi ad avviare, istruire, avvisare di intenzioni di diniego, proporre decisioni ed atti, e trattenere le decisioni ed i provvedimenti nell'esclusiva com-

W.J. BAUMOL, W.G. BOWEN, *Performing arts: the economic dilemma*, Cambridge Mass., MIT Press, 1966), si veda W.J. BAUMOL, *The free-Market Innovation Machine: Analysing the Growth Miracle of Capitalism*, Princeton, Princeton University Press, 2002; ma una rilevanza simile si può rinvenire in M. CROZIER, *Il fenomeno burocratico. Il significato della burocrazia nelle organizzazioni moderne*, trad. it. Milano, Etas, 1991, spec. p. 217. Questi (ed altri) argomenti sono considerati nel recentissimo studio di M. CLARICH, *Riforme amministrative e sviluppo economico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, pp. 159 ss..

¹⁸⁹ cfr. i “*Core Skills for Public Sector Innovation*” proposti dall'Ocse nel 2017 (reperibili https://www.oecd.org/media/oecdorg/satellitesites/opsi/contents/files/OECD_OPSI-core_skills_for_public_sector_innovation-201704.pdf, p. 8): «*iteration: incrementally and experimentally developing policies, products and services; data literacy: ensuring decisions are data-driven and that data isn't an after thought; user centricity: public services should be focused on solving and servicing user needs; curiosity: seeking out and trying new ideas or ways of working; storytelling: explaining change in a way that builds support; insurgency: challenging the status quo and working with unusual partners*». In argomento si vedano le riflessioni di S. CASSESE, *Amministrazione pubblica e progresso civile*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, pp. 141 ss.

¹⁹⁰ S. BAROCAS, A. D. SELBST, *Big Data's disparate impact*, in 104 *Calif Law Rev* 671, p. 678: «*by exposing so-called "machine learning" algorithms to examples of the cases of interest (previously identified instances of fraud, spam, default, and poor health), the algorithm "learns" which related attributes or activities can serve as potential proxies for those qualities or outcomes of interests*».

¹⁹¹ Si pensi ai «*redundant encodings*», cases in which membership in a protected class happens to be encoded in other data. This occurs when a particular piece of data or certain values for that piece of data are highly correlated with membership in specific protected classes»: così S. BAROCAS, A. D. SELBST, *Big Data's disparate impact* cit., p. 692; è probabilmente dovuto ad un *bias* del genere l'abnorme effetto rilevato nei sistemi relativi alla libertà vigilata per gli afro-americani, e l'invio di forze di polizia nei quartieri ad alta densità afro-americana: cfr. L. MELIANI, *Machine Learning at PredPol: Risks, Biases, and Opportunities for Predictive Policing*, in <https://rctom.bbs.org/submission/machine-learning-at-predpol-risks-biases-and-opportunities-for-predictive-policing/>; J. ANGWYN ET AL., *Machine bias: There's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks*, *ProPublica*, May 23, 2016 <https://www.ProPublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>.

petenza di un organo umano, il quale, come da normativa già vigente, può discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento indicandone la motivazione nel provvedimento finale (arg. ex art. 6 L. n. 241/1990).

La sperimentazione, al riguardo, consentirebbe di saggiare le preoccupazioni emerse in letteratura circa la possibile sudditanza del funzionario umano chiamato a comprendere, valutare e eventualmente correggere i risultati del lavoro preparatorio di AAI¹⁹², addestrando cioè anche il lato umano della relazione interna con essa, sia sul piano tecnico e tecnologico, sia sul piano delle modalità e delle abitudini di verifica del lavoro compiuto dalla macchina, sviluppando capacità specifiche di rilevazione dei *bias* e, più in generale, di trattamenti non ritenuti pertinenti; ed infine a mantenere la consapevolezza della responsabilità umana e, per conseguenza, anche del potere che vi è connesso.

La prassi amministrativa ha già acquisito, e non da ora, alcune abitudini al riguardo; basti pensare e come avviene la comunicazione di avvio del procedimento sanzionatorio per violazione dei limiti di velocità veicolare, affidata a cartelli che avvisano dell'automazione della rilevazione del fatto¹⁹³, per comprendere che le disposizioni vigenti sono già in grado di contemplare l'obbligo di informare gli interessati nel caso in cui si trovino a dover interagire con un agente non umano¹⁹⁴, obbligo ora precisato dall'art 13 del Gdpr¹⁹⁵.

¹⁹² P. OTRANTO, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.* cit., pp. 24 e ss. corroborata anche da J-B. AUBY, *Il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali* cit., p. 624: «uno studio lo conferma dimostrando che la digitalizzazione delle procedure ha fortemente cambiato le relazioni di potere all'interno di numerose amministrazioni. Sistemisti e progettisti di software sono diventati protagonisti» e menziona M. BOVENS, S. ZOURIDIS, *From street level to system level bureaucracies. How It is transforming administrative discretion and constitutional control*, in *Public Administration Review*, 2, 2002, pp. 174-184; anche A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica* cit., p. 1187, rileva che «ogniquale volta un automatismo decisionale viene inserito in un procedimento deliberativo, l'automatismo tende a "catturare" la decisione, o quantomeno a rendere estremamente difficile prescindere». S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano troppo umano* cit., p. 27: «si pensi all'esempio suddetto del rilascio del porto d'armi. Se, in ipotesi, alla profilazione del richiedente l'autorizzazione si conferisse soltanto valenza istruttoria, di supporto alla decisione, dinanzi a un algoritmo da cui risultasse che una certa persona è inaffidabile su che cosa potrebbe basarsi il funzionario competente a emanare il provvedimento per concludere in senso opposto? E dinanzi al rischio di compiere valutazioni errate chi si assumerebbe la responsabilità di contraddire l'IA? Come si vede la distinzione tra algoritmo che supporti il decisore e algoritmo che decida esso stesso è meno piana di quanto non sembri a prima vista».

¹⁹³ l'art. 142, comma 6 bis, del Codice della strada dispone che «le postazioni di controllo sulla rete stradale per il rilevamento della velocità devono essere preventivamente segnalate e ben visibili, ricorrendo all'impiego di cartelli o di dispositivi di segnalazione luminosi, conformemente alle norme stabilite nel regolamento di esecuzione»; in argomento, da ultimo, si veda Cass. civ., sez. II, sent. 22 gennaio 2019, n. 1661.

¹⁹⁴ che è uno degli auspici delle *Proposte per una strategia italiana per l'intelligenza artificiale* cit., seppure rivolto sempre a «i soggetti che commercializzano servizi utilizzando sistemi di AI», e a «l'utente» (p. 42).

¹⁹⁵ e d'altronde non è stato difficile trattare i casi in cui l'amministrazione abbia deciso di avvalersi di un sistema telematico di accettazione di istanze procedurali, afflitte da malfunzionamenti: l'interessato non potrà subire conseguenze negative da che non di-

La costruzione di sistemi di sperimentazione consentirebbe inoltre un importante lavoro di ricerca comune tra diritto amministrativo e data science in ordine alla XAI, alle modalità con cui le decisioni automatiche possano diventare provvedimenti amministrativi validi sul piano giuridico, rendendo meno avventurosa la transizione verso il *fully digital government*, altrimenti, come visto, non ancora possibile, anche per ragioni connesse alla trasparenza, alla motivazione, alla riconoscibilità dei caratteri di ragionevolezza.

Per funzionare come *sandbox*, ed allo stesso tempo per preservare i caratteri menzionati, sino a che l'intelligenza artificiale non riuscirà a rendere intellegibili all'uditorio ampio della pubblica amministrazione criteri, valutazioni, elementi dell'istruttoria, e tradurli in motivazioni che non siano mere giustificazioni, l'AI potrebbe comunque essere impiegata nel lavoro istruttorio, sotto forma di "attività di supporto" al responsabile del procedimento umano, secondo il modello già disposto per i contratti pubblici dai commi 7, 8 e 9 dell'art. 31 del d. lgs. n. 50/2016¹⁹⁶.

Ciò consentirebbe di usare i metodi multicriteriali di AI con un approccio HTTL (*human-in-the-loop*) durante l'istruttoria, consentendo cioè un intervento del responsabile umano del procedimento nel processo istruttorio di analisi e – se necessario – di valutazione, definendo i criteri, e le preferenze, le cautele, non solo *by design*, ma anche con una vera e propria inter-relazione nella sequenza evolutiva del processo decisionale; ma anche di selezionare ed impiegare modelli di *machine learning* nella conduzione di istruttorie complesse, sia per operazioni singole, che in via stabile (nel codice dei contratti pubblici una struttura stabile a supporto dei RUP può essere posta anche alle dirette dipendenze del vertice della pubblica amministrazione di riferimento), mantenendo inalterate le funzioni, le responsabilità ed i compiti del responsabile umano del procedimento, anche in ordine alle comunicazioni dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, ed alle proposte di provvedimento all'organo competente per l'adozione, secondo le disposizioni degli artt. 10-bis e 6, co. 1, lett. e), e co. 2, L. n. 241/1990, e dunque con approccio HIC (*human-in-command*) per la conclusione decisionale con il provvedimento.

Gli incarichi a supporto dell'attività del responsabile del procedimento andrebbero conferiti secondo le procedure stabilite per i contratti pubblici, consentendo non solo la selezione dei modelli, ma anche le modalità per la definizione degli input e dei criteri in ordine alle modalità di intelligibilità della *black box*, e la definizione del piano delle responsabilità in capo agli affidatari, facilitate in considerazione del regime giuridico dei dati; inoltre gli affidatari, sempre seguendo lo schema già sperimentato per i contrat-

pendano da una sua negligenza, per effetto di principi e disposizioni già vigenti: cfr. A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica* cit., pp. 1149 ss.

¹⁹⁶ Non diversamente V. BRIGANTE, *Evolving pathways of administrative decisions* cit., pp. 102 ss.

ti pubblici, dovrebbero essere dotati di adeguata polizza assicurativa.

L'utilizzo prudente dell'AI nelle funzioni istruttorie consentirebbe però di aumentare le capacità, le abitudini, i meccanismi di auto apprendimento, che possano addestrare i sistemi automatici ad assumere in prospettiva compiti sempre più estesi ed affidabili di *responsabile del procedimento algoritmico*; e non si può anzi escludere che, in un futuro troppo lontano, la percezione possa capovolgersi, ovvero che anche una istruttoria condotta in termini umani possa essere ritenuta inadeguata a causa dei suoi limiti intrinseci, in confronto all'enorme possibilità di acquisizione e computo offerte dalle medesime operazioni condotte con macchine ed algoritmi¹⁹⁷.

Non va poi trascurato, sempre nell'ottica della *Data science*, che abbiamo sviluppato un raffinatissimo meccanismo, cui siamo talmente abituati che finiamo per trattarlo in una percezione tutto sommato minore, allorché diamo per scontato che difetti nel trattamento logico della relazione tra il predecisionale e la decisione costituisca un'invalidità giuridica, che abilita cioè una sanzione tecnica che può condurre all'eliminazione dell'atto, persino con effetti retroattivi. Non sempre ci rendiamo conto che ciò consente, in termini più astratti, e meno specialistici, di intervenire, prevenendola e reprimendola, la decisione *sbagliata*, e di accumulare, mediante un repertorio casistico, e cioè un raduno di esperienza empirica, le categorie di circostanze in cui la decisione è convenzionalmente ritenuta sbagliata.

Questo aspetto può essere preziosissimo per gli sviluppi dell'amministrazione algoritmica; dentro questa tecnica, infatti, risiede la ragione intima di ogni tutela giuridica di fronte all'azione unilaterale dell'amministrazione pubblica, dato che non basta essere lesi in un proprio interesse per inibire o pretendere la modifica della decisione, ma occorre che questa lesione sia dovuta ad un cattivo trattamento di quella relazione

¹⁹⁷ M. FALCONE, *"Big data" e pubbliche amministrazioni: nuove prospettive per la funzione conoscitiva pubblica* cit., p. 608, rileva come «il fenomeno dei big data, al di là della sua difficile definizione, sta producendo anche un rilevante cambiamento nell'approccio alla gestione dei dati, alla "cultura del dato", riconducibile al progressivo passaggio da una logica di governo dei dati basata sugli small data ad una logica di governo dei dati basata sui big data: da una logica per cui era necessario governare e valorizzare i dati limitati che si erano raccolti — rappresentativi della realtà, in quanto era possibile raccogliere soltanto una quantità limitata di dati rispetto alla realtà delle cose — si è passati ad una logica per cui è necessario raccogliere e governare tutti i dati possibili, dati che presumibilmente si avvicinano molto alla totalità dei dati ricavabili, fondamentalmente perché è possibile farlo in maniera sempre più costante». Nella letteratura internazionale si rileva anche l'avvertenza circa una tentazione: «the human being may often be led to "rubber stamp" an algorithmically prepared decision, not having the time, context or skills to make an adequate decision in the individual cases»: così *Algorithms and human rights. Study on the human rights dimensions of automated data processing techniques and possible regulatory implications*, DGI(2017)12, prepared by the Committee of Experts on internet intermediaries (MSI-NET) for the Council of Europe' (2018) <https://rm.coe.int/algorithms-and-human-rights-en-rev/16807956b5>, p. 8; al riguardo, si veda anche D. BROEDERS, E. SCHRIJVERS, H. E. BALLIN, *Big data and security policies: serving security, protecting freedom*, WRR-Policy Brief 6, Netherlands Scientific Council for Government Policy (WRR), https://www.wrr.nl/binaries/wrr/documenten/policy-briefs/2017/01/31/big-data-and-security-policies-serving-security-protecting-freedom/WRR_PB6_BigDataAndSecurityPolicies.pdf, 2017, pp. 24 s.

logica tra realtà e finalità perseguite, che passa attraverso il trattamento del predecisionale. La conoscibilità, la comprensibilità, la revisionabilità ex post, e l'annullabilità, come capacità di eliminazione degli effetti della decisione in termini retroattivi, accompagnati da possibilità ripristinatorie dei danni ingiusti arrecati, sono insomma importanti guarnizioni per lo sviluppo di una AI antropocentrica, e richiede una seria analisi intorno alla necessità di trattenere il revisore giurisdizionale, il Giudice, come essere umano. Ancora una volta il principio personalista può diventare una chiave di orientamento per assicurarlo.

9. Sintesi e prospettive: i timori dell'amministrazione androide.

La ricerca ha evidenziato che non sono così tanti gli ostacoli di tipo giuridico alla prospettiva della amministrazione algoritmica, e cioè di una intelligenza artificiale amministrativa; s'è visto che non è ancora pronto tutto ciò che serve per la validità giuridica dei suoi comportamenti e dei suoi atti, ed in particolare che essa potrà dirsi pienamente utilizzabile quando fosse in grado di trasformare la *black box* in una *glass box*, e di rendere non solo giustificazioni, ma piene motivazioni, e tutto questo faccia con prospettiva antropocentrica, che significa considerazione umana ed universale degli input e dell'uditorio, con possibilità di pieno accesso al predecisionale, e piena indiscutibile comprensione degli elementi considerati per l'atto, e delle motivazioni che l'hanno orientato.

Se questi impedimenti si frappongono, oggi, alla piena possibilità dell'amministrazione algoritmica, s'è visto che tuttavia essi sono declinazioni in termini di validità giuridica di un principio capitale degli assetti costituzionali degli ordinamenti giuridici occidentali, ed anche dei principi etici della *data science*, che in diritto pubblico italiano è conosciuto come principio personalista, recato anzitutto dall'art. 2 della Carta costituzionale italiana con esplicito riferimento alla "persona umana", ed emerso anche in ambito europeo sotto le ampie vesti della "dignità umana"¹⁹⁸, il quale nella forma di Stato italiana va connesso anche alla sovranità popolare, e con la sua complessità copre ed offre matrici di tutela giuridica, anche sotto forma di diritti fondamentali, a ciò che nelle declinazioni etiche dell'AI va sotto il nome

¹⁹⁸ E' noto che la Carta dei diritti fondamentali, parte integrante del Trattato dell'Unione Europea per effetto del richiamo operato dall'art. 6 TUE, nel Preambolo dichiara che «l'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali della dignità umana, della libertà dell'uguaglianza e della solidarietà», dedica il Titolo I alla "Dignità", ed all'art.1 statuisce che «la dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata». L'emersione del principio personalista anche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea è ricostruita da F.D. BUSNELLI, *La faticosa evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza nell'incessante dialogo con i diritti nazionali*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, pp. 296 ss.; M BARCELLONA, *L'interventismo europeo e la sovranità del mercato: le discipline del contratto e i diritti fondamentali*, in *Europa e Diritto Privato*, 2011, pp. 344 s.; ma si veda anche R. BIFULCO, *Dignità umana e integrità genetica nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Rass. Parl.*, 2005, pp. 63 ss.

di antropocentrismo¹⁹⁹.

Ciò lascia ritenere, per un verso, che in costanza di tali ostacoli che, al momento, rendono impossibile la piena decisione amministrativa algoritmica e l'organo algoritmico, l'intelligenza artificiale amministrativa possa essere utilizzata in forma di autolimita nella discrezionalità, come regola presupposta, o anche in forma di ausilio al responsabile del procedimento, come agente nell'istruttoria procedimentale; ma sempre, in tali casi, rilasciando alla dimensione umana dell'ufficio l'ultima parola, ed anzi, a dirla tutta, la conclusione del procedimento e l'adozione dei conseguenti atti e comportamenti amministrativi. Questo schema integra una amministrazione umana, ad organi umani con supporto algoritmico, la cui capacità dell'imputazione degli effetti all'amministrazione come soggetto giuridico è poi corroborata dalla possibilità di intervenire ex post per correggere la decisione di un organo, sia ad opera del medesimo, che per intervento di altri organi amministrativi, nelle dimensioni che nei nostri linguaggi si rivelano in forma di autotutela decisoria, con le manifestazioni più evidenti dell'autoannullamento e della revoca, sia infine per intervento del giudice, anch'esso umano.

Insomma, l'ufficio amministrativo, nella ricostruzione tracciata, si presenterebbe come un *androide*, dotato di un organo con un preposto umano, ed anche di capacità potenziate dall'uso di una tecnologia influente, ma non al punto da soppiantarli; l'organo androide che così si costituirebbe non avrebbe bisogno di granché in ordine alle responsabilità esterne per effetto della immedesimazione organica, mentre su quelle interne e quelle personali dovrebbe evidentemente essere costruito un sistema che provi a prevenire i rischi, e possa fronteggiare i danni ingiusti che dovesse arrecare, oltre che lavorare sulla questione della colpa e del dolo, per comprendervi l'apporto algoritmico e, conseguentemente, commisurarvi la responsabilità umana, anche ai fini penali.

Per il primo aspetto, s'è visto che l'imputazione e la revisionabilità interna della decisione attenuano le difficoltà del tema della responsabilità per

¹⁹⁹ «In definitiva la dignità umana rappresenta un valore essenziale dell'uomo, connotato dall'inviolabilità e dalla conseguente necessità che ogni Stato membro predisponga norme idonee per la sua protezione nei confronti di tutti i comportamenti lesivi, ivi compresi gli atti di autonomia privata, provenienti da terzi. Appare evidente che l'obiettivo è quello di creare un sistema giuridico articolato intorno al valore della persona umana rispetto al quale anche i diritti e le libertà economiche restano serventi e subordinati»: così, con riferimento ad agenti tradizionalmente umani, M. ASTONE, *Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto privato europeo*, in *Europa e diritto privato*, 2014, p. 14; non diversamente, nella rilevazione della dignità umana quella «condizione aggregante che rappresenti il minimo comune denominatore dei diritti fondamentali diffusamente riconosciuti», Q. CAMERLENGO, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 338 ss.. Con specifico riferimento alla responsabilità delle macchine, rileva i problemi di compatibilità con la dignità e l'autonomo volere umani H. ZECH, *Zivilrechtliche Haftung für den Einsatz von Robotern: Zuweisung von Automatisierungs- und Autonomierisiken*, in S. GLESS E K. SEELMANN (a cura di) *Intelligente Agenten und das Recht*, Baden-Baden, 2016, p.191 ss.; devo la notazione a G. TEUBNER, *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi* cit., p. 25 ss..

le operazioni amministrative automatiche – sia nei casi di vere operazioni vincolate, sia in quelli in cui vi sia variegata discrezionalità – perché, come confermato dai principi costituzionali degli artt. 28 e 97 Cost., nei confronti dei terzi è possibile considerare responsabile l'amministrazione come soggetto giuridico; ma, quanto al secondo aspetto, non sono eliminati i problemi relativi alla rivalsa ed alle responsabilità personali²⁰⁰, e cioè, in ultima istanza, alla questione della vera soggettività giuridica, della vera imputazione, e dunque della ragione efficiente della responsabilità imputabile all'agente umano che, notoriamente, non viene eliminata dalla teoria dell'organo, che nella sua dimensione di estensione dell'umano, e dunque di un'alterità del tutto artificiale, non contempla alcunché di intermedio, capace di operazioni autonome, tra l'essere umano e le persone giuridiche.

L'amministrazione androide avrebbe perciò bisogno di unità organizzative chiamate alla validazione ed al rilascio dell'algoritmo valido ed affidabile, alla verifica del suo funzionamento, alla cura e alla sorveglianza dei progressivi apprendimenti, e degli affinamenti sulla capacità di rendere esaustivo l'atto che produce²⁰¹, e che, in tal modo, riesca a consentire quel controllo di responsabilità interno indispensabile al miglioramento dell'azione di ogni persona giuridica, ed in particolare dell'azione amministrativa: si tratta cioè di dotare l'organo androide di *sand boxes* di sperimentazione e sorveglianza, che assumano i compiti del rilascio dell'algoritmo, del suo utilizzo prudente, e degli aggiustamenti successivi, intervenendo con gli atti di soccorso istruttorio²⁰², e nei procedimenti di annullamento d'ufficio, di modificazione ex post e di revoca degli atti prodotti. L'amministrazione algoritmica di tipo androide ha poi bisogno di assetti normativi che la rendano capace di affidamento, ma anche in grado di suddividere le responsabilità personali dei preposti umani, patrimoniali e penali, in proporzione alla presenza ed alla incidenza dell'algoritmo nella formazione dell'atto o nella decisione e nel comportamento.

In prospettiva, tuttavia, l'intelligenza amministrativa artificiale potrebbe rendersi totalmente affidabile sul piano della XIA, avere *glass boxes* invece che *black boxes*, e capacità di spiegare, giustificare, motivare le opera-

²⁰⁰ F. FRACCHIA, *L'elemento soggettivo nella responsabilità dell'amministrazione*, in AA. VV., *ATTI del Covegno di Varenna 2008*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 211; C. FELIZIANI, *L'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa. Dialogo a-sincrono tra Corte di Giustizia e giudici nazionali*, in www.federalismi.it, 2018, pp. 26 ss..

²⁰¹ Si veda Tar Lazio, Roma, sez. III bis, 8 agosto 2018, n. 8902, che invita a «*predisporre, unitamente a strumenti telematici di semplificazione dei flussi documentali in caso di procedure concorsuali di massa, altresì procedure amministrative parallele di tipo tradizionale ed attivabili in via di emergenza, in caso di non corretto funzionamento dei sistemi informatici predisposti per il fisiologico inoltro della domanda*».

²⁰² A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica* cit., pp. 1155, segnala «*l'impossibilità in via generale di affidare un procedimento amministrativo esclusivamente ad un algoritmo decisionale, giacché questo, nella sua rigidità «impersonale», non potrebbe — per sua stessa struttura — esercitare l'azione di soccorso*»; sul tema, in generale, si v. E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso procedimentale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016.

zioni, i comportamenti, le decisioni, magari rendendole talmente appropriate da rendere preferibili i suoi atti a quelli umani. Ed allora diverrebbe difficile continuare ad invocare un controllo umano dell'intelligenza artificiale amministrativa, giacché questa avrebbe vere e proprie armi di legittimazione superiori a quelle umane; ma proprio perché si tratterebbe di fenomeni di legittimazione, resterebbe il senso finalistico dell'amministrazione pubblica, il dover prestare ossequio e rendere conto al sovrano umano, il dover lavorare per lo sviluppo della persona umana, il dover perciò rispettare gli ambiti fondamentali della sua esistenza e della sua espressione, e lavorare in funzione dei bisogni umani, i quali sono ovviamente dipendenti dalla percezione e dalla mente umana, dalla biologia, dalla finitezza, dai tempi²⁰³, ed anche dalle storture dell'umanità²⁰⁴.

E dovrebbe spostare il baricentro del personalismo / antropocentrismo dalla misura organizzativa dei procedimenti e degli organi alle finalità delle funzioni, giacché per quanto permangano differenze di visione del principio personalista, da sempre oscillante tra diritti e libertà dell'individuo e doveri e obblighi solidaristici della persona, non lascia dubitare che, in ogni caso, il bersaglio del principio sia umano, il che dovrebbe significare mantenere la impugnabilità degli atti algoritmici in quanto atti amministrativi ai sensi dell'art 113 Cost., ed in futuro bisognerà chiedersi se trattenere in capo ad umani sia gli atti di secondo grado e ogni forma di autotutela, sia soprattutto la funzione giurisdizionale, anche se sarà disponibile una intelligenza artificiale giurisdizionale, che potrebbe ovviamente recar con sé tutte le lusinghe e le attendibilità che potrebbero renderla preferibile a quella umana.

²⁰³ La questione della velocità come una delle "peculiarità del potere" è rilevata da L. CASINI, *Politica e amministrazione: «the italian style»*, in *Riv. tri. dir. pubbl.*, 2019, p. 19; a sua volta I. M. DELGADO, *La riforma dell'amministrazione digitale: un'opportunità per ripensare la pubblica amministrazione*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA (a cura di), *La tecnificazione* cit., IV, p. 133, rileva una delle conseguenze della digitalizzazione dell'amministrazione nell'anticipazione del momento decisionale.

²⁰⁴ Cfr. P. PIRAS, *The role of computerization in efficiency and impartiality*, in E. CARLONI (a cura di), *Preventing corruption through administrative measures*, Perugia, Morlacchi, 2019, pp. 299 ss. Riporto la conclusione del saggio di M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica* cit., p. 893: «una volta di più, il problema non è di innovazione legislativa o di rivolgimento scientifico, ma di approccio culturale. E noi giuristi possiamo controllare (e criticare) la cultura di un giudice ben più facilmente di quanto possiamo fare con la cultura di un ingegnere, di un matematico, di un programmatore. Per esser chiari: se devo scegliere qualcuno di cui non fidarmi, personalmente, scelgo il giudice. E scelgo che sia un essere umano. Umano e consapevole dell'importanza, certo, ma anche dei limiti, della sua funzione».

MARGHERITA INTERLANDI
Professore Ordinario di Diritto amministrativo
presso l'Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale
m.interlandi@unicas.it

**LA DIMENSIONE ORGANIZZATIVA DELL'ACCOGLIENZA
DEGLI IMMIGRATI NELLA PROSPETTIVA DEL DIRITTO
AD UNA "BUONA AMMINISTRAZIONE": IL RUOLO
DEGLI ENTI LOCALI NEL BILANCIAMENTO DEGLI
INTERESSI DELLA PERSONA IMMIGRATA E DELLE
COMUNITÀ "OSPITANTI".**

**THE ORGANISATIONAL DIMENSION OF THE RECEPTION OF
IMMIGRANTS FROM THE PROSPECTIVE OF THE RIGHT TO "GOOD
ADMINISTRATION": THE ROLE OF LOCAL AUTHORITIES IN THE
BALANCING OF IMMIGRANTS' INTERESTS AND THOSE OF LOCAL
COMMUNITIES**

SINTESI

L'approccio emergenziale e securitario della gestione dei flussi immigratori ha dato vita ad un sistema di accoglienza che, già prima del decreto legge n. 113/2018 (cd. decreto "Salvini"), evidenziava rilevanti criticità, soprattutto sul piano dei servizi di prima necessità. Con la conseguenza di pregiudicare, altresì, le condizioni di vita delle comunità locali, che, dinanzi all'ingresso incontrollato di persone immigrate, invocano protezione e sicurezza, altrettanto meritevoli di tutela. Con il presente saggio si intende analizzare i profili organizzativi dell'accoglienza umanitaria delineando la necessità di uscire dalla dimensione "eccezionale" degli interventi di assistenza umanitari e di riconoscere agli enti locali un ruolo più incisivo nella organizzazione dell'accoglienza degli immigrati e dei processi di integrazione sociale. La prospettiva accolta è quella di bilanciare e contemperare gli interessi in gioco, al fine di assicurare effettiva protezione sia alla persona immigrata, che ha diritto ad una accoglienza dignitosa, e sia alle comunità ospitanti, che rivendicano il diritto ad una amministrazione efficiente, in grado di gestire i problemi derivanti dalla presa in carico dei bisogni di un flusso consistente di stranieri.

ABSTRACT

The emergency and securitarian approach in the management of migration flows gave birth to a reception system that, even before the decree law n. 113/2018 (so called "Salvini" decree), highlighted significant issues, especially in terms of essential services. With the consequence of affecting, also, life condition of local communities that, before the uncontrolled arrival of immigrants ask for protection and security, equally worth of protection. With the present essay, we aim to analyze the organizational profiles of the humanitarian reception outlining the need to come out from a "exceptional" component of the immigrants reception and social integration processes. The welcomed perspec-

tive aim to balance the interest involved in order to ensure an effective protection both to the immigrant, who is entitled to a dignified reception, and both to the host communities that claim the right to an efficient administration, able to manage the issues arising from the taking charge of consistent flow migrants needs.

PAROLE CHIAVE: Accoglienza, migranti, servizi essenziali, comunità locali, buona amministrazione.

KEYWORDS: Receptions, Migrants, Essential Services, Local Communities, Good Administration.

INDICE: 1. Premessa. La rilevanza sovranazionale della tutela dei diritti fondamentali della persona immigrata. – 2. L'inefficienza organizzativa dell'accoglienza dei migranti: l'inadeguatezza delle strutture di permanenza. – 3. La prospettiva securitaria della gestione dei flussi immigratori nel riparto di competenze amministrative: la distorsione del modello di integrazione dopo il decreto-legge n.113/2018. – 4. Il ruolo degli enti locali nel bilanciamento degli interessi della persona immigrata e delle comunità ospitanti nella prospettiva del diritto ad una buona amministrazione.

1. Premessa. La rilevanza sovranazionale della tutela dei diritti fondamentali della persona immigrata.

La disciplina che regola la presenza degli immigrati nel nostro territorio vincola l'amministrazione, in presenza di determinate circostanze, ad adottare misure restrittive della libertà di soggiorno, senza doversi confrontare con la situazione del caso concreto, ovvero, senza dover bilanciare gli interessi in gioco, che sono, da un lato, quelli dello straniero ad una accoglienza umanitaria dignitosa e dall'altro, quelli della comunità ospitante ad una gestione efficiente dei flussi migratori, che garantisca sicurezza, ordine pubblico e benessere sociale¹. Rispetto a questa disciplina, che proietta la condizione della persona immigrata in un'ottica espulsiva, l'ordinamento europeo, attraverso l'interpretazione dei suoi giudici, ha affermato, in base all'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali, che la legittimità dell'intervento delle pubbliche autorità, limitativo delle libertà fondamentali, deve essere valutata all'esito di un effettivo bilanciamento degli interessi secondo il canone della proporzionalità². Più in generale,

¹ In particolare, sull'automatismo espulsivo, v. C. CORSI, *Il rimpatrio dello straniero tra garanzie procedurali e automatismo espulsivo*, in *La condizione giuridica dello straniero nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Seminario di studio - Palazzo della Consulta - 26 ottobre 2012, Milano, 2013, 27-94; v., anche, M. SAVINO, *L'incostituzionalità del c.d. automatismo espulsivo*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, XV, 2013, 3, 37-56; per i profili relativi al tema dell'ordine pubblico, v., ID., *La libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, Giuffrè, 2012.

² In base all'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, «eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui». Tale norma esprime il principio secondo cui i diritti non sono la proiezione di pretese personali assolute, ma il frutto di una mediazione necessaria degli interessi soggettivi, che può avere esiti differenziati. Pertanto, la garanzia delle libertà fondamentali sarebbe sempre assistita da una generale clausola di

la formazione di un ambito giuridico europeo, inteso, come «l'insieme di diritto dell'Unione, diritto della Convenzione europea, diritti domestici, diritto internazionale comune ai Paesi europei, diritto europeo comparato»³, ha favorito l'affermazione di nuovi principi di rango costituzionale, che attengono ai diritti fondamentali, da cui scaturisce l'obbligo per gli stati aderenti di garantirne l'effettività⁴.

Sì che, l'adesione dell'Unione europea alla Convenzione dei diritti dell'uomo ha determinato rilevanti cambiamenti nel diritto interno, anche in virtù della forza vincolante che ha assunto l'interpretazione della Corte EDU sia sul piano sostanziale che sul piano giurisdizionale.

Ed invero, se si analizza la giurisprudenza della Corte EDU emerge, ad esempio, che l'amministrazione incontra significativi limiti nell'esercizio del potere conferitole dalla legge, derivanti dall'applicazione dei diritti e delle libertà sancite dalla CEDU e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁵. La prospettiva accolta dai giudici europei, infatti, è quella di interpretare la sovranità nazionale in un ambito giuridico volto al riconoscimento della rilevanza dei legami che un soggetto straniero consolida con il contesto territoriale di riferimento, inteso nella più ampia accezione di comunità sociale, affettiva ed economica⁶. Con la conseguenza che la libertà di soggiorno dei non cittadini

limitatezza funzionale al rispetto di altri valori concorrenti. In questi termini, quindi, il problema del rapporto tra interesse pubblico e libertà individuale non può che essere risolto se non attraverso il contenimento e il bilanciamento degli interessi sui cui interviene il potere amministrativo. Il che esclude una apodittica prevalenza dell'una sull'altra, svincolata dalla analisi del singolo caso concreto. Sul rilievo giuridico della proporzionalità, v. A. BARAK, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge University Press, 2012, il quale, attraverso l'analisi della giurisprudenza costituzionale di Israele, individua nella proporzionalità uno strumento di bilanciamento essenziale per limitare il potere legislativo rispetto ai diritti umani, nonostante le criticità che possono emergere dalla eccessiva discrezionalità che i giudici hanno nell'applicare tale principio. Per ulteriori approfondimenti, con specifico riferimento alla disciplina dei flussi migratori, sia consentito rinviare a M. INTERLANDI, *Fenomeni immigratori tra potere amministrativo ed effettività delle tutele*, Torino, Giappichelli, 2018.

³ S. CASSESE, *Verso un diritto europeo italiano*, in *Riv. It. Dir. pubbl. comun.*, 2017, 2.

⁴ Ciò ha portato parte della dottrina a ritenere che attraverso il potere interpretativo la Corte abbia elaborato un autonomo catalogo dei diritti rispetto ai quali il potere sarebbe destinato a recedere. Più specificamente è stata espressa l'idea che «la legalità sostanziale dei diritti inviolabili prevale sulla legalità formale, escludendo in radice l'attribuzione di un potere in quella specifica situazione». Ed in questa prospettiva è stato altresì rilevato il rischio di «un eccessivo ampliamento del potere interpretativo del giudice, che adatta la norma scritta alle esigenze concrete». F. MERUSI, *L'integrazione fra legalità comunitaria e la legittimità amministrativa nazionale*, in *Dir. amm.*, 2009, 50 ss.

⁵ Al riguardo è stato sottolineato che la Corte Europea limita la discrezionalità amministrativa attraverso un percorso logico analogo a quello della Corte Costituzionale, determinando il parametro della legittimità/liceità dell'atto o comportamento oggetto del giudizio. Attraverso il ricorso alla Corte di Strasburgo, quindi, il soggetto esercita un'azione diretta a tutela delle proprie situazioni soggettive, che legittima la elaborazione di principi normativi e la creazione di diritti, anche in assenza di un legislatore legittimato dal voto popolare. In tal senso, F. MANGANARO, *Il potere amministrativo nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 2, 428 ss..

⁶ Ciò, in quanto, la cittadinanza, come si è visto, non esprime in modo definitivo il legame tra il soggetto e la comunità territoriale e le relative istituzioni, rappresentando un sem-

tende sempre di più a ricevere una specifica tutela attraverso le fonti sovranazionali, soprattutto laddove rappresenti una condizione essenziale per l'effettiva realizzazione dei diritti fondamentali della persona⁷.

Su questa posizione, sia la Corte di Giustizia che la Corte europea, ormai, convergono, evocando il principio secondo cui dinanzi alla tutela di diritti fondamentali, come ad esempio quello del superiore interesse del minore, le esigenze di controllo del territorio non possono apoditticamente e senza una valutazione delle circostanze rilevanti nel singolo caso concreto, prevalere su tale interesse, privando il minore dei loro contesti affettivi di riferimento⁸. Si che, secondo tale prospettiva, il conflitto tra autorità e libertà andrebbe risolto nell'ottica di salvaguardare il pieno ed effettivo godimento dei diritti CEDU, ponendo quale limite all'intervento pubblico l'obbligo di ponderare gli interessi in gioco⁹.

La dimensione sovranazionale della tutela dei diritti fondamentali, nei termini prima accennati, ha inevitabilmente inciso anche sulla giurisprudenza costituzionale, stimolando la Consulta ad assumere posizioni più aderenti alla prospettiva europea. Ed, in questa direzione, riveste sicuro rilievo l'indirizzo

plice indice che può essere superato in favore dell'emersione di altri criteri di collegamento, come è dimostrato dalla norma sull'estensione dell'obbligo del servizio militare, che può essere intesa alla stregua di un'ulteriore implicazione del vincolo solidaristico previsto dall'art. 2 cost. a tutela delle formazioni sociali in cui l'individuo sviluppa la propria personalità. In tema, v. M. CUNIBERTI, *Espulsione dello straniero e libertà costituzionali*, in *Dir. Pubbl.*, 2000, 843. Sul valore sostanziale della cittadinanza intesa come «forma di riconoscimento dei diritti umani» v. G. BERTI, *Cittadinanza, cittadinanze e diritti fondamentali*, in *Riv. dir. cost.*, 1997, 11 ss.

⁷ In questa prospettiva, M. INTERLANDI, *Potere amministrativo e tutela delle relazioni familiari, tra esigenze di ordine pubblico e superiore interesse del minore straniero*, in *Dir. e Proc. amm.*, 2018, 1.

⁸ Cfr. C.EDU, 12 ottobre 2006, *Muubilanza c. Belgio*, in cui i giudici di Strasburgo hanno individuato nella vulnerabilità del minore un valore prevalente rispetto alla condizione di straniero in posizione irregolare, che impone allo Stato "ospitante" l'obbligo di prendersi cura del bambino e di adottare tutte le misure idonee a garantire quanto disposto dall'art. 3 (che vieta trattamenti disumani e degradanti) e dall'art. 8 della Convenzione. Cfr., anche, C. EDU, *Pajic c. Croazia*, 23 febbraio 2016, e *Rodriguez da Silva c. Paesi Bassi*, 31 gennaio 2006. V. anche C. Giust., Grande Sezione, *Chavez c. Belgio*, che, al fine di salvaguardare il superiore interesse di un minore dal rischio derivante da un eventuale sradicamento a cui sarebbe stato costretto in caso di espulsione del genitore - cittadino di un paese terzo -, ha stabilito che spetta alle autorità competenti «procedere, sulla base degli elementi forniti dal cittadino di un paese terzo, alle ricerche necessarie per poter valutare, alla luce dell'insieme delle circostanze del caso di specie, se una decisione di rifiuto avrebbe conseguenze siffatte». E, quindi, in base a tale orientamento, sarebbero incompatibili con la CEDU quelle misure di espulsione e di diniego di permesso di soggiorno lesive dell'interesse dei figli di minore età a preservare legami significativi e funzionali al proprio sviluppo. Si che, «la concreta ed effettiva realizzazione dei diritti fondamentali della persona di età minore ha portato ad inquadrare il suo superiore interesse non solo nella pur condivisibile prospettiva della tutela di un soggetto in formazione, ma anche e soprattutto, nell'ottica del diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, e quindi del suo diritto a conservare i suoi contesti familiari di riferimento anche quando ricorrono le condizioni normative, che prescrivono l'allontanamento o l'espulsione dei genitori o dei soggetti affidatari». In tal senso, sia consentito rinviare a M. INTERLANDI, *Potere amministrativo e tutela delle relazioni familiari*, cit..

⁹ Cfr. Corte EDU, 7 aprile 2009, *Cherif ed altri c. Italia*, proprio in un caso di espulsione disposta per motivi di ordine e sicurezza pubblica.

espresso nella sentenza n. 172/2012, secondo cui la ragionevolezza di una previsione legislativa che incide sui diritti dello straniero si fonda sull'attribuzione alla pubblica amministrazione del potere «di apprezzare al giusto gli interessi coinvolti e di accertare se il lavoratore sia o meno pericoloso per l'ordine pubblico e la sicurezza»¹⁰. In questo passaggio, la Consulta ha introdotto, invero, un elemento di novità rispetto ai suoi precedenti orientamenti¹¹, poiché ha riconosciuto espressamente che il principio di legalità non sempre offre la soluzione più garantista per la tutela dei diritti fondamentali della persona, rappresentando, in alcuni casi, addirittura un limite nel conformare il potere amministrativo ai compiti che la Costituzione ha inteso affidare alle pubbliche autorità¹².

Tali, principi hanno trovato una esplicita conferma anche nell'indirizzo recentemente espresso dalla Cassazione, secondo cui «la valutazione di una domanda di protezione internazionale non può prescindere da un serio e approfondito accertamento della "situazione reale del paese di provenienza" del migrante richiedente»¹³. Sì che, in questi casi, il giudice ha il "potere-dovere" «di accertare se, e in quali limiti, nel Paese di origine dell'istante si registrino fenomeni di violenza indiscriminata, in situazioni di conflitto armato interno o internazionale, che espongano i civili a minaccia grave o individuale alla vita o alla persona».

2. L'inefficienza organizzativa dell'accoglienza dei migranti: l'inadeguatezza delle strutture di permanenza.

L'evoluzione giurisprudenziale sulla tutela dei diritti fondamentali spinge, dunque, nel senso di ancorare la legittimità della funzione amministrativa al bilanciamento degli interessi in gioco, anche quando la legge prefigura un esito vincolato, rinunciando ad assolvere alla funzione di mediazione degli stessi¹⁴.

¹⁰ C. Cost., sent. 2 luglio 2012, n. 172, con nota di N. VETTORI, *Pericolosità sociale, automatismi ostativi e diritti dello straniero: un'importante evoluzione nella giurisprudenza della corte costituzionale*, in *Foro amm. CDS*, 2012, 2488 ss.

¹¹ C. Cost., sent. 16 maggio 2008 n. 148.

¹² In argomento, sia consentito rinviare a M. INTERLANDI, *Fenomeni immigratori tra potere amministrativo ed effettività delle tutele*, Torino, 2018.

¹³ Cfr. C. Cass., Sez. Un., sent. 13 novembre 2019, n. 29460.

¹⁴ La forza vincolante dell'interpretazione della Corte di Strasburgo, che integra e definisce il contenuto delle norme della Cedu, si riflette anche sul sindacato giurisdizionale dei giudici comuni, obbligandoli, perciò, ad uniformarsi alla stessa per non incorrere in una ulteriore violazione. In questa prospettiva, la tesi della diretta applicazione delle norme CEDU è stata accolta da una parte dei giudici comuni. cfr., Cons. St., sent. n. 1220/2010, TAR Lazio, sez. II bis, sent. 11984/2010. Nelle decisioni in questione, i giudici amministrativi rilevano, infatti, l'equiparazione tra diritti fondamentali sanciti dalla Cedu al diritto dell'Unione, ritenendo, perciò direttamente applicabili le norme internazionali in virtù dell'art. 11 cost., che consente al giudice di disapplicare le norme nazionali in contrasto con quelle dell'Unione. In argomento, v. M. RAMAJOLI, *Il giudice nazionale e la CEDU: disapplicazione diffusa o dichiarazione d'illegittimità costituzionale della norma interna contrastante con la Convenzione?*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 825 ss. In questi termini, appaiono, quindi, rilevanti sia le decisioni sull'applicazione delle garanzie dell'equo processo (art. 6 CEDU) e della effettività della tutela (art. 13 CEDU), sia quelle pronunce, che, come si è visto, impongono la ponderazione degli interessi in gioco ogni qualvolta l'esercizio di un pubblico potere impatta, limitandolo, su un diritto fondamentale (art. 52 Carta

Funzione che, com'è noto, trae legittimazione dalla tutela costituzionale della persona, le cui garanzie non investono solo le sue libertà individuali ma anche quelle della formazione sociale in cui questo realizza e sviluppa la sua personalità.

Tutto ciò porta a confermare, quanto già da altri giustamente rilevato, che quei valori garantistici che prima potevano ritenersi racchiusi nel principio di legalità, oggi dovranno trovare espressione in un concetto più ampio e comprensivo che è “il rispetto del diritto”, a cui deve conformarsi sia l'esercizio del potere che le modalità in cui tale potere si organizza¹⁵.

Tali considerazioni inducono a riflettere sulle possibili ricadute applicative che tali orientamenti potrebbero avere sul sistema di accoglienza dei migranti, ancora fortemente condizionato, come già evidenziato in altra sede, da un approccio securitario ed emergenziale della gestione dei flussi immigratori.

In questo contesto, è possibile sin d'ora delineare la necessità di uscire dalla dimensione “eccezionale” degli interventi di assistenza umanitaria, e di riconoscere agli enti locali un ruolo più incisivo nella organizzazione dell'accoglienza degli immigrati e dei processi di integrazione sociale¹⁶, secondo una prospettiva che tenga conto non solo dei diritti della persona immigrata ad una assistenza dignitosa, ma anche delle istanze delle comunità ospitanti ad una amministrazione efficiente, rispetto ai problemi che derivano dalla presa in carico dei bisogni di un flusso consistente di stranieri.

Proprio sul versante organizzativo, infatti, l'approccio emergenziale e securitario della gestione dei flussi immigratori ha dato vita ad un sistema di accoglienza che, già prima del decreto-legge n. 113/2018 (cd. decreto “Salvini”), evidenziava rilevanti criticità, soprattutto sul piano dei servizi di prima necessità. Con la conseguenza di pregiudicare, altresì, le condizioni di vita delle comunità locali, che, dinanzi all'ingresso incontrollato di persone immigrate, invocano protezione e sicurezza, altrettanto meritevoli di tutela¹⁷.

di Nizza). Ne discende, quindi, che in base a tali orientamenti è possibile ritenere che, ove l'autorità amministrativa ometta di svolgere tale bilanciamento, spetterebbe al giudice, nell'ottica di allineare il sistema di tutele avverso il potere pubblico ai principi elaborati dalla Corte EDU e dalla Corte di Giustizia, rilevare l'illegittimità del provvedimento per violazione del principio di proporzionalità, e, conseguentemente, annullarlo.

¹⁵ In tal senso B. Sordi, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, in *Dir. amm.*, 1/2008, 1 ss.

¹⁶V. L.R. PERFETTI, *La legalità del migrante. Status della persona e compiti dell'amministrazione pubblica nella relazione paradigmatica tra migranti respinti, irregolari, trattenuti minori e potere pubblico*, in *Dir. e proc. amm.*, 2/2016, 393 ss., il quale sottolinea che «una singola sospensione, una singola area di deroga alle regole garantiste dell'ordinamento non costituisce “stato di eccezione” dell'ordinamento. Piuttosto, è uno di quei *tòpoi* (il migrante, il matto, il detenuto, l'internato ecc.) nei quali riaffiora l'insufficienza del diritto come legalità formale per garantire i diritti della persona». V., anche, G. TROPEA, *Homo sacer? Considerazioni perplesse sulla tutela processuale del migrante*, in *Dir. Amm.*, 2008, 839 ss.

¹⁷V. M. FOUCAULT, *Bisogna difendere la società*, Milano, Feltrinelli, 1998, 220, il quale mette in rilievo che le politiche migratorie si agitano tra la tensione ad una «governamentalità pastorale che rassicura e protegge ed una governamentalità attraverso la paura, definendo socialmente pericolose taluni soggetti

In particolare, rileva, per i profili appena evidenziati, il tema della inadeguatezza delle strutture di accoglienza, su cui la Corte Edu si è più volte pronunciata, rivendicando il dovere dello Stato di proteggere, innanzitutto, i diritti dei soggetti vulnerabili. In quest'ottica, è stato ritenuto inadeguato il sistema di accoglienza dell'Italia, per la inidoneità delle strutture abitative, soprattutto rispetto al trattamento dei minori, ritenendo in contrasto con l'art. 3 CEDU (che vieta i trattamenti inumani o degradanti) la decisione della Svizzera di espellere un nucleo familiare di immigrati verso l'Italia, in quanto paese di primo approdo¹⁸. Particolarmente significativo è il passaggio in cui, riferendosi alla raccomandazione dell'Alto Commissariato delle NU, la Corte ha ritenuto elevato il rischio «che, in Italia, un numero significativo di richiedenti possa essere privato di un alloggio o possa essere ospitato in strutture affollate in condizioni di promiscuità e perfino di insalubrità e violenza».

A distanza di qualche anno, la Corte EDU è tornata a pronunciarsi sulla adeguatezza delle strutture di accoglienza italiane, questa volta con una decisione, assunta il 14 febbraio 2018, con cui ha disposto una misura provvisoria a protezione di due minori non accompagnati collocati nel centro di accoglienza per adulti di CONA (VE), ordinando al governo di trasferire immediatamente i ricorrenti in strutture per minori.

3. La prospettiva securitaria della gestione dei flussi immigratori nel riparto di competenze amministrative: la distorsione del modello di integrazione dopo il decreto-legge n.113/2018.

Inoltre, ulteriori criticità del sistema di accoglienza sono imputabili alla difficoltà per gli enti locali di garantire un servizio di assistenza che soddisfi gli

*e concentrando il potere in chi gestisce amministrativamente il rischio, a scapito di giudici e legislatori, alterando, in questo modo, equilibri tra sicurezza e libertà e allargando lo spazio dei controlli». Tuttavia, L'irrompere del terrorismo internazionale impone una riflessione diversa sul rapporto tra sicurezza e libertà, che tenga conto anche dell'accostamento emotivo dell'aumento dei flussi migratori all'intensificarsi degli episodi terroristici. La percezione di vulnerabilità delle frontiere, infatti, alimenta il sentimento di paura, e, in misura proporzionale, intensifica il bisogno di protezione delle libertà individuali, spingendo la collettività ad affidare allo Stato il compito di adottare tutte le misure necessarie per scongiurare i rischi e i pericoli, che possono dar vita a tale fenomeno. Non è un caso, infatti, che la risposta legislativa alla domanda di sicurezza sia stata quella di canalizzare il bisogno di protezione che essa esprime sul fenomeno dell'immigrazione, facendo convergere sugli immigrati le tensioni sociali che scaturiscono dalle difficoltà di dare risposte ad una serie di questioni che da tempo generano la riferita insicurezza. In tal senso, v. G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, cit., in part. 134-135. In questa prospettiva, quindi, lo straniero diventa l'altro, ovvero il "nemico" su cui si concentra l'attenzione del legislatore, il quale interviene con strumenti di carattere preventivo, spesso erosivi della libertà e delle garanzie, sia sostanziali che giurisdizionali. La considerazione dello straniero come soggetto "altro" va riferita a BENHABIB, *I diritti degli altri. Stranieri, residenti, cittadini*, Milano, Cortina Raffaello, 2006; l'espressione è stata, poi, ripresa E. DENNINGHER, "I diritti degli altri". *Diritti dell'uomo e diritti del cittadino in conflitto tra loro*, in www.federalismi.it.*

¹⁸ Cfr. C. EDU, *Tarakhel c. Svizzera*, 4 novembre 2014.

standard minimi di tutela della persona e che, al tempo stesso, favorisca il processo di integrazione della stessa nelle comunità territoriali in cui approda¹⁹.

Ciò dipende, innanzitutto, dalla attribuzione delle competenze, in tale ambito, alle autorità statali, a cui spetta, in base al d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142, la gestione della cosiddetta “prima accoglienza”, prevedendo l’istituzione presso il Ministero dell’Interno del tavolo di coordinamento a cui spetta la definizione dell’indirizzo e della programmazione degli interventi diretti ad ottimizzare il sistema di accoglienza²⁰. Alle regioni, invece, è affidata la fase attuativa di quanto stabilito a livello nazionale, senza riservare ad esse alcun margine di apprezzamento e di compartecipazione alla gestione del fenomeno stesso²¹.

In questo quadro normativo si colloca anche il sistema di protezione per i richiedenti asilo e rifugiati (SPRAR), in base al quale vengono finanziati, con bandi ministeriali, gli interventi di accoglienza e di integrazione delle persone immigrate da parte dei comuni. Tale sistema, sebbene fondato sull’adesione volontaria di tali enti, costituisce una opportunità per sperimentare, attraverso le iniziative locali, modelli di gestione dell’accoglienza degli immigrati, alcuni dei quali si sono rivelati particolarmente virtuosi²². Infatti, l’accoglienza assicurata dallo SPRAR presenta standard qualitativi più elevati rispetto a quella offerta dai centri governativi, essendo specificamente finalizzata a promuovere l’autonomia e l’integrazione degli immigrati²³.

Tuttavia, dopo il d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, l’accesso a tale sistema di protezione è stato riservato solo a coloro che hanno già ottenuto la protezione internazionale o il permesso di soggiorno, e non più anche a coloro che presenta istanza²⁴. Con la conseguenza, che tali soggetti, nelle more del conseguimento del “titolo di ingresso”, sono trattenuti presso i Centri di Accoglienza Straordinaria (CAS), i quali, com’è noto, nascono come strutture temporanee,

¹⁹ Sul sistema di accoglienza in funzione della integrazione della persona straniera, v. S. Dantonio, *Sistema di accoglienza dei migranti e percorsi di integrazione*, in *Dove il passato incontra il futuro*, Collana Forum del Gran Sasso, Teramo, 2018, 241, ss. V., inoltre, F. Cortese, *La crisi migratoria e la gestione amministrativa*, *Riv. Trim. dir. pubb.*, 1/2019, 435 ss.

²⁰ Più specificamente, in argomento, v. F. MANGANARO, *Politiche e strutture di accoglienza delle persone immigrate*, in *federalismi.it*, 21/2019; M. CALABRÒ, *La possibile rimodulazione del ruolo degli enti locali nella gestione dei flussi migratori, in ordine internazionale e diritti umani*, 2020, 116 ss.

²¹ L’Intesa Stato-Regioni, approvata in Conferenza unificata il 10 luglio 2014, ha sancito e reso operativa l’azione integrata tra i vari livelli di governo nazionale e locale ed ha approvato il primo Piano Nazionale per fronteggiare il flusso straordinario di cittadini extracomunitari, adulti, famiglie e minori stranieri non accompagnati. Attraverso l’elaborazione di un Piano di accoglienza e di una Roadmap si è dato avvio ad un processo di riorganizzazione del sistema di accoglienza, ad una cooperazione interistituzionale - governance multilivello e alla redistribuzione equa degli stranieri accolti (2,5 immigrati ogni mille abitanti). Con l’approvazione del d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142, entrato in vigore il 30 settembre 2015, il sistema di accoglienza per i richiedenti asilo e rifugiati è stato articolato su tre livelli a cui corrispondono specifiche strutture che svolgono differenziate funzioni: soccorso e prima assistenza (Hot Spot); prima accoglienza; seconda accoglienza (Hub) e accoglienza straordinaria (SPRAR).

²² S. PENASA, *L’accoglienza dei richiedenti asilo: sistema unico o mondi paralleli?*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2017, 11.

²³ S. DANTONIO, *Sistema di accoglienza dei migranti e percorsi di integrazione*, cit.

²⁴ Cfr. d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, convertito in legge 1 dicembre 2018, n. 132.

e, dunque, prive dei servizi preordinati alla integrazione della persona accolta²⁵. Sebbene, infatti, il modello sia stato realizzato per ospitare le persone il tempo strettamente necessario all'espletamento delle procedure di richiesta d'asilo, la durata della permanenza in queste strutture si allunga, per il consistente afflusso di migranti, e delle molte richieste sottoposte alla Commissione Territoriale.

Ciò significa, quindi, che proprio nella fase di primo approdo, che, oltretutto, vede dilatati i tempi di trattenimento degli stranieri nelle strutture governative, in virtù dell'impossibilità per i richiedenti asilo di essere tempestivamente trasferiti presso i centri territoriali di accoglienza²⁶, gli enti locali sono esclusi dalle decisioni organizzative, nonostante il rilevante impatto che queste potrebbero esercitare sulle comunità di approdo, le quali si vedono costrette a convivere con strutture ospitanti spesso degradate, che ne contaminano il contesto sociale ed ambientale, livellando verso il basso le condizioni di benessere che, specialmente in alcune aree del paese, sono già drammaticamente precarie²⁷.

²⁵L'articolo 11 del d.lgs. 142/2015 regola l'utilizzo delle strutture straordinarie: «Nel caso in cui è temporaneamente esaurita la disponibilità di posti all'interno delle strutture di cui agli articoli 9 e 14, a causa di arrivi consistenti e ravvicinati di richiedenti, l'accoglienza può essere disposta dal Prefetto, sentito il Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'interno, in strutture temporanee, appositamente allestite, previa valutazione delle condizioni di salute del richiedente, anche al fine di accertare la sussistenza di esigenze particolari di accoglienza». Per ulteriori approfondimenti si rinvia a C. LEONE, *La disciplina degli hotspot nel nuovo art. 10-ter d.lgs. n. 286/98: un'occasione mancata*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2017, 2, 1 ss. Sulla condizione degli immigrati nei Centri Permanenza e Rimpatrio, v. anche C. CELONE, *La "detenzione amministrativa" degli stranieri irregolari nell'ordinamento italiano e dell'Unione europea ed il diritto fondamentale di ogni persona alla libertà ed alla tutela giurisdizionale*, in *Nuove Autonomie*, 2013, 299 ss.

²⁶ Nell'ottobre 2016, erano circa 128 mila le persone ospitate all'interno del circuito di accoglienza straordinaria. Nello stesso periodo i posti per la seconda accoglienza erano circa 23 mila, con la conseguenza che grava sul sistema di accoglienza straordinaria la maggior parte dei servizi per l'asilo a livello nazionale. I centri di accoglienza straordinaria, nati negli anni successivi alla nota Emergenza Nord Africa del 2011, sono stati istituiti per sopperire alla mancanza di posti delle strutture ordinarie. Individuati e allestiti su disposizione delle Prefetture-Uffici Territoriali del Governo, tramite procedure di affidamento dei contratti pubblici, rappresentano l'erogazione dei servizi dell'accoglienza da parte di operatori economici privati e del terzo settore. Per ulteriori approfondimenti, v., F. GUELLA, *Sistema di accoglienza dei richiedenti asilo e disposizioni in materia di iscrizione anagrafica nel cd Decreto Sicurezza in osservatorio costituzionale*, 2019, 708 ss.

²⁷ Cfr. rapporto Corte dei Conti, delibera n.3/2018, in www.camera.it, sulla gestione del Fondo Nazionale per le Politiche e i Servizi dell'Asilo, riguardo alla "Prima Accoglienza" (triennio 2013-2016). Nella relazione, che si concentra solo sulla gestione delle risorse destinate alla "prima accoglienza" degli immigrati richiedenti asilo e di quelli irregolari oggetto del provvedimento di rimpatrio, viene evidenziato, in termini critici, che «il ricorso alle strutture temporanee di prima accoglienza, che, nel 2015, sono risultate 2.332 sparse sul territorio, richiede una più pregnante verifica degli standard di ricezione, anche per una migliore gestione di possibili resistenze delle comunità locali», reclamando, quindi, una maggiore attenzione per le dinamiche sociali e di interazione. La Corte dei Conti pone poi l'accento sui tempi di esame e di decisione dei ricorsi per la definizione delle richieste di protezione internazionale, ritenuti ancora troppo lunghi, e anche sull'incapacità da parte del Ministero di tracciare la presenza e gli spostamenti dei richiedenti asilo, anche da una struttura all'altra.

Inoltre, in base all'attuale sistema, le regioni e gli enti locali, sui quali grava l'obbligo di assicurare le prestazioni sociali riconosciute anche agli immigrati irregolari, non potranno accedere più, tramite la rete SPRAR, alle risorse del Fondo nazionale per l'accoglienza, privando i soggetti esclusi da tale sistema dell'opportunità di integrarsi.

Ciò non solo determina una riduzione degli standard qualitativi e quantitativi di servizi assistenziali alla persona ma si riflette, altresì, sulle condizioni di benessere delle comunità di accoglienza, generando una inevitabile tensione verso le persone immigrate.

Del resto la riduzione delle risorse che potevano essere destinate alle Regioni e agli enti locali attraverso la rete SPRAR, per assicurare quelle prestazioni assistenziali che l'art. 3 TUIM (Testo unico dell'immigrazione) riconosce a tutti gli stranieri, anche irregolari, finisce per comprimere ulteriormente la capacità di spesa delle Regioni, a discapito di altri bisogni della collettività, ugualmente meritevoli di tutela.

Aspetto, questo, che è stato bene evidenziato dalla Corte costituzionale, in una recente pronuncia, in cui la Consulta, pur ribadendo che le riforme del decreto Salvini non hanno limitato la competenza regionale in ambito di assistenza sociale alle persone immigrate, ha sottolineato che se Regioni e i comuni vorranno intervenire a favore di un più ampio riconoscimento delle prestazioni sociali, dovranno reperire ulteriori risorse²⁸.

Ed in questa prospettiva, merita senz'altro attenzione una recente decisione del tribunale di Bari che ha condannato l'amministrazione statale (Presidenza del Consiglio dei Ministri e Ministero dell'interno, in solido tra loro) a risarcire il Comune e la Provincia di Bari per il pregiudizio che la reputazione della comunità locale ha subito in ragione delle «condizioni mortificanti con cui sono stati trattati gli immigrati trattenuti» nel Centro Identificazione ed Espulsione di Bari-Palese²⁹.

E non sarebbe, inoltre, azzardato ritenere che tale decisione possa aprire la strada ad ulteriori ipotesi e forme di tutela, senza escludere la possibilità di avvalersi anche del ricorso per l'efficienza amministrativa, di cui al d.lgs. 198/2009, per ottenere l'adeguamento delle strutture di accoglienza agli standard di qualità previsti dalle fonti sovranazionali³⁰.

4. Il ruolo degli enti locali nel bilanciamento degli interessi della persona immigrata e delle comunità ospitanti nella prospettiva del diritto ad una buona amministrazione.

Alla luce di tali considerazioni, ci si chiede se, e in che misura, sia possibile allineare la gestione dell'accoglienza a quei principi giurisprudenziali che in ambi-

²⁸ Cfr. C. cost., 24 luglio 2019, n. 194.

²⁹ Trib. Bari, sent. 10 agosto 2017.

³⁰ In argomento, sia consentito rinviare a M. INTERLANDI, *Il ricorso per l'efficienza delle pubbliche amministrazioni*, in G. RECINTO, L. MEZZASOMA, S. CHERTI (a cura di) *Diritto e tutele dei consumatori*, ESI, 2014, 589 ss.

to europeo hanno ancorato la tutela della libertà fondamentali al bilanciamento degli interessi in gioco, tenendo conto, quindi, sia della situazione soggettiva della persona immigrata che delle istanze della comunità di primo approdo.

Rispetto a tale interrogativo, è possibile, per ora, solo indicare una possibile chiave di lettura, ricavabile dal disegno istituzionale delineato dalla Costituzione, secondo cui le funzioni amministrative sono organizzate nella prospettiva della effettiva realizzazione dei diritti fondamentali della persona.

In quest'ottica, allora, il paradigma del diritto alla "buona amministrazione" potrebbe spingere ad una maggiore valorizzazione del principio di sussidiarietà, di cui all'art. 118 Cost., come principio organizzativo fondato sulla collaborazione tra i diversi livelli di governo, volto a promuovere forme di autonomia adeguate e differenziate in base agli specifici contesti territoriali.

Del resto, è sufficiente ricordare che l'art. 3 del TUI (testo unico immigrazione) attribuisce agli altri enti locali, *«nell'ambito delle rispettive attribuzioni e dotazioni di bilancio»*, il compito di adottare i provvedimenti necessari per rimuovere gli ostacoli che di fatto *«impediscono il pieno riconoscimento dei diritti e degli interessi riconosciuti agli stranieri nel territorio dello Stato, con particolare riguardo a quelli inerenti all'alloggio, alla lingua, all'integrazione sociale, nel rispetto dei diritti fondamentali della persona umana»*.

La norma andrebbe letta in armonia con la previsione di cui all'art. 119 Cost., che obbliga lo Stato a destinare agli enti locali risorse aggiuntive e ad effettuare interventi speciali in favore di determinati comuni per assicurare l'effettivo esercizio dei diritti della persona. Diritti, che, dovranno trovare applicazione nella dimensione solidaristica delle garanzie costituzionali, tenendo conto, quindi, della persona (straniera) come individuo, ma anche come parte della una comunità, economica e sociale di riferimento³¹.

Sì che il fondamento della promozione e valorizzazione dell'autonomia locale non può che rinvenirsi nell'assunzione di responsabilità che accomuna tutte le istituzioni, impegnandole ad operare per il perseguimento di obiettivi comuni, per realizzare al meglio i diritti e le condizioni di vita personali e collettive previste dall'ordinamento³².

Non dobbiamo dimenticare, infatti, che la tutela delle libertà fondamen-

³¹ Sul principio di autonomia locale v. G. PASTORI, *Principio di legalità e autonomie locali*, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Atti del convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna 20-22-settembre, Milano, 2008, 267-286, in cui l'a. evidenzia la valorizzazione del principio autonomistico nella riforma costituzionale del 2001. In particolare, si rileva che, con il nuovo art. 114 Cost., che ha equiparato la posizione istituzionale degli enti locali a quella dello Stato e delle Regioni, si è inteso presidiare *«in maniera diretta gli ambiti funzionali spettanti delle istituzioni autonome locali e che il legislatore ordinario (sia nazionale che regionale) possa incidere sui contenuti dell'autonomia solo in quanto e negli stretti limiti in cui lo stesso testo costituzionale lo preveda»*. Più in generale sul valore dell'autonomia locale, che fonda sulla differenziazione la capacità organizzativa dell'amministrazione di assicurare l'effettività dei diritti fondamentali, sia consentito rinviare a M. INTERLANDI, *Autonomia differenziata, unità nazionale e diritti fondamentali nel processo attuativo dell'art. 116 Cost.*, in F. PASTORE (a cura di), *Il regionalismo differenziato*, Padova, 2019.

³² G. PASTORI, *Principio di legalità e autonomie locali*, cit.

tali deve trovare applicazione in una dimensione solidaristica, che tenga conto cioè anche dell'impatto di tale tutela sulla comunità sociale ed economica di riferimento. Il che non significa optare apoditticamente per la prevalenza dell'una sulle altre, ma di seguire le indicazioni che la stessa Costituzione ci offre, tutelando la persona come individuo e nella formazione sociale in cui sviluppa la sua personalità.

Tutto ciò porta ad individuare, allora, nel decentramento amministrativo, e nella valorizzazione del ruolo di comuni, il modello organizzativo più efficace per promuovere lo sviluppo economico e sociale, in funzione dell'effettivo esercizio dei diritti della persona³³.

Ciò implica non solo riconoscere agli enti locali una maggiore autonomia e più ampie funzioni ma, anche, rivendicare un ruolo più attivo nel concorrere alla acquisizione delle risorse bandite dai fondi europei. In questo modo si eviterebbe il rischio che la gestione dell'accoglienza degli immigrati costituisca un ulteriore ed irrimediabile fattore di divario sociale tra aree più ricche e quelle più povere del paese³⁴.

Le considerazioni sin qui svolte, e da ultimo, la sentenza del tribunale di Bari, ci pongono, perciò, nella prospettiva di superare, una volta e per tutte, quella contrapposizione ideologica - sia consentita la semplificazione - tra chi invoca i "porti aperti" e chi, invece, spinge per la chiusura delle nostre frontiere, che, come è noto, è stata, e continua ad essere, foriera di una insanabile tensione tra sicurezza e libertà³⁵.

Infatti, la complessità dei problemi derivanti dalla gestione dei flussi mi-

³³ In tal senso, sia consentito il riferimento a M. INTERLANDI, *Autonomia differenziata, unità nazionale e diritti fondamentali nel processo attuativo dell'art. 116 Cost., cit.*

³⁴In questo contesto è esemplificativa la situazione che si è venuta a creare dopo l'intervento legislativo n. 47/2017 sui minori non accompagnati. La legge, infatti, al fine di allineare il regime di tutela nazionale alle garanzie costituzionali e sovranazionali, ha prescritto l'obbligo per le autorità locali di innalzare gli standard di accoglienza e di assistenza, attribuendo la responsabilità dell'attuazione di tali adempimenti ai comuni, senza però conferire ad esse le risorse necessarie. E poiché il fondo nazionale per la gestione del sistema SPRAR non copre tutti i costi necessari per la gestione dell'accoglienza di secondo livello, potrebbe verificarsi che le amministrazioni locali che versano in situazioni finanziarie più critiche, non siano in grado di garantire tali prestazioni. E ciò, nonostante, la Corte di Cassazione abbia stabilito che il Comune sia tenuto alla erogazione delle prestazioni assistenziali, ai sensi della l. 328/2000, anche in assenza di un rapporto diretto o di una convenzione tra ente ed operatori sociali. Cfr., C. Cass., Sez. I Civ., sent. 3 settembre 2010, n. 19036. Si pensi ad esempio all'espletamento delle procedure di identificazione, o di accertamento dell'età del minore che, in assenza di personale, per carenza di fondi, determina un inevitabile allungamento dei tempi, costringendo i minori a permanere nei centri di prima accoglienza per un tempo superiore a quello prescritto dalle riforme, di 30 giorni, con conseguente ritardo dell'inserimento del minore presso famiglie o strutture funzionali alla sua integrazione. È evidente, allora, il rischio di una ingiusta differenziazione nel trattamento giuridico dei minori stranieri non accompagnati, che finirebbe per privilegiare quelli ospitati in comuni finanziariamente più solidi, rispetto a quelli ospitati nei comuni che dispongono di risorse più limitate.

³⁵ Più specificamente su questi temi v. V. BALDINI, *Sicurezza e libertà nello Stato di diritto in trasformazione. Problematiche costituzionali delle discipline di lotta al terrorismo internazionale*, Torino, Giappichelli, 2005.

gratori, da cui emerge una conflittualità sempre più esasperata tra interessi contrapposti, dovrebbe indurre a ricercare una possibile soluzione proprio nel bilanciamento di interessi, evocato anche dalla giurisprudenza della Corte Edu, quale canone interpretativo del diritto ad una buona amministrazione, che consente di garantire, anche sul piano organizzativo, l'effettività dei diritti fondamentali della persona, immigrata o cittadina che sia. Con conseguente riconoscimento del principio di sussidiarietà come suo necessario paradigma³⁶.

Solo così sarà davvero possibile assicurare ai diritti fondamentali una tutela “sistemica e non frazionata” che trovi, come abbiamo visto, nel bilanciamento degli interessi in gioco, secondo il canone della proporzionalità, una tecnica interpretativa che consente di rispettare, anche in un quadro giuridico più ampio come quello sovranazionale, il pluralismo dei valori e delle libertà su cui si fonda la nostra Costituzione³⁷.

Del resto, come sappiamo, nessun diritto può ritenersi protetto in modo assoluto, in quanto la presenza di altri diritti e valori può costituire un “confine” alla sua tutela³⁸. Pertanto, le istanze di sicurezza, reclamate dalle comunità territoriali rappresentano una condizione indispensabile per l'esercizio dei diritti umani, imponendo allo Stato obblighi di protezione non solo verso chi arriva, ma anche verso chi accoglie.

In questo scenario non sembra, perciò, azzardato auspicare che nel dibattito sull'attuazione dell'art. 116, c. 3, Cost., le problematiche poc'anzi evidenziate possano trovare soluzioni adeguate, ancorando la pretesa di una maggiore autonomia locale all'opportunità di allineare le funzioni amministrative, sul piano sostanziale ed organizzativo, all'effettività dei diritti della persona, nella prospettiva, più volte evocata, di una buona amministrazione.

³⁶ Sulla valenza organizzativa del principio di buon andamento, v. D. D'ORSOGNA, *Buona amministrazione e sussidiarietà*, in *diritto@storia*, 2010, 9.

³⁷V. M. CARTABIA, *Diritto amministrativo e diritti fondamentali*, in L. TORCHIA (a cura di), *Attraversare i confini del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2016, in part. 178-179, in cui l'A. rileva come il principio di proporzionalità sta gradualmente demolendo i cd. “automatismi legislativi”, spingendo la Corte Costituzionale a sottoporre ad un severo «*vaglio di ragionevolezza e proporzionalità* quelle previsioni che al verificarsi di una data evenienza ricollegano una conseguenza giuridica predeterminata, inderogabile e ineluttabile (...). La corte ravvisa in questa rigida consequenzialità uno specifico motivo di illegittimità costituzionale, in particolare quando le regole sono formulate in modo tale da non permettere al giudice – o eventualmente alla pubblica amministrazione – di tenere conto delle peculiarità del caso concreto e di modulare gli effetti alla regola in relazione alla specificità della situazione».

³⁸ Al riguardo osserva D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, cit., 25, che il principio di legalità mira a garantire una relazione equilibrata tra diritti fondamentali del singolo, da un lato, ed interessi della collettività, dall'altro.

II STUDI

EMILIE CHEVALIER
Associate Professor of Public Law University of Limoges - OMIJ
emilie.chevalier@unilim.fr

STANDING BEFORE FRENCH ADMINISTRATIVE COURTS AND ENVIRONMENTAL PROTECTION: NOT SPECIFIC ENOUGH FOR AN EFFECTIVE ACCESS TO JUSTICE?

ABSTRACT

In environmental matters, under the influence of Aarhus Convention, access to court is now a core pillar for the effectiveness of environmental legislation. In the French system, the standing conditions for a claim for judicial review before the French administrative courts are usually regarded as being easily fulfilled, since the French administrative case law adopts an interest-based approach to standing. This notion is interpreted in a rather extensive manner and in such way that the requirement has been deemed as satisfied as soon as there is a link between the challenged act and the personal situation of the applicant. But, applied in environmental matters, the enforcement of those standing requirements is restrictive, since it may be rather complex to prove the existence of an individual interest to challenge an act which impacts species or biodiversity. Indeed, due to the collective dimension of environmental protection, access to judicial review for individuals might be widely impaired. Doing so, the French conception of *intérêt à agir* does not seem to be in compliance with high standards applicable to access to justice to review administrative action. However, despite the development of International and European standards, it is rather unlikely that the French conception may change in order to take into account the specificity of the question of access to justice in environmental matters.

KEYWORDS: access to justice, judicial review, standing, environment, Aarhus convention.

INDICE: 1. The inadequacy of the *intérêt à agir* requirements in environmental matters. –2. An unlikely adaptation of standing requirements of judicial review in environmental matters.

The judge has become a core pillar for the protection of environment. Its intervention happens most often in a conflictual context, potentially reflecting the existence of violations of environmental protection standards. The judge is then increasingly seen as the indispensable and ultimate guarantor of environmental Rule of Law, promoting its effectiveness in the domestic legal order¹. In the French system, ordinary judges, meaning civil, criminal and ad-

¹ J. EBBESSON, *L'accès à la justice en matière d'environnement en droit international: pourquoi et comment?*, in J. BÉTAILLE (dir.), *Le droit d'accès à la justice en matière d'environnement*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2016, p. 64, spéc. p. 65-66: «*Quelles sont les justifications plaidant en faveur de participation du public au processus décisionnel et de l'accès à la justice ? (...) Garantir les droits à la participation et à l'accès à l'information et les autres droits existants en matière*

ministrative judges are competent to adjudicate on environmental matters, according to their respective jurisdiction, ensuring the complementarity available legal remedies². In this respect, the administrative judge belongs in a special place. While it is involved in disputes between individuals and administrative authorities, administrative judge's role is first of all to guarantee Rule of law and the compliance of public activities with legal standards, which is obviously an essential condition for the effectiveness of environmental legislation. Making use of dynamic interpretation, the French administrative judge has also contributed to the deepening of environmental requirements³, especially under the influence of European standards, but also following the movement of fundamentalization of environmental law by promoting constitutional standards in the field, grounding especially on the Charter for the Environment⁴.

However, the enforcement of the protective mission of the administrative judge is conditioned by the fact that the judge is called upon to rule on the legality of an act, i.e. in concrete terms that an action is brought before it, which is an essential preliminary requirement. Beyond thoughts related to the use of courts by individuals, from a legal point of view, the intervention of the judge in judicial review (*recours en excès de pouvoir*) depends in particular on the conditions of admissibility of the action, and especially on the definition of standing requirements, and particularly the interest to act (*intérêt à agir*). These are determined by each legal system, following different national legal traditions. In this perspective, based on an objective conception, the conditions of access to the French administrative courts are generally considered to be favorable, even very favorable, to individuals⁵. Indeed, the standing requirement is interpreted extensively, especially in comparison with the German conception based on right-violation⁶. This notion is not stated in a legal statute, but has been set in case law and has, over time, been interpreted on a case-by-case basis, as meaning that a personal interest, material or moral, is required. The administrative case law has interpreted this notion in a rather extensive manner and in such way that the requirement has been deemed as satisfied as soon as

d'environnement ; Faire respecter les règles de protection de l'environnement et améliorer l'efficacité et l'application des lois environnementales ; Améliorer la qualité du processus décisionnel en renforçant le contrôle de l'administration publique ; Promouvoir et adapter l'acquis des droits de l'homme ; Promouvoir la légitimité, l'équité et la justice dans la prise de décision et ainsi promouvoir la confiance envers le gouvernement ; Faire de même dans des contextes transfrontaliers».

² C. HERMON, *Le droit à un recours effectif. Du bon usage de l'office distinct des juges administratif et civil*, in J. BÉTAILLE (dir.), *Le droit d'accès à la justice en matière d'environnement*, op. cit., p. 145.

³ Le juge administratif et le droit de l'environnement, Dossiers thématiques du Conseil d'Etat, 2015, available at <https://www.conseil-etat.fr/content/download/145800/document/droit%20de%20l%20environnement.pdf>.

⁴ CE, 3 October 2010, *Commune d'Annecy*, n° 297931. Charter for Environment available at <https://www.conseil-constitutionnel.fr/en/charter-for-the-environment>

⁵ O. RENAUDIE (dir.), *L'intérêt à agir devant le juge administratif*, Boulogne-Billancourt, Berger-Levrault, 2016.

⁶ See C. BACKES, *Access to court*, in C. BACKES, M. ELIANTONIO (eds.), *Cases, Materials and Text on Judicial Review of Administrative Action*, London, Hart Publishing, 2019, p. 191.

there is a link between the challenged act and the personal situation of the applicant⁷. The *intérêt à agir* is, in this sense, assessed objectively and not subjectively.

However, in environmental matters, the apparent liberalism of the conditions of the interest to act is not so evident, since to some extent, they could be obstacles hindering access to courts. Indeed, the assessment of standing requirement may reduce or even exclude for some applicants from access to courts. This is not only the case, in a fairly traditional manner for associations or other legal persons⁸, but also for individual applicants. Insofar as the defence of the environmental interest is primarily a collective interest, it is difficult for individuals to assert an individual and personal interest in the annulment of a general administrative act. Then, assessment of standing requirements impacts the enforcement of environmental Rule of law. Such conception is now potentially in contradiction with international⁹ and European requirements. Indeed, those requirements, which are grounded on classical case law, shall be assessed in a renewed legal context. The obligation to ensure effective access to courts in environmental matters is first of all based on the Aarhus Convention¹⁰, which enshrines the role of the judge as a pillar of environmental democracy. Access to the courts is not only conceived as a guarantee for the effectiveness of the right of access to information and participation¹¹, but also and above all, through the third pillar of the Convention, as an autonomous guarantee of environmental Rule of Law. Article 9 (3) of the Convention states that «(...) each Party shall ensure that members of the public who meet the criteria, if any, laid down in its national law have access to administrative or judicial procedures to challenge acts or omissions by private persons or public authorities which contravene provisions of national law relating to the environment». Based on a rather flexible approach to the assessment of the criteria for admissibility of judicial review in environmental cases, its decisive contribution is to stress the immediate connection between effective access to justice and environmental matters¹².

⁷ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, 2008.

⁸ Legal persons have standing to challenge acts related to their existence, organisation, functioning, competences or their activity, see CE, 28 December 1906, *Syndicat des Patrons-Coiffeurs de Limoges*, n° 25521.

⁹ See Rio Declaration on environment and development, principle 10; Report on UN Conference on Environment and Development (3-14 June 1982), UN Doc. A/CONF.151/26, Vol II, Annex I.

¹⁰ Aarhus Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters adopted on 25 June 1998, ratified by France by Law n. 2002-285 of 28 February 2002 authorizing approval of the Convention and Decree n. 2002-1187 of 12 September 2002 on publication of the Convention, Official Journal of the French Republic, 21 September, p. 15 563; and by the EU, by Council Decision 2005/370/EC of 17 February 2005 on the conclusion, on behalf of the European Community, of the Convention on access to information, public participation in decision-making and access to justice in environmental matters [2005] OJ L 124/1.

¹¹ See Convention, article 9 (1) and (2).

¹² See e.g. on Article 9 of the Aarhus Convention, J. JENDROSKA, *Accès à la justice: remarque sur le statut juridique et le champ des obligations de la convention d'Aarhus dans le contexte de*

The conditions of admissibility judicial review shall therefore be assessed in the light of these requirements in order to assess the effectiveness of the judicial review as a way to contribute to environmental protection. However, their implementation shows, to a certain extent, the limits of judicial review to promote environmental Rule of Law. Indeed, the broad conception of *intérêt à agir* is in environmental matters rather strict, especially because of the lack of consideration of environmental specificity (§1). Furthermore, despite of the development of international and European standards on access to justice, specific for environmental matters, the approach adopted by the French administrative judge does not tend to be changed, at least in the short term (§2).

1. The inadequacy of the *intérêt à agir* requirements in environmental matters.

Taluno Whereas judicial review is generally considered as a remedy widely accessible for individuals, such a statement deserves to be put into perspective when environmental matters are at stake. Indeed, the assessment of standing requirements proves to be more restrictive in this context because of the predominant collective dimension of environmental protection issue (A). Even if the French system has some peculiarity, regarding the favored status of some environmental NGOs to access to court, this cannot compensate for an overly restrictive conception of access to courts for individuals (B).

A. Individuals removed from the administrative judge's courtroom in environmental matters

In the context of environmental disputes, the assessment of standing for individuals is no different from that applicable to any dispute which falls within the jurisdiction of the administrative court in judicial review. However, it proves to be restrictive, or even exclusive, for individuals involved in the defence of environmental interests.

According to long-established case law, the applicant must show that he has a personal, direct and certain interest in the annulment of the challenged act for its action to be admissible. This requirement is deemed to be satisfied if the applicant demonstrates that there is a link between the contested measure and his personal situation. The interest in bringing action is therefore subject to a broad interpretation. Nevertheless, when applied to environmental litigation, these requirements look particularly restrictive. Indeed, by its very nature, the promotion of the environmental interest is first and foremost that of a collective interest. When initiating judicial review, the individuals do not aim at defending an individual interest, but the protection of a species or other environmental interests, which may be impacted by an administrative act. Obviously, the defence of the environmental interest may be satisfied while defending an individual interest, and then the action would be admissible, the individual

l'Union Européenne, in *Revue Juridique de l'Environnement*, 31, Special Issue, 2009.

situation (and not only the environment or a component of it) is affected by the challenged act, because of geographical proximity or by a neighborhood link¹³. In practice, it is true that such interpretation of individual interest does not prevent the administrative judge from ruling on cases having environmental impact. The success of the movement "Not In My Back Yard" (or NIMBY) feeds the environmental litigation thanks to the requests brought by individuals, the alibi of environmental protection being then put forward to legitimize the judicial action, whereas, paradoxically, it is indeed the existing individual interest that makes it admissible. But the mere defense of environmental interests is never sufficient to declare an individual action admissible.

This restrictive conception and the limits it creates in terms of access to the administrative judge were confirmed by the Janin decision of the Council of State, held in 2015¹⁴. The appeal had been lodged by an academic, specialized in public and environmental law and active member in several NGOs. He challenged a ministerial order (*arrêté ministériel*) adopted on 30 June 2015 and which provided for the list, methods and periods of destruction of harmful species. In a rather laconic fashion, with is not atypical in French rulings, the French supreme administrative judge dismissed the claim, considering it inadmissible, due to the lack of standing on the side of the applicant. What is worth noticing is that the applicant had originally not raised any arguments concerning standing, but did so only after the *Conseil d'Etat* raised *ex officio* a question concerning the admissibility of the case. At that point, the applicant, in order to prove standing, invoked both a constitutional source, i.e. Article 7 of the Charter of Environment, and an international source, i.e. Article 9 of the Aarhus Convention. However, the *Conseil d'Etat* considered that neither of these provisions could grant any standing to the applicant, being "only" a member of the public, even if he is interested above average in environmental issues¹⁵. Thus, environmental claims should not profit from a different approach towards standing, despite the constitutionalisation of the Charter of the Environment. Indeed, the *Conseil d'Etat* ruled that Article 2 of the Charter of the Environment, according to which «*Everyone is under a duty to participate in preserving and enhancing the environments*», did not ground a general access to court¹⁶. Such a solution was to be expected, since the provisions of the Charter are generally

¹³ CE, 15 April 2005, *Association des citoyens et contribuables de la communauté de communes Saane-et-Vienne et autres*, n°273398; CE, 3 June 2009, *Canary*, n° 305131.

¹⁴ CE, 23 October 2015, *Janin*, n° 392550.

¹⁵ CE, 23 October 2015, *Janin* : «*Considérant que pour justifier son intérêt pour agir, M. A...se prévaut, en premier lieu, de l'intérêt qu'il porte à la faune sauvage et à sa préservation, qui s'est traduit par la publication de nombreux articles dans des revues spécialisées, de son engagement, depuis plusieurs années, comme membre fondateur ou administrateur d'associations de protection de l'environnement, et de ce qu'il a pris part à la procédure de participation du public mise en œuvre, en application de l'article L. 120-1 du code de l'environnement, sur le projet d'arrêté attaqué ; que toutefois, ces circonstances ne sauraient par elles-mêmes être regardées comme lui conférant un intérêt personnel direct et certain à l'annulation de l'arrêté attaqué ; (...)*». See E. CHEVALIER, M. ELIANTONIO, *Standing before French Administrative Courts: too restrictive to effectively enforce environmental rights?*, in *Montesquieu Law Review*, Issue n°5, 2017, available online.

¹⁶ CE, 3 August 2011, *Mme Buguet*, n° 330566.

denied of direct effect¹⁷.

The conditions of admissibility, as assessed, therefore make it difficult, or even reduce to a bare minimum, the possibilities for an individual to challenge an administrative act impacting the environment or the state of nature. These inadequacies have been partially remedied by the legislative recognition of a presumption of interest to act on behalf of certain associations, which cannot, however, compensate for this restrictive conception as far as individual actions are concerned.

B. The recognition of a privileged category of applicants, an insufficient compensation

Generally speaking, access to justice for associations to challenge the illegality of an administrative act is problematic, either because of a lack of individual interest or a lack of violation of a subjective right. It is precisely one of the achievements of Aarhus convention to impose the contracting states to provide for adequate regime to ensure an effective access to NGOs. The French system differs from the majority of European States since it has for long provided for a specific regime of access to justice for some environmental NGOs. However, this system of presumption does not completely remedy the shortcomings resulting from the limited access to the courts for individuals.

The specific role awarded to NGOs in the environmental field is not a French peculiarity. Their activism, vigilance and particular expertise have legitimized their greater involvement in the public arena¹⁸. Concerning particularly access to justice, the recognition of their capacity to go before court is often considered as a means to represent the interest of Nature. Indeed, «*the environment has no voice*»¹⁹, and Nature does not have, most often, legal personality²⁰, which constitutes an obstacle to grant direct access to justice²¹. Consequently, legal systems have developed mechanisms of representation²². NGOs have emerged as legal representatives or legitimate agents of Nature's interests²³. In

¹⁷ B. MATHIEU, *Observations sur la portée normative de la Charte de l'environnement*, in *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 15, p. 146 ; M. PRIEUR, *La charte de l'environnement : droit dur ou gadget politique ?*, in *Pouvoirs*, 4 (n° 127), 2008, p. 49.

¹⁸ J.A. FUENTES VÉLIZ, *L'évolution du rôle des organisations non gouvernementales dans le droit de l'environnement*, in *REDE*, 4, 2007, p. 401.

¹⁹ L. KRAMER, *Débats*, in M. Boutelet, J.-C. Fritz (dir.), *L'ordre public écologique*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 342. The author adds that «*Les universitaires devraient donner une voix à l'environnement silencieux*»!

²⁰ D. SHELTON, *Nature as a legal person*, in M.-P. CAMPROUX DUFFRÈNE, J. SOHNLE (dir.), *La représentation de la nature devant le juge : approches comparative et prospective*, in *Vertigo - la revue électronique en sciences de l'environnement* [En ligne], Hors-série 22, septembre 2015, mis en ligne le 10 septembre 2015, URL: <http://vertigo.revues.org/16188>.

²¹ See the famous article of C.D. STONE, *Should trees have standing? Towards legal rights for natural objects*, in *45 South California Law Review*, 450, 1972.

²² See for example E. FERNANDEZ FERNANDEZ, *Les controverses autour de l'intérêt à agir pour l'accès au juge constitutionnel : de la défense du droit à l'environnement (Costa Rica) à la défense des droits de la nature (Équateur)*, in M.-P. CAMPROUX DUFFRÈNE, J. SOHNLE (dir.), *La représentation de la nature devant le juge*, *op. cit.*

²³ See F. OST, *La nature hors la loi – l'écologie à l'épreuve du droit*, 1995, rééd., Poche, La Découverte, 2003, p. 204: «*Plutôt, (...), que d'affubler la nature des oripeaux du sujet de droit et de lui confier un rôle d'emprunt sur la scène judiciaire (...), ne convient-il pas plutôt d'accorder enfin un réel droit d'action en*

the French system, in a rather pioneer manner, these profits indeed from more relaxed standing rules than individuals and they do not need to pass the “interest to act” threshold discussed above. Indeed, according to the Law of 10 July 1976, approved NGOs profit from a presumption of standing when bringing a claim for judicial review²⁴, which is interpreted widely²⁵. The NGOs concerned are those which are approved by a ministerial or prefectoral decision depending on the geographical scope of its competence. Such a legislation-based presumption illustrates the will of the legislative power to limit the margin of discretion of the judge in regulating access to court. It has been considered as the express recognition of the importance of NGOs in the promotion of environmental democracy²⁶, and of their legitimacy to take part in public debate at various stages and thus opens a privileged path to access to court, and especially to the administrative courts.

However, this system does not compensate fully the limited access for individuals. The scope of such a mechanism, and then its contribution to the enforcement of environmental Rule of Law, is limited first of all by the conditions of approval. The latter has a symbolic scope in that it must reflect the association's ability to contribute to the general interest, through the defence of a collective interest, which aims precisely at distinguishing them from associations constituted first for the defence of individual interests²⁷. In order to be eligible for approval, it is required to demonstrate that for a period of three years from the date of its declaration, its statutory purpose and its activities have actually been concerned with environmental protection, that it is sufficiently representative from the point of view of its members and that its activity is non-profit-making²⁸. Previously of indefinite duration, approval is now granted for a five-year time. From 2012, the number of approved associations has been drastically reduced to around ten, whereas they used to be more than a hundred. The administrative authority justifies this narrower approach by the desire to limit the grant of approval for the most representative and active associations. So, the approval system is not a panacea and cannot replace individual appeals. Even if environmental NGOs are relatively active in litigation, anchoring judicial review in environmental matters in an associational approach does not seem to grant sufficient possibility to enforce judicial review. First, in the case NGO would fail to bring a claim against a certain environmental violation, essentially no recourse would be open to individuals in those cases in which no individual would be able to demonstrate a personal interest, as it was exemplified above. Second, the limited number of approved NGOs

justice aux associations qui la défendent ?».

²⁴ Article L 142-1 of the Code of environment.

²⁵ CE, 17 March 2014, *Association des consommateurs de la Fontaulière*, n°354596.

²⁶ F. OST, *Droit et intérêt*, Facultés universitaires de Saint-Louis, Vol. 2, 1990.

²⁷ R. LÉOST, *L'agrément des associations de protection de l'environnement*, in *Revue Juridique de l'Environnement*, 2, 1995, p. 265.

²⁸ See article R. 141-2 of the Code of environment.

reduces concretely the opportunities of litigation. From a political point of view, the approval system may also be considered as a way to “select” *a priori* who can go to court to defend environmental interests. This selection implies, firstly, that not all NGOs fall within the scope of application of the more favorable standing conditions, and, secondly, that not any individual can go to court. In this sense, the legislation could be interpreted as an implicit refusal to recognize an equally broad access for individuals in environmental matters. At the same time, it legitimates the restrictive approach to standing for individuals promoted by the French case law, since the administrative courts have discretion to define the standing requirements in the absence of any legislative requirement.

The presumption of standing awarded to the approved NGOs is undeniably an interesting palliative to the limits of the application of the basic criteria to assess standing in environmental cases, offering a way of defending the environmental interest. However, its scope should not be overestimated. This presumption may even have an reverse effect on the situation of individual applicants: considering that action in judicial review may be lodged by privileged applicants, it may justify that on the other side to exclude the majority of individuals. Such a conception seems questionable in the light of European and international requirements, which on the contrary support the promotion the widest access to justice as possible in environmental matters. However, it is not certain that these developments will lead to an adaptation of standing requirements in the field of environment.

2. An unlikely adaptation of standing requirements of judicial review in environmental matters.

Despite the increasing promotion of access to court in environmental matters, the French interpretation of standing requirements in judicial review has for consequence to neutralize the range of those obligations (A), since French administrative judge intends to keep under control access to its courtroom (B).

A. The limitation of the scope of international and European standards

The right to judicial review has been recognized specifically by international conventions and European norms related to environmental protection. However, the effects of those provisions remain limited in the domestic legal order.

First of all, the effective enforcement of Article 9 of Aarhus Convention before the judge is conditioned by its invocability and direct effect. Generally speaking, the *Conseil d'Etat* has adopted a restrictive conception of direct effect of the provisions of Aarhus Convention, leading to the selectivity of the provisions which individuals may use²⁹. Indeed, having a classical conception of di-

²⁹ J. BÉTAILLE, *The direct effect of the Aarhus Convention as seen by the French 'Conseil d'Etat'*, in *Environmental Law Network International*, 2, 2009, pp.63.

rect effect, the *Conseil d'Etat* relies exclusively on the terms of the provision, in order both to identify the will of the parties to the Convention and to determine whether it can be applicable in the litigation. This position has been criticized by some members of the Council of State themselves³⁰. Thus, direct effect has been denied to Article 9 (3) of the Aarhus Convention, as was confirmed in the Janin judgment³¹. This approach seems to be shared by courts and especially by the Court of Justice of the European Union itself. Contrary to the other pillars of the Aarhus Convention, the third pillar related to access to justice has not been implemented into Union law through secondary law, particularly because of the Member States' reluctance to see the Union interfering in these matters, since the Union is sometimes considered as too intrusive in national judicial systems³². In the absence of harmonization process giving effect to Article 9(3), the Court of Justice has nevertheless sought to ensure that the third pillar is effective in the Union legal order, especially at Member States level³³. Thus, it held that even if Article 9(3) of the Convention did not have direct effect, since its effectiveness remained conditional on implementing

³⁰ See Conclusions of Public Rapporteur Yann Aguila on CE, 6 June 2007, *Commune de Groslay*, n° 292942. See also Y. AGUILA, *L'étendue du contrôle du juge dans les Etats membres*, in RJE, special issue, 2009: «On peut se demander si le moment n'est pas venu, à la lumière des développements du droit international aujourd'hui, de revoir cette jurisprudence sur l'effet direct des traités internationaux».

³¹ CE, 5 April 2006, *Mme Dupont et al*, n° 275742.

³² In 2003, the Commission presented a Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on access to justice in environmental matters which would give effect to Article 9(3) of the Convention (Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on access to justice in environmental matters, COM(2003) 624 final). The Directive has not been adopted to date on the ground that 'Member States remained unconvinced that legislative action at EU level was needed to implement Article 9(3)' and that the proposal was overly intrusive into the national judicial systems of the Member States (European Commission, 'Explanatory Consultation Document', at <http://ec.europa.eu/environment/consultations/pdf/access.pdf>, p. 2.)

³³ The EU Court of justice has been much more reluctant to ensure the effectiveness of Article 9(3) in its own courtroom in case of action for annulment. The Aarhus Compliance Committee stated that EU infringed Aarhus requirements (J. BÉTAILLE, *Accès à la justice de l'Union européenne, le Comité d'examen du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus s'immisce dans le dialogue des juges européens : à propos de la décision n° ACCC/C/2008/32 du 14 avril 2011*, in *Revue juridique de l'environnement*, 2011, pp. 547-562. See more recently, Findings and recommendations of the Compliance committee with regard to communication ACC/C/2008/32 (Part II) concerning compliance by the European Union, 17 mars 2017); J.-F. DELILLE, *La protection juridictionnelle dans la matière environnementale en droit de l'Union européenne : la victoire de l'incohérence*, in J. BÉTAILLE (dir.), *Le droit d'accès à la justice en matière d'environnement*, op. cit., p. 91, spéc. p. 93-94: «En définitive, le constat est celui de l'existence d'un double discours dans la jurisprudence de la Cour de justice. D'un côté, elle encadre étroitement les droits procéduraux des états membres, en favorisant la protection du droit de l'environnement devant leurs juridictions. De l'autre côté, la Cour permet aux institutions de l'Union de contrevenir aux normes environnementales de l'Union européenne, en subordonnant l'accès à son prétoire à des conditions restrictives directement contraires à la Convention d'Aarhus. De sorte les actes des autorités publiques causant des nuisances environnementales sont inégalement exposés à la sanction juridictionnelle selon qu'ils soient édictés au niveau des institutions de l'Union ou à celui de ses états membres»; E. CHEVALIER, *Le rôle politique de la Cour de justice en matière environnementale*, in L. CLÉMENT-WILZ (dir.), *Le rôle politique de la Cour de justice*, Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 357.

measures, the national courts had a duty to interpret national law in a manner consistent with the Convention, as far as possible to give full effect to the Convention³⁴. Effective access to justice is deemed essential to ensure effectiveness of EU environmental law. The national courts are then required to interpret the national rules on admissibility of the appeal in the light of the requirements of the Convention, paying peculiar attention to allow an effective access to the courts for NGOs. However, the *Conseil d'Etat* seems to be hermetic to such developments, ignoring EU law requirements even when the case brought before it involves the implementation of Union law³⁵.

However, the restrictive interpretation given by the French system of the scope of the right of appeal appears to be in line with that adopted by the Aarhus Convention Compliance Committee (ACCC). The Aarhus Committee has developed a set of case law outlining the scope of obligations grounded on Article 9 (3) of the Convention³⁶. The question of how the assessment of standing requirements as defined in French administrative law with the requirements of Aarhus Convention is no longer purely hypothetical, since following the rejection of his appeal, Mr. Janin decided to refer the matter to the Aarhus Compliance Committee. He argued that, by denying him any interest in bringing proceedings, the national judge breached the Convention³⁷. Unsurprisingly, the Compliance Committee, which delivered its findings a few weeks ago, considered that France «has not failed to comply with article 9(2) or (3) of the Convention in the circumstances of this case»³⁸. One decisive element is the idea that other applicants could have potentially standing to challenge the decision³⁹. Indeed, the inadmissibility of individual appeals in environmental matters does not mean that there is no judicial protection of environmental Rule of Law in the French system, and, as the Committee stated, that «article 9(3) does not grant a right to every member of the public to challenge every act or omission which may con-

³⁴ CJUE, 8 mars 2011, *Lesoochranárske zoskupenie VLK v Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky* (Brown Bear case), C-240/09 Rec. p. I-1255. M. Eliantonio, 'Case C-240/09 *Lesoochranárske zoskupenie VLK v Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky*, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 8 March 2011' (2012) CMLRev, p. 767.

³⁵ See Janin case.

³⁶ J. EBBESSON, *L'accès à la justice en matière d'environnement*, *op. cit.*

³⁷ Communication to the Aarhus Convention Compliance Committee ACCC/C/2015/135, available at http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/compliance/Communications/PRE-ACCC-C-2015-135-France/Communication_Eng_France_Janin_04.11.pdf.

³⁸ E. CHEVALIER, *L'accès au juge administratif et la protection de l'environnement*, *Le juge et la protection de l'environnement*, Colloque, Université de Sfax 2017, SOGIC, 2018, p. 67.

³⁹ Findings and recommendations with regard to communication ACCC/C/2015/135 concerning compliance by France Adopted by the Compliance Committee on 10 March 2020: «69. In that regard, the communicant does not claim that environmental associations would not have had standing to challenge the 2015 Order. Rather, he seems to acknowledge that they would have (see para. 35 above). 70. Nor does the communicant provide any evidence to demonstrate that other natural persons, for example those who live or work in or recreationally use the areas covered by the 2015 Order, would be denied standing. His sole claim is that he personally was denied standing and that this amounts to a breach of the Conventions», available at https://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/compliance/C2015-135_France/Draft_findings/C135_France_findings_advance_unedited.pdf.

travene national law relating to the environment»⁴⁰, nor does it require an *actio popularis*⁴¹. Because of the privileged system enjoyed by nature protection associations, some members of the "public" are guaranteed effective access to the administrative courts. In view of the Review Committee's case law, a systemic assessment seems to prevail. Above all, the French system is deemed as much more favorable than most other national legal systems. Indeed, traditionally, it is the question of access to justice for NGOs that is problematic, and on this point the adoption of Aarhus Convention has had a significant impact in the majority of cases⁴². On the contrary, in the French case, it was noted that the ratification and the entry into force of the Convention was not expected to bring about significant changes in French administrative litigation rules⁴³.

Whereas the standing requirements before the French administrative judge follow Aarhus requirements, one could still question its compliance to EU law. As mentioned, in Janin case, the action challenged an administrative act adopted to implement Regulation n. 1143/2014⁴⁴. Then, the judge was bound by the ECJ case-law on standing in environmental cases, case-law promoting a wide access to justice. But, here, the solution may not be straightforward. The fact that the *Conseil d'Etat* denied any direct effect to Article 9(3), on the basis of a literal interpretation of the provision, is in line with the European case law, and noticeably the Brown Bear case. However, on the basis of mentioned case, the *Conseil d'Etat* was under an obligation not only to take it into consideration, but also to interpret French law, and especially the applicable standing requirements, in line with the objectives and principles of the Aarhus Convention. But, then, if the Aarhus Committee stated that the French interpretation is in line, even if the *Conseil d'Etat* considered that Article 9(3) was irrelevant in the case, shall we conclude that the solution complies with EU law? First, EU, as a contracting-party of the Convention, may always provide for higher level of protection than the Convention itself, still in compliance with it. Second, the obligation to comply with Aarhus requirements through the channel of EU legal order, on the ground of the mixed agreement concluded by the EU and the Member States, has for consequence to bind the Member States also with EU requirements. On this basis, the interpretation of standing requirements by the *Conseil d'Etat* may be in breach with the fundamental EU

⁴⁰ Findings and recommendations of the Committee, *op. cit.*, point 67.

⁴¹ This was made clear in a decision from the Compliance Committee in a case concerning Belgium (C/2005/11 Belgium, para 35).

⁴² M. ELIANTONIO, C.W. BACKES, C.H. VAN RHEE, T.N.B.M. SPRONKEN, A. BERLEE, *Standing Up for Your Right(s) in Europe - A Comparative Study on Legal Standing (Locus Standi) before the EU and Member States' Courts*, at

[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2012/462478/IPOL_JURI_ET\(2012\)462478_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2012/462478/IPOL_JURI_ET(2012)462478_EN.pdf), p. 83.

⁴³ J. MAKOWIAK, *French report*, at http://ec.europa.eu/environment/aarhus/access_studies.htm, p. 16.

⁴⁴ Regulation 1143/2014 of the European Parliament and of the Council of 22 October 2014 on the prevention and management of the introduction and spread of invasive alien species [2014] OJ L 317/35.

principle of effective judicial protection. Indeed, as mentioned above, it can legitimately be doubted whether a legal system which *de facto* immunizing decisions from judicial review in lack of a challenge by an approved NGO, complies with this objective. Nevertheless, once assessed globally, access to judicial review in environmental matters in France may be fully satisfying with EU requirements, because, here again, of the privileged access guaranteed for some environmental NGOs⁴⁵.

While the classical interpretation of *intérêt à agir* in judicial review in the Janin case might suggest that it was not compatible with the requirements of the Aarhus Convention, a systemic interpretation might be more favorable to the French system. However, such an interpretation should not mask the ever-increasing obstacles to promote an effective access to the administrative court when environmental Rule of Law is at stake.

B. An impossible adaptation of French judicial review to the environmental protection challenges?

The increasing promotion of environmental standards shows the inadequacy of the judicial review, as conceived in France, to defend a component of the general interest, which is environmental protection. Admittedly, in the French conception, the *recours en excès de pouvoir* shall not be assimilated to an *actio popularis*, even if admissibility is based on an objective conception. An excessively broad, if not unlimited, access to the courts would mean that any individual could challenge any administrative act regarded as unlawful, with the risk of jeopardizing legal certainty and the continuity of administrative action. According to French doctrine, such an approach would run counter to the presumption of legality attached to administrative acts. Thus, the *recours en excès de pouvoir*, perhaps paradoxically to some extent, is not open to anyone wishing to promote legality, even it is very purpose. The defence of the general interest is not a ground for access to the courts in the context of an action for excess of power, whereas it is the finality of judicial review in the French conception. Here, a distinction shall be drawn between the conditions of admissibility and the merits of appeal. Classically, the action for excess of power, as an objective remedy, is considered to protect first and foremost the general interest, which will be the basis for the merits of the action, while individual interests would be protected incidentally. Nevertheless, what gives access to the judge is the existence of an individual interest to annulment⁴⁶, whereas it is to protect general interest. Such a conception does not fit to environmental protection challenges. However, the interpretation of standing by the *Conseil d'Etat* may be explained by the fact that the design of standing conditions is indicative of the conception of the function of judging and of judicial review. The court is not

⁴⁵ J. DARPÖ (dir.), *Effective Justice? Synthesis report of the study on the Implementation of articles 9.3 and 9.4 of the Aarhus Convention in the Member States of the European Union*, Rapport pour la Commission européenne, 2013.

⁴⁶ A. DESRAMEAUX, *L'intérêt donnant qualité pour agir en justice. D'une règle du contentieux administratif à l'esprit du droit administratif français*, in V. DONIER, B. LAPÉROU-SCHENEIDER (dir.), *L'accès au juge – Recherche sur l'effectivité d'un droit*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 319.

the place where the general interest and political choices must be debated by individuals. Its access is always conditioned by an individual interest to be defended or protected. But it is above all the practical argument that seems to prevail, since the restrictive conception of the interest to act is a means of controlling access to the courtroom and avoid to overcrowd it⁴⁷. It is unfortunate that in the face of mass litigation the solution remains the restriction of access to the judge, and thus the infringement of a fundamental right, both procedural and substantive⁴⁸. Indeed, since the right to a healthy environment is a fundamental right, a human right⁴⁹, the enforcement of an effective remedy appears all the more essential. Surely, judicial action does not make the right⁵⁰, and here an important limitation lies in the fact that it is not recognized as a subjective right. The growing gap between the fundamentalization process of environmental standards⁵¹ and the ever more difficult access to the administrative judge, strongly impairs the effectiveness of the body of environmental norms⁵².

The absence of specificity in the assessment of standing requirements for judicial review on decisions which have an impact on the environment affects the approach deemed liberal and extensive by the French administrative court. The legislative definition of a regime applicable to approved NGOs confirms the existence of its limits. There is therefore a growing gap between the interest in environmental protection issues from a substantive law point of view and the procedural arrangements for asserting and protecting the interests at stake. Now, the matching of the conditions for assessing standing with the objectives of judicial review, which is the guarantee of the Rule of Law, seems to remain between the hands of the administrative judge himself. Indeed, the salvation will not come from the legislator, which seems to keep on considering the ex-

⁴⁷ A. DESRAMEAUX, *L'intérêt donnant qualité pour agir en justice*, *op. cit.* This type of argument supported also the restrictive approach of standing by the Court of Justice of the European Union, see E. CHEVALIER, *Le rôle politique de la Cour de justice en matière environnementale*, *op. cit.*

⁴⁸ On the evolution in French Law of the assessment of standing of NGOs to challenge planing law decision, see G. KALFLÈCHE, C. MOROT-MONOMY, *La limitation organisée de l'accès à la justice en droit de l'urbanisme*, in J. BÉTAILLE (dir.), *Le droit d'accès à la justice en matière d'environnement*, *op. cit.*

⁴⁹ M. PRIEUR, *Le principe de non régression au cœur du droit de l'homme à l'environnement*, in C. COURNIL (dir.), *Changements environnementaux globaux et droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 109.

⁵⁰ See the fundamental common law principle «*Ubi Jus, Ibi Remedium*», T. THOMAS, *Ubi jus, Ibi Remedium: The Fundamental Remedy Under Due Process*, in *41 San Diego Law Review* 1633, 2004.

⁵¹ The Conseil d'Etat, in Janin case, stated that the Charter for environment provisions, and specially Article 7 «*n'ont ni pour objet, ni pour effet de modifier les conditions d'appréciation par le juge administratif de l'intérêt donnant qualité pour agir contre les décisions ayant une incidence sur l'environnement*». See B. MATHIEU, *Observations sur la portée normative de la Charte de l'environnement*, in *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 15, 2004, p. 146; M. PRIEUR, *La charte de l'environnement : droit dur ou gadget politique ?*, in *Pouvoirs*, 4 (n° 127), 2008, p. 49.

⁵² See for the question of access to Constitutional judge in France: E. CHEVALIER, J. MAKOWIAK, *Dix ans de QPC en matière d'environnement : quelle (r)évolution ?*, Titre VII, to be published online on Conseil Constitutionnel website, July 2020.

PA PERSONA E AMMINISTRAZIONE

Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia

ercise of the right to judge in environmental matters as a brake on the conduct of economic activities. The promotion of international and European sources preserves the judge's margin of appreciation in regulating access to his courtroom. Nevertheless, even if the position of the *Conseil d'Etat* does not *a priori* seem to breach international and European requirements, it is not fully satisfactory with regard to the effectiveness of environmental rules, since access to the courtroom is the first condition for the enforcement of the environmental Rule of Law.

RICARDO PERLINGEIRO¹

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

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

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

SINTESI

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

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

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

ABSTRACT

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

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

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

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

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

1. Introduzione.

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

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

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

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

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

1.1 Premesse retrospettive per uno studio comparativo.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹¹ Ivi, p. 3.

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

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

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

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

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

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

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

¹³ Ivi, p. 31.

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

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

1.2. Premesse prospettiche per uno studio comparato.

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

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

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

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

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

¹⁵ Vedere P. CANE, op. cit.

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Funzione amministrativa di attuazione.

2.1. Dimensione individuale e collettiva delle funzioni di attuazione.

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

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

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

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

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

²² P. CANE, op. cit., p. 326.

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

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

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

2.2. Decisioni degli Esecutivi politici e non politici.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³⁴ G. JÈZE, op. cit., p. 275.

³⁵ B. SCHWARTZ, op. cit., p. 332.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁸ M. ASIMOW, op. cit., p. 5, nota 8.

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

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

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

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

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

3. Controllo delle decisioni amministrative.

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

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

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

6.227/1978.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵⁸ G. JÈZE, op. cit., p. 246.

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

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

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

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

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

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

3.2. Ambiti decisionali per il controllo delle decisioni amministrative.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.3. Parametri procedurali per il controllo della legalità amministrativa.

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

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

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

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

Trattandosi di una decisione amministrativa individuale, è importante af-

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

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

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

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

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

3.4. Controllo accentrato per questioni amministrative di effetto generale.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁸³ P. CANE, op. cit., p. 268.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.3. La giurisdizione come finzione giuridica.

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

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

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

La giurisdizione fornita dallo Stato è un diritto umano fondamentale che

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. Conclusioni.

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

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

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

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

delle attitudini per determinate funzioni:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

dei diritti umani.

Fonti

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade por órgãos não

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Decisioni giudiziarie

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

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

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

RE 631.240. Brasília, 15 dicembre 2016.

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

Fachin. Brasília, 31 maggio 2016.
 Agravo de Instrumento 11.094, Segunda Turma. Brasília, 28 maggio 1934.
 Súmula Vinculante n° 3 (precedente obrigatório). Brasília, 30 maggio 2007.
 Agravo de Instrumento 62.811, Primeira Turma. Brasília, 20 giugno 1973.
 COSTA RICA. Corte Suprema de Justicia de San José de Costa Rica (Corte Suprema di Giustizia di San José di Costa Rica). Exp: 04-011636-0007-CO, Res. 03669-2006. San José, 15 marzo 2006.
 Exp Exp. 04-005845-007-CO, Res. No. 6866-2005. San José, 1 giugno 2005, per VIII, A.
 STATI UNITI. Suprema Corte. *Caso Goldberg v. Kelly*, 397 US 254. Washington, 23 marzo 1970.
 INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Barbani Duarte y otros v. Uruguay*. San José, 13 of October 2011.
Case of Claude Reyes y otros v. Chile. San José, 19 settembre 2006.
Case of Expelled Dominicans and Haitians v. Dominican Republic. San José, 28 agosto 2014.
Case of Gelman v. Uruguay, Monitoring compliance with judgment. San José, 20 marzo 2013.
Case of Palamara Iribarne v. Chile. Serie C No. 135. San José, 22 novembre 2005.
Case of Santo Domingo Massacre v. Colombia. San José, 30 novembre 2012.
Case of Cabrera García and Montiel Flores v. Mexico, Concurring Opinion of Ad Hoc Judge Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. San José, 26 novembre 2010.

Leggi

ARGENTINA. Costituzione della Nazione Argentina del 1853.
 Decreto n° 1.669, del 9 agosto 1993. Riforma dello Stato.
 Legge n° 15.549/1972. Ley de Procedimiento Administrativo [Legge del Procedimento Amministrativo].
 Legge n° 19.549, del 3 aprile 1972. Ley de Procedimiento Administrativo [Legge del Procedimento Amministrativo].
 Legge n° 22.140, del 25 gennaio 1980. Funzione Pubblica.
 BOLIVIA. Legge n° 2.341, del 23 aprile 2002. Ley de Procedimiento Administrativo [Legge del Procedimento Amministrativo].
 BRASILE. Costituzione della Repubblica Federativa del Brasile del 1988.
 Legge n° 8.112, del 11 dicembre 1990. Legge sul regime giuridico dei funzionari pubblici civili dell'Unione, delle autocrazie e delle fondazioni pubbliche federali.
 Legge n° 8.429, del 2 giugno 1992. Legge che prevede sanzioni applicabili agli agenti pubblici in caso di arricchimento illecito nell'esercizio di un mandato, di una posizione, di un'occupazione o di una funzione nella pubblica amministrazione diretta, indiretta o funzionale e contiene altre disposizioni.
 Legge n° 9.784, del 29 gennaio 1999. Legge che disciplina il processo amministrativo all'interno dell'Amministrazione Pubblica Federale.
 CILE. Decreto n° 1/19.653, del 13 dicembre 2000. Stabilisce un testo riscritto,

PA PERSONA E AMMINISTRAZIONE

Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia

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

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

COLOMBIA. Costituzione politica della Colombia.

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

Legge n° 27, del 23 dicembre 1992.

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

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

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

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

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

GUATEMALA. Costituzione del Guatemala.

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

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

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

MESSICO. Costituzione Politica degli Stati Uniti Messicani del 1917.

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

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

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

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

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

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

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

tivo-contenziosa].

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

Legge n° 13, del 5 febbraio 2007.

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

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

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

SINTESI

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

ABSTRACT

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

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

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

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

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

1. Premessa.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Funzione di ordine pubblico e trasparenza.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁶ Tar Lazio, I, 8 marzo 2019 n. 3101.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. Alcune considerazioni finali su un dibattito ancora aperto.

Le considerazioni che possono svolgersi sono diverse.

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

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

Però anche su questo occorre intendersi.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ANDREA GEMMI

Cultore della materia di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia
andreamemmi@outlook.com

LA GOLDEN POWER COME POTERE AMMINISTRATIVO.

PRIMI SPUNTI PER UNO STUDIO SUI POTERI SPECIALI E SUL LORO RAFFORZAMENTO

GOLDEN POWER AS ADMINISTRATIVE POWER.

FIRST STEPS IN AN EXAMINATION OF SPECIAL POWERS AND THEIR ENHANCEMENT

SINTESI

Il contributo è volto ad una prima comprensione della normativa *golden power*, per costruire una teoria dei poteri speciali che ne rilevi i profili di criticità e sviluppo sulla base dell'applicazione delle categorie proprie del diritto pubblico.

La *ratio* della disciplina deve essere studiata innanzitutto nel rapporto con il fenomeno economico, e quindi nella finalità di tutela degli interessi pubblici strategici legati a particolari *asset* rilevanti. La normativa *golden power* non sembra, infatti, volta a superare la gestione economica degli *asset* strategici, che, anzi, costituisce il presupposto logico e giuridico della configurazione dei poteri speciali. La disciplina in esame sembra invece volta ad assicurare allo Stato adeguati strumenti di tutela laddove i meccanismi economici del mercato minaccino in concreto gli interessi strategici. Un primo ambito d'indagine è quindi quello del diritto pubblico dell'economia.

In questo senso, i poteri speciali si qualificano come relevantissimo strumento di ingerenza dello Stato nel mercato, e, in quanto tali, concorrono a definire il travagliato rapporto tra questi due poli. Al fine di comprendere che tipo di intervento venga configurato dalla normativa, risulta determinante studiare quale ruolo assuma l'azione amministrativa entro la cornice del *golden power*.

A questo fine, il ricorso alle categorie dogmatiche elaborate dagli studi sulla regolazione pubblica permette di constatare, da una parte, la distanza sostanziale tra la regolamentazione *golden power*, sia con riferimento alle disposizioni normative che alla disciplina dettata *ad hoc* tramite lo strumento delle prescrizioni, e la regolazione delle *authorities*, in quanto diversa è la finalità, tecnica normativa e finanche l'allocatione organizzativa delle relative funzioni amministrative; dall'altra, non sembra che la normativa sui poteri speciali assegni allo Stato un ruolo nell'economia sostanzialmente nuovo. La costruzione della *golden power* come presidio securitario, a partire dallo stesso D.L. 21/2012, sembra invece dimostrare come questa "regolamentazione speciale" non sia affatto estranea al paradigma dello Stato regolatore e, pur nella sua peculiare collocazione nell'ordinamento, non comporti alcuna cesura rispetto alla dominante costruzione del rapporto tra Stato e mercato.

Sulla base di questa comprensione della natura dell'intervento pubblico sugli

asset strategici si struttura, in primo luogo, una teoria del rapporto tra *golden power* e regolazione del mercato fondata sul principio di eccezionalità degli strumenti di difesa, con importanti conseguenze applicative sia sul profilo applicativo degli adempimenti a cui sono chiamati gli operatori, che sulle prospettive di rafforzamento dei poteri speciali.

In secondo luogo, la ricostruzione dei poteri speciali come funzione autoritativa permette di indagare i caratteri del procedimento e, più in generale, di questo potere amministrativo. A fronte della atipicità del contenuto dei poteri esercitabili attraverso lo strumento delle prescrizioni, l'analisi dei poteri speciali come funzione amministrativa permette di identificarne caratteristiche e limiti. La tutela delle posizioni giuridiche soggettive a fronte dell'amplissima discrezionalità che caratterizza l'esercizio dei poteri di *golden power*, sia nei presupposti che nelle modalità, trova un'importante garanzia nella ricostruzione dei limiti, interni ed esterni alla stessa normativa, a cui i poteri speciali atipici sono soggetti.

Questi primi passi verso la costruzione di un'analisi dei poteri speciali possono contribuire a fornire alla normativa *golden power* una propria collocazione nell'ordinamento, per munire, da una parte, i poteri speciali degli strumenti di unilateralità adeguati per assicurare il perseguimento degli interessi pubblici; e, dall'altra, restituire al diritto amministrativo la propria funzione di garanzia individuale.

ABSTRACT

The purpose of the paper is to achieve a first comprehension of the golden power legislation, to define a theory of special powers highlighting concerns and aspect of interest for their development based on the public law categories. The *rationale* of the legislation is firstly to be studied having regard to the relation with the economic phenomenon and the purpose of protection of national strategic interest related to certain important assets. Under this analysis, golden power legislation does not seem to aim at opposing the economic management of the strategic assets, which is indeed the logical and legal premise of the creation of special powers. On the contrary, this legislation seems to aim at providing to the State suitable means when the market dynamics concretely threat strategical public interests.

In this respect, the special powers qualify as a material capacity of intervention of the State into the market. As such, they concur to define the troubled relation between market and State. To understand what kind of intervention is provided for by this legislation, it is decisive to investigate the role of the administrative action under the golden power framework.

To this end, the application of the categories developed by the public regulation studies leads to assess, on one hand, the material differences between the golden power regulation – both including the legal provisions and the provisions set by single decisions of the Government – and the regulatory activity of the independent authorities, since they have different purposes, provisions' structure and even the allocation of the relevant public function. On the other hand, it does not seem that the golden power legislation grants the State a substantially new role in the economy. On the contrary, a theory of golden power as security safeguard seems to explain how this “special regulation” is not extraneous to the Regulatory State model of interference into the market, and how it does not entail a change in the dominant definition of the relation between State and market.

This comprehension of the nature of the public interference with the State intervention on strategic assets grounds, firstly, a definition of the theory of the relation between golden power and market regulation based on the principle of exceptionality of the defence measures, with material consequences both on the application by the operators and on the prospects of development of the special powers.

Secondly, defining the special powers as an authoritative function grounds an investigation on the features of the procedure and, more generally, of the administrative power. Given the peculiarities of the extent of the powers to be exercised by means of the “conditions” to the operation, the investigation of the special powers as administrative function allows to underline its characteristics and limits. The protection of operator's legal position towards the broad discretion of the exercise of golden powers, both on whether and on how to exercise them, is ensured by the investigation of their limits, internal and external to the legislation.

These first step pinto the study of the special powers may concur at clarify the role of golden power legislation in the legal system, to provide, on one hand, the powers with the unilateral means suitable to ensure the pursuit of public interest; and, on the other hand, comply with the purpose of the administrative law as protection for individuals.

PAROLE CHIAVE: golden power, poteri speciali, regolazione, interessi strategici, controllo investimenti esteri, interessi strategici.

KEYWORDS: golden power, special powers, regulation, strategic interests, foreign investments control, strategic interests.

INDICE: 1. Introduzione: la *legal curtain* del mondo occidentale. – 2. Uno, nessuno e centomila: un problema di identità. – 3. La *golden power* al vaglio del diritto pubblico dell'economia. – 4. Per una teoria della *golden power* come presidio securitario. – 5. Spunti per uno studio del momento autoritativo: le munizioni dell'«*armamento giuridico*». – 6. Conclusioni.

1. Introduzione: la *legal curtain* del mondo occidentale.

La disciplina *golden power* è stata e continua ad essere al centro del dibattito nazionale, non solo per la sua applicazione ad importanti operazione economiche ma, soprattutto, per il susseguirsi di riforme volte a rafforzare i poteri speciali dello Stato¹. Ogni forza politica che si sia succeduta al governo in questi anni – e cioè tutti i partiti politici più rilevanti – ha avuto al centro della propria agenda politica i poteri speciali riconosciuti dal D.L. 21/2012.

¹ Questo ruolo della *golden power* nel panorama giuridico e politico odierno non è stato assunto all'indomani della sua emanazione. Un punto di svolta può essere indicato nella vicenda che ha interessato la nota operazione occorsa tra la società Telecom Italia S.p.A. e il gruppo francese Vivendi. Dal 2017 si è quindi aperta una stagione di riforme e di potenziamento di questi poteri, che, come si vedrà, non investe solo il panorama nazionale. Per un'analisi dell'evoluzione dei poteri speciali dalla loro introduzione, M. D'ALBERTI, *Il golden power in Italia: norme ed equilibri*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Foreign Direct Investments Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, il Mulino, Bologna, 2019, p. 86, e G. NAPOLITANO, *I golden power italiani alla prova del Regolamento europeo*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Foreign Direct Investments Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, il Mulino, Bologna, 2019, p. 122.

Ma non si tratta di una questione domestica. Il rafforzamento di questo istituto costituisce un'esigenza avvertita da tutto il mondo occidentale, all'attenzione dei governi già di Germania, USA e Francia². Si è efficacemente parlato, a questo proposito, di «corsa agli armamenti giuridici»³. Non sembra potersene discutere la necessità da un punto di vista di tutela della sicurezza nazionale, e quindi quale presidio securitario sul piano normativo e *legal curtain* sul piano geopolitico⁴.

Nondimeno, l'estensiva applicazione e l'enorme fiducia che si ripone nel rafforzamento di un istituto eccezionale e, appunto, "speciale" non sono prive di conseguenze giuridiche sugli stessi istituti che si vorrebbe valorizzare. E, ancor di più, sui mercati che interagiscono con i numerosi *asset* "strategici" – sempre più numerosi, sempre meno definiti.

L'impressione è di trovarsi al principio di una stagione di riforme che, per non risolversi in una breve e infeconda parentesi nella storia dei *revivements* interventisti che seguono ad una crisi economica, non può che sottoporre le proprie istanze pubblicistiche al vaglio del paradigma su cui sin dagli anni '90 domina l'intervento pubblico nell'economia – quello dello Stato regolatore, per sviluppare un'efficace prospettiva di rafforzamento consapevole della natura dei propri strumenti e fondata su solide basi dogmatiche⁵.

² Si considerino la recente vicenda Leifeld Metal Spinning, ma anche, negli USA, i casi Canyon Bridge/Lattice e Broadcom/Qualcomm. In particolare in Europa, ha destato preoccupazione l'acquisizione, da parte di una società cinese, della società tedesca Kuka, leader mondiale della robotica. Le autorità nazionali, contrarie all'operazione in ragione di rischi per la sicurezza nazionale, non hanno potuto impedirlo, come invece avevano fatto per il tentativo di acquisizione la società Axtron Technologies, impegnata nel settore dei semiconduttori (M. BERGAMI, *Imprese e sicurezza nazionale nell'era dei robot intelligenti*, in *Golden power*, Roma, 2019, Dipartimento per le Informazioni della Sicurezza della Repubblica). Il percorso di rafforzamento dei poteri speciali del governo è stato intrapreso anche negli USA, con il potenziamento del *Committee on Foreign Investment in the United States* – *Cfius* attraverso il *Foreign Investment Risk Review Modernization Act* (*Firrma*), e il *Critical Technology Pilot Program*, varato il 10 novembre 2018 (M. BERGAMI, *op. cit.*). Il recente allarme per i paesi europei è collegato ad una serie di investimenti di società cinesi, ritenute supportate da una strategia governativa, nell'ambito del programma "Made in China 2025" (P. MESSA, *Oltre il Golden power. Il modello americano e il dibattito in Europa*, in *Golden power*, Roma, 2019, Dipartimento per le Informazioni della Sicurezza della Repubblica). L'attenzione agli investimenti cinesi è tale che, si è detto, il CFIUS «può essere rinominato *Chinese Foreign Investment in the United States*» (A. ARESU, *Golden power e interesse nazionale. Tra geodiritto e geotecnologia*, in *Golden power*, Roma, 2019, Dipartimento per le Informazioni della Sicurezza della Repubblica). Ma la dotazione di poteri speciali non riguarda solo le grandi potenze occidentali. Nell'UE, ben 14 stati su ventotto ne sono dotati. Cfr. G. NAPOLITANO, *I golden power italiani alla prova del Regolamento europeo*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Foreign Direct Investments Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, il Mulino, Bologna, 2019, p. 124.

³ L. ARNAUDO, *A l'économie comme à la guerre. Note su Golden power, concorrenza e geo-economia*, in *Merc. Con. Reg.*, 2017, 3, 436.

⁴ G. SCARCHILLO, *Dalla Golden Share al Golden power: la storia infinita di uno strumento societario. Profili di diritto europeo e comparato*, in *Contratto e impresa. Europa*, CEDAM, n. 2, 2015, p. 662, che pure sembra interpretare il rapporto tra *golden power* e mercato in maniera diversa da quanto si illustrerà nel prosieguo.

⁵ Più volte messo in discussione ma mai abbandonato, integrato da norme finalistiche e discipline interventiste ma mai snaturato, a seguito della crisi del 2008 il paradigma dello Stato

Il tema non è solo teorico, e non si risolve nella mera descrizione di un fenomeno giuridico, eventualmente con modalità difformi dal paradigma dominante. I poteri speciali costituiscono un istituto chiave nel rapporto tra Stato e mercato e le modalità del suo rafforzamento sembrano volte a incidere sul ruolo che il diritto pubblico e l'autoritatività della Pubblica Amministrazione avranno nel rapporto tra pubblico e privato.

In questa prospettiva di sviluppo dei poteri speciali, fondamentale è il ruolo del diritto amministrativo, quale naturale e più efficace presidio, da una parte, dell'efficienza dell'azione amministrativa, e, dall'altra, delle posizioni dei privati, soggetti al potere autoritativo dello Stato soltanto con i limiti e le garanzie che costituiscono la posizione giuridica soggettiva dell'interesse legittimo – irrinunciabile fondamento della nostra democrazia liberale.

Alla luce di queste premesse, il ruolo del diritto amministrativo non può essere quello di negare la possibilità di rafforzare poteri così ampiamente avvertiti come esigenza securitaria; ma nemmeno astenersi, in ragione del richiamo ad un interesse di sicurezza nazionale e della natura strategica delle valutazioni amministrative, dal vagliare e guidare l'espansione di un momento così autoritativo ed intrusivo delle libertà economiche, sulla base dei principi che regolano il rapporto con l'autorità pubblica.

Il presente contributo è volto pertanto ad una prima comprensione dell'istituto dei poteri speciali sulla base delle categorie proprie del diritto pubblico dell'economia, per proporre spunti di analisi, dal punto di vista del diritto amministrativo, dei profili di criticità e di sviluppo della normativa *golden power*.

2. Uno, nessuno e centomila: un problema di identità.

La normativa in esame apre il mercato ad un rilevantissimo intervento

regolatore è stato recuperato grazie ad una integrazione europea che non ha mai messo in discussione questo paradigma. Cfr. P. LAZZARA, *La funzione regolatoria: contenuto, natura e regime giuridico*, in M. CAFAGNO - F. MANGANARO (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, 2017, pp. 117.

Sulla crisi dello Stato interventista e sulle caratteristiche dello Stato regolatore, G. MAJONE – A. LA SPINA, *Lo Stato Regolatore*, il Mulino, 2000. Non si vuol, però, qui riferirsi a questo paradigma come l'unico possibile, in una sorta di processo lineare che ha portato al superamento definitivo dello Stato interventista a qualcosa di più sofisticato. Autorevole dottrina ha sottolineato come l'intervento pubblico sia oggetto di diverse valutazioni in dinamiche di lungo periodo, non lineari ma cicliche. Cfr. R. MICCÙ, *Lo Stato regolatore e la nuova costituzione economica: paradigmi di fine secolo a confronto*, in P. CHIRULLI- R. MICCÙ (a cura di), *Il modello europeo di regolazione. Atti della giornata di studio in onore del prof. Salvatore Cattaneo*, Napoli, Jovene, 2010, p. 139; che, a sua volta, cita i contributi di A.O. HIRSCHMAN, *Exit, Voice, and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations, and States*, Harvard University Press, 1970; M. PACI, *Pubblico e privato nei moderni sistemi di Welfare*, Liguori, 1989, 35-39; ed E. CARDI, *Mercati e Istituzioni in Italia. Diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2005, p. 2, che parla di "equilibrio instabile" tra mercati e istituzioni. Per una riflessione sulla «renaissance del capitalismo di stato» in momenti di crisi economica, e quindi nell'ottica di una «rescue culture» tipica dello Stato Salvatore, cfr. G. SCARCHILLO, *op. cit.*, 624.

dello Stato, su un numero di c.d. attivi strategici che è stato progressivamente incrementato fino a ricomprendere i più importanti settori economici nazionali. Nella prospettiva di sviluppo di questi poteri speciali occorre interrogarsi sulla *ratio* della normativa, e quindi sulla prospettiva di evoluzione degli istituti e sulla relativa coerenza della prassi applicativa.

Oggetto d'analisi è uno strumento di ingerenza dello Stato nel mercato, ed, in quanto tale, concorre a definire la relazione stessa tra questi due poli⁶. La *ratio* della normativa deve essere allora ricercata proprio entro questo rapporto. Occorre, cioè, chiedersi quale ruolo assume l'azione amministrativa entro la cornice del *golden power*.

Come noto, l'odierna disciplina sui poteri speciali nasce come radicale riforma dell'istituto della *golden share*, rispetto a cui presenta elementi di continuità e discontinuità, su impulso della giurisprudenza della CGUE e secondo i limiti dati dall'ordinamento dell'UE ai poteri speciali nazionali. Non si intende in questa sede dilungarsi sul rapporto con la *golden share*, sul contesto di privatizzazioni in cui si inseriscono questi poteri e sui confini determinati dalla giurisprudenza della CGUE nelle varie vicende che hanno interessato le riforme sia italiane che europee⁷. Su questi aspetti già molto è stato scritto, con autorevolissime analisi che pongono in luce il dato storico e sistematico, anche in ottica comparatistica⁸.

Non emerge, però, una condivisa opinione sul ruolo che lo Stato assume entro la normativa di *golden power*, e quindi sul rapporto tra Stato e mercato costruito sui poteri speciali⁹.

⁶ I. DEMURO, *La necessaria oggettività per i poteri previsti dalla golden share*, in *Giur. comm.*, 2009, p. 640 ss.

⁷ Ci si riferisce alle sentenze di condanna dei sistemi nazionali, *in primis* a quella resa nei confronti dell'Italia, Corte di Giustizia, Terza Sezione. 26 marzo 2009, Causa C-326/07, ma anche quelle emesse nei confronti della Francia (sentenza 4 giugno 2002, C-483/99, caso Elf-Aquitaine); del Belgio (sentenza 4 giugno 2002, C-503/99, caso Société nationale de transport par canalisations e Distrigaz); della Spagna (sentenza 13 maggio 2003, C-463/00, riferibili a Repsol, Telefonica, Corporacion bancaria Argentaria, Tabacalera ed Endesa); del Regno Unito (sentenza 13 maggio 2003, C-98/01, British Airport Authority); dei Paesi Bassi (sentenza 28 settembre 2006, C-282/04 e C-283/04, relative a telecomunicazioni e servizi postali); della Germania (sentenza 23 ottobre 2007, C-112/05, relativa a Volkswagen); del Portogallo (sentenza 8 luglio 2010, C-171/08, relativa a Portugal Telecom e sentenza 10 novembre 2011, C-212/09, concernente lo statuto di GALP - Petróleos e Gás de Portogallo); della Grecia (sentenza 8 novembre 2012, C-244/11, relativa ai poteri governativi su acquisizione di oltre il 20% del capitale di società strategiche).

⁸ L. ARDIZZONE - M. L. VITALI, *I poteri speciali dello Stato nei settori di pubblica utilità*, in *Giur. comm.*, 2013, I; G. SCARCHILLO, *Dalla Golden Share al Golden power: la storia infinita di uno strumento societario. Profili di diritto europeo e comparato*, in *Contratto e impresa. Europa*, CEDAM, n. 2, 2015; GAROFOLI, *Golden power e controllo degli investimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative*, in *federalismi.it*, 17, 2019; G. NAPOLITANO (a cura di), *Foreign Direct Investments Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, il Mulino, Bologna, 2019; G. SCARCHILLO, *Privatizzazioni e settori strategici. L'equilibrio tra interessi statali e investimenti stranieri nel diritto comparato*, 2019, Giappichelli.

⁹ Fermo restando che ogni analisi, al di là della metodologia specifica e delle finalità dello studio, deve basarsi su una profonda consapevolezza dell'evoluzione storica dell'istituto

In proposito, gli Autori che si sono occupati di questo tema hanno in vario modo definito questo nuovo assetto come “Stato regolatore”¹⁰, “Stato supervisore”¹¹, “Stato stratega”¹² o “Stato doganiere”¹³, con una terminologia evidentemente contrastante e, in alcuni casi, espressione di una critica alla funzione che sembrano assumere i poteri speciali ovvero alle potenzialità a cui si prestano¹⁴.

Come spesso accade nel contesto del diritto pubblico, la questione sembra coinvolgere in ultima istanza il rapporto tra polo sociale ed autorità, e quindi il confine fra pubblico e privato. Non sorprende quindi che la discussione possa non essere scevra da prospettive soggettive, inclini ovvero ostili a mettere in discussione il paradigma dominante per un’apertura più o meno esplicita a spazi di dirigismo economico¹⁵. Nel caso di specie, la rilevanza della prospettiva soggettiva potrebbe dipendere, da un lato, da una successione normativa espressione di stimoli eterogenei, in cui ciascun interprete può dare

nonché della cornice storica in cui è nato, non si può non notare la peculiarità del contesto odierno, sia sul piano giuridico che politico. Se, ad esempio, è vero che la giurisprudenza europea si è dimostrata ostile alla concezione di poteri speciali in capo agli Stati nazionali (cfr. S. GLIUBICH, *Il Regolamento europeo per il controllo degli investimenti diretti esteri. Opportunità od occasione mancata per i ‘poteri speciali’ dell’Unione europea?*, in *Golden power*, Roma, 2019, Dipartimento per le Informazioni della Sicurezza della Repubblica), cionondimeno oggi l’emanazione del Regolamento (UE) 2019/452 dimostra che le circostanze già illustrate riguardo agli investimenti cinesi non hanno lasciato indifferenti le Istituzioni Europee. Sull’evoluzione dell’approccio della Commissione, R. GAROFOLI, *op. cit.*

¹⁰ L. ARDIZZONE - M. L. VITALI, *I poteri speciali dello Stato nei settori di pubblica utilità*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 922; G. SCARCHILLO, *op. cit.*, p. 622, pur con riferimento alla *golden share*; ma anche R. GAROFOLI, *Golden power e controllo degli investimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative*, in *federalismi.it*, 17, 2019, 4 ss., come prima fase dell’evoluzione della normativa.

¹¹ L. FIORENTINO, *Verso una cultura del golden power*, in *Golden power*, Roma, 2019, Dipartimento per le Informazioni della Sicurezza della Repubblica, p. 24. M. D’ALBERTI, *op. cit.*

¹² R. GAROFOLI, *Golden power e controllo degli investimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative*, in *federalismi.it*, 17, 2019, pubblicato anche in G. NAPOLITANO (a cura di), *Foreign Direct Investments Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, il Mulino, Bologna, 2019.

¹³ G. NAPOLITANO, *L’irresistibile ascesa del golden power e la rinascita dello stato doganiere*, in *Gior. Dir. Amm.*, 2019, 5, e G. NAPOLITANO, *I golden power italiani alla prova del Regolamento europeo*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Foreign Direct Investments Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, il Mulino, Bologna, 2019, p. 121.

¹⁴ È interessante notare come, anche chi prospetta un rischio di un uso dirigista ovvero in chiave di politica industriale, in contrasto con il paradigma dello Stato regolatore, riconosce che nella prassi l’esercizio dei poteri speciali sia stato «rigoroso ed impermeabile a tentazioni dirigiste o intenti discriminatori» (Cfr. G. NAPOLITANO, *op. cit.*).

¹⁵ È evidente il contrasto tra chi parla di indispensabile «strumento societario di controllo statale dell’economia» e «strumento di politica industriale» (G. SCARCHILLO, *op. cit.*, p. 663), da un lato, e chi invece lamenta le «sfinalità di politica» industriale come uno «sviamento di poteri» (P. MACCARONE, *Poteri speciali e settori strategici: brevi note sulle recenti novità normative*, in *Osservatorio AIC*, n. 2, 2020; p. 121).

rilievo a vari e diversi elementi¹⁶; dall'altro, dalla genericità degli obbiettivi previsti dalla normativa e dalla natura degli atti applicativi c.d. di alta amministrazione¹⁷.

Il presente contributo è invece volto ad indagare gli elementi che la disciplina del *golden power* offre attraverso lo studio della natura di questo intervento pubblico alla luce delle categorie dogmatiche della regolazione pubblica e del diritto amministrativo, per verificare se dalla normativa e dall'ordinamento stesso possano trarsi indicazioni sull'uso e sullo sviluppo di questi poteri speciali. Si vuole indagare, cioè, se la disciplina del *golden power* offra degli spunti di comprensione in ragione della sua natura intrinseca, che ne possa guidare l'applicazione ampiamente discrezionale.

Date queste premesse, sembra che un approccio storico a questo studio possa scontrarsi con l'evidenza che la normativa esprime un giudizio ambiguo sul mercato.

Da una parte, si riconosce che esistono *asset* e settori strategici lasciati ai mercati regolati e nella proprietà dei privati, considerati quindi anche come beni avente un valore di mercato¹⁸. Dall'altro, l'utilizzo di questi *asset* e l'acquisizione di società che li detengono è soggetta ad un *placet* dello Stato, che non rinuncia ad esercitare ingerenze sull'attività dei privati, riconoscendone la potenzialità dannosa verso gli interessi pubblici¹⁹. Cercando una sintesi tra que-

¹⁶ Si tratta di un profilo comune a tutta la storia delle privatizzazioni che, dagli anni '80, caratterizza la gestione dei beni pubblici nel panorama italiano. Cfr. A. LALLI, *I beni pubblici. Imperativi del mercato e diritti della collettività*, Jovene, 2015, 124.

¹⁷ R. GAROFOLI, *op. cit.* In questo senso si comprendono anche i rischi di *disguised protectionism* e dirigismo economico segnalati da alcuni autori. Cfr. M. D'ALBERTI, *op. cit.*, p. 88 e G. NAPOLITANO, *I golden power italiani alla prova del Regolamento europeo*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Foreign Direct Investments Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, il Mulino, Bologna, 2019, p. 123.

¹⁸ Sul piano storico, la gestione imprenditoriale ha progressivamente sostituito quella pubblica perché preferibile sul piano dell'efficienza. L'ambiguità che caratterizza l'intera storia delle privatizzazioni ha calato, però, questa gestione economica in un contesto normativo di intreccio di regole privatistiche e pubblicistiche. Cfr. A. LALLI, *op. cit.*, 124 e ss. Con riferimento alla *golden share*, c'è chi ha parlato di una «rinuncia dello Stato ad essere (direttamente o indirettamente) imprenditore nei settori strategici», a fronte di poteri speciali rivolti a imporre controlli e limiti sui settori strategici (L. ARDIZZONE - M. L. VITALI, *op. cit.*, p. 923). Si può cogliere qui un profilo che motiva la metodologia già illustrata, e cioè di interpretare la normativa nell'ordinamento e nelle categorie di regolazione pubblica piuttosto che trarre elementi dalla sua evoluzione storica. Il contesto di privatizzazioni in cui nascono i poteri speciali, e che si pone alla base dell'autorevole analisi citata, non sembra qui offrire elementi di rilievo. La *golden power* non sembra escludere alcuna forma di intervento imprenditoriale nei settori a cui si applica ma, anzi, riconoscendone il rilievo strategico, sembra invece giustificare un intervento diretto – e cioè nella forma dello Stato imprenditore – in questi ambiti, attraverso strumenti anche privatistici – quali gli investimenti in società controllate – con cui operare senza dover scontare il carattere di eccezionalità proprio dei poteri speciali. Ciò che può trarsi dalla *golden power* è invece il riconoscimento che, a fianco dello Stato, è possibile che soggetti privati si facciano imprenditori e gestori di *asset* strategici su un piano di ordinarità – fenomeno che non pregiudica *di per sé* gli interessi strategici, ma che può richiedere una loro regolamentazione *ex ante* e poteri di intervento *ex post* (questi ultimi identificabile appunto nella *golden power*).

¹⁹ G. SCARCHILLO, *op. cit.*, p. 620; P. MACCARRONE, *op. cit.*, 124.

ste due momenti, la normativa sembra trovare la propria *ratio* nell'assicurare che lo Stato goda di adeguati strumenti di tutela laddove il mercato e la sua regolazione non riescano concretamente a impedire che i meccanismi economici attraverso cui si esprime la libertà di impresa minaccino gli interessi strategici. Che la *ratio* della *golden power* non sia quella di superare la gestione privata degli *asset* strategici si ricava peraltro dalla considerazione che la stessa normativa è applicabile anche alle imprese in proprietà pubblica²⁰. Il regime proprietario costituisce assunto di fatto e di diritto della normativa, e non un aspetto da valutare ed eventualmente superare. La normativa sembra invece muovere dalla considerazione dei potenziali effetti negativi dei meccanismi economici del regime imprenditoriale, pubblico o privato.

In particolare, il D.L. 21/2012 distingue oggi tre gruppi di *asset* strategici; i beni e rapporti rilevanti sotto il profilo della difesa e sicurezza pubblica, oggetto dell'art. 1 e identificati dal regolamento attuativo D.P.R. 108/2014; i beni e rapporti attinenti al settore delle reti di telecomunicazione elettronica a banda larga con tecnologia 5G, introdotti con la novella di cui al D.L. 25 marzo 2019, n. 22, convertito, con modificazioni, con L. 20 maggio 2019, n. 41, ed oggetto oggi dell'art. 1 *bis*; ed, infine, i beni e rapporti oggetto dell'art. 2. La rubrica di questa disposizione fa ancora riferimento ai «*settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni*», e cioè agli *asset* che, insieme a quelli attinenti al settore difesa e sicurezza nazionale, potremmo definire tradizionali, in quanto già considerati nella formulazione originaria della normativa. Gli *asset* strategici nelle *public utilities* sono identificati dal D.P.R. 85/2014. A questi *asset* tradizionali si aggiungono oggi numerosi nuovi settori, nell'ambito dei quali la normativa di attuazione non ha ancora identificato gli *asset* rilevanti. Questa nuova *golden power* "allargata" trova applicazione a beni e rapporti nei settori relativi a «*infrastrutture critiche, siano esse fisiche o virtuali, tra cui l'energia, i trasporti, l'acqua, la salute, le comunicazioni, i media, il trattamento o l'archiviazione di dati, le infrastrutture aerospaziali, di difesa, elettorali o finanziarie, e le strutture sensibili, nonché gli investimenti in terreni e immobili fondamentali per l'utilizzo di tali infrastrutture; b) tecnologie critiche e prodotti a duplice uso quali definiti nell'articolo 2, punto 1, del regolamento (CE) n. 428/2009 del Consiglio (15), tra cui l'intelligenza artificiale, la robotica, i semiconduttori, la cibersicurezza, le tecnologie aerospaziali, di difesa, di stoccaggio dell'energia, quantistica e nucleare, nonché le nanotecnologie e le biotecnologie; c) sicurezza dell'approvvigionamento di fattori produttivi critici, tra cui l'energia e le materie prime, nonché la sicurezza alimentare; d) accesso a informazioni sensibili, compresi i dati personali, o la capacità di controllare tali informazioni; o e) libertà e pluralismo dei media*»²¹.

Ai fini dell'applicazione della normativa *golden power* rileva la qualifica di strategicità dell'*asset* così definita, attraverso l'individuazione della tipologia del

²⁰ Art. 1 comma 6 e art. 2 comma 8 del D.L. 21/2012. L'unico limite si può riscontrare all'art. 1, comma 1, lett. c), nell'esercizio del potere di veto rispetto alla fattispecie di acquisizione di quote societarie nel settore della difesa e sicurezza nazionale.

²¹ Art. 4 del Regolamento (UE) n. 452/2019, richiamato dall'art. 2 del d.l. 21/2012 e dall'art. 15 del D.L. 23/2020.

bene o rapporto. Ciò non significa che i poteri speciali siano esercitati *sull'attivo strategico*, ma l'apprensione del bene costituisce criterio per identificare le *imprese* assoggettate alla normativa *golden power*. Come si vedrà, la normativa, piuttosto che determinare vincoli sull'*asset*, tutela quest'ultimo vincolando le imprese assoggettate all'obbligo di notifica.

In questo senso, occorre innanzitutto notare che la *ratio* della normativa non è solo quella di tutelare il mercato da rischi esogeni derivanti da aggressioni perpetuate con mezzi economici ovvero investimenti da parte di Paesi non desiderati²². A ben vedere, pur con differenze tra settore della sicurezza nazionale e *utilities*, la normativa è più generalmente finalizzata ad un generale controllo dello Stato sulle operazioni che coinvolgono *asset* strategici ovvero società che detengono tali *asset* al fine di tutelare gli interessi strategici dello Stato.

In particolare, la Presidenza del Consiglio, attraverso il gruppo di Coordinamento presso il Dipartimento per il coordinamento amministrativo, esercita i poteri speciali «*in caso di minaccia di grave pregiudizio per gli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale*» ovvero «*minaccia di grave pregiudizio per gli interessi pubblici relativi alla sicurezza e al funzionamento delle reti e degli impianti e alla continuità degli approvvigionamenti*»²³.

Tali espressioni includono un giudizio di affidabilità sia morale che tecnico sull'operatore.

Con riguardo al primo, il riferimento è al rischio legato a soggetti non affidabili perché coinvolti in attività lesive della sicurezza o dell'ordine pubblico, ovvero ad operazioni condotte con strumenti economici ma diretti ad obiettivi strategici²⁴.

Con riguardo al secondo, i criteri da valutare nei settori della difesa e della sicurezza nazionale ineriscono alla «*idoneità dell'assetto risultante dalla delibera*,

²² Si tratta del rischio paventato in relazione agli investimenti cinesi legati alla strategia «Via della seta» e in ambito robotico. Cfr. S. GLIUBICH, *Il Regolamento europeo per il controllo degli investimenti diretti esteri. Opportunità od occasione mancata per i 'poteri speciali' dell'Unione europea?*, in *Golden power*, Roma, 2019, Dipartimento per le Informazioni della Sicurezza della Repubblica, p. 39.

²³ La composizione e l'attività del Gruppo di Coordinamento sono disciplinate dal d.P.C.M. 6 agosto 2014. All'interno del sistema della *Golden power*, il suo ruolo è stato accostato a quello del *Committee on Foreign Investment in the United States*, che ha una funzione fondamentale all'interno del sistema dei poteri speciali statunitensi, anche nell'ambito delle recenti riforme volte a rafforzare questi poteri speciali. Le differenze non sono però trascurabili. Cfr. R. GAROFOLI, *Golden power e controllo degli investimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative*, in *federalismi.it*, 17, 2019, p. 7 e ss., che chiarisce come solo il CFIUS abbia autonomia decisionale ed un apparato burocratico proprio in grado di istruire il procedimento con la competenza tecnica, nel nostro ordinamento, delle *authorities*. Il Gruppo di Coordinamento, come la denominazione lascia intendere, sembra avere invece una funzione diversa. La collaborazione con le autorità indipendenti, rafforzata con il recente D.L. 21 settembre 2019 n. 105, è volta anche a garantire questa competenza tecnica. Sul piano strettamente strategico, invece, una funzione fondamentale potrà essere svolta dal DIS. Cfr. A. PANSA, *Sintesi intervento 20 novembre 2018 in materia di poteri speciali*, in *Golden power*, Roma, 2019, Dipartimento per le Informazioni della Sicurezza della Repubblica.

²⁴ Art. 1, comma 3, lett. b), e 3 *bis*, e art. 2, comma 6 e 7 lett. a), del D.L. 21/2012.

dall'atto o dall'operazione a garantire l'integrità del sistema di difesa e sicurezza nazionale a garantire» gli interessi strategici, così come «l'adeguatezza, tenuto conto anche delle modalità di finanziamento dell'acquisizione, della capacità economica, finanziaria, tecnica e organizzativa dell'acquirente nonché del progetto industriale, rispetto alla regolare prosecuzione delle attività, al mantenimento del patrimonio tecnologico, anche con riferimento alle attività strategiche chiave, alla sicurezza e alla continuità degli approvvigionamenti, oltre che alla corretta e puntuale esecuzione degli obblighi contrattuali assunti nei confronti di pubbliche amministrazioni»²⁵.

Con riferimento alle fattispecie di cui all'art. 2 del D.L. 21/2012, i criteri si discostano in quanto l'esercizio dei poteri speciali è previsto come «eccezionale»²⁶, in ragione della considerazione che l'ordinamento già include, nei settori indicati – o quantomeno in quelli originariamente previsti dalla normativa del 2012 così come attuata nel 2014 – una regolamentazione di settore²⁷.

In questo senso, i poteri speciali nel sistema delle *public utilities* di cui al citato art. 2 trovano nel confronto con la regolazione di settore un fondamentale momento di costruzione della propria *ratio*.

Con riferimento a questa differenza tra settore della sicurezza, di cui all'art. 1, e *public utilities*, di cui all'art. 2, si è parlato di poteri speciali «a due livelli» ovvero a «doppio binario»²⁸. Da un lato, sembra effettivamente di trarre dalla normativa un intervento più intenso nei settori della sicurezza nazionale²⁹. Dall'altro, come si vedrà nel prosieguo, i due articoli non sembrano configurare un intervento qualitativamente diverso, ed il carattere di «eccezionalità» non sembra del tutto estraneo nemmeno al settore della difesa e sicurezza nazionale.

Infatti, a ben vedere, tale «eccezionalità» non si riduce soltanto ad un coordinamento con le normative di settore in sede di accertamento dei presupposti di esercizio dei poteri speciali. Come si vedrà nel prosieguo dell'analisi, il rapporto tra la regolazione di settore e la normativa *golden power* può essere posto al centro di una considerazione dogmatica sulla natura dei poteri speciali, sia nel rapporto con il mercato che con il singolo operatore oggetto del procedimento di esercizio dei poteri.

Sul piano operativo, la disciplina in esame interessa il mercato – e, quindi, gli operatori privati che operano nel mercato – principalmente in due mo-

²⁵ Art. 1, commi 2 e 3, del D.L. 21/2012.

²⁶ Art. 2, comma 3, del D.L. 21/2012: «Con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri adottato su conforme deliberazione del Consiglio dei Ministri, da trasmettere tempestivamente e per estratto alle Commissioni parlamentari competenti, può essere espresso il veto alle delibere, atti e operazioni di cui ai commi 2 e 2-bis, che diano luogo a una situazione eccezionale, non disciplinata dalla normativa nazionale ed europea di settore, di minaccia di grave pregiudizio per gli interessi pubblici relativi alla sicurezza e al funzionamento delle reti e degli impianti e alla continuità degli approvvigionamenti».

²⁷ Art. 2, co. 1, D.L. 21/2012; art. 4 del D.P.R. 85/2020 e art. 15 del D.L. 23/2020.

²⁸ G. SCARCHILLO, *op. cit.*, p. 653 che fa riferimento, rispettivamente a M. MOBILI, *Golden share a due livelli*, in *Il Sole 24 ore* del 10 marzo 2012; e M. CASTELLANETA, *Golden share alla prova del diritto UE*, 2012, marinacastellaneta.it. Lo stesso approccio si trova peraltro in M. D'ALBERTI, *op. cit.*, 84-87.

²⁹ G. SCARCHILLO, *op. cit.*, p. 656.

menti: attraverso un obbligo immediato ed uno eventuale.

Quanto all'obbligo immediato, il privato è innanzitutto tenuto ad un adempimento procedurale di notifica, che comprende una *disclosure* di informazioni aziendali ed eventualmente del piano industriale e finanziario, relativamente a determinate operazioni economiche e societarie. Le fattispecie descritte dalla normativa hanno un ruolo fondamentale nell'esercizio dei poteri speciali, costituendone imprescindibile presupposto logico³⁰. L'obbligo di notifica si declina diversamente per gli *asset* di cui agli articoli 1, 1 *bis* e 2. Nel caso delle reti 5G, la fattispecie assume carattere di peculiarità e riguarda la stipula di contratti aventi ad oggetto gli *asset* rilevanti. Per gli attivi strategici tradizionali, pur nelle differenze che esistono tra gli artt. 1 e 2, la fattispecie sono riconducibili a due modelli. Il primo è l'acquisizione di quote di una impresa che detiene *asset* rilevanti, nel qual caso tenuto alla notifica è l'acquirente³¹. Nell'ambito dei settori di cui all'art. 2, questa fattispecie riguarda solo l'acquisizione di quote di controllo da parte di imprese esterne all'Unione Europea³². Il secondo è l'adozione di atti, delibere e operazioni in senso lato dispositivi dell'*asset*, nel qual caso tenuto alla notifica è l'impresa che adotta tale atto³³. Nelle more del relativo decreto attuativo, ai settori della *golden power* allargata trova applicazione solo il primo modello di notifica³⁴. A questo assetto si aggiunge poi la disciplina legata all'emergenza Covid-19³⁵, che applica temporaneamente la notifica degli atti dispositivi dell'*asset* ai settori della *golden power* allargata, e, per tutti gli attivi

³⁰ La fattispecie viene integrata dalla ricorrenza delle circostanze fattuali indicate dalla normativa, e non dalla notifica in sé. Questa considerazione trova oggi conferma nella espressa possibilità di esercitare d'ufficio i poteri speciali previo accertamento della violazione dell'obbligo di notifica, di cui all'art. 16 del D.L. 23/2020, convertito con modificazioni nelle more della pubblicazione del presente articolo con Legge n. 40/2020. La disposizione ha dato peraltro riscontro alla prassi già in essere di distinguere un procedimento di accertamento, non soggetto ai termini perentori di cui al D.L. 21/2012, e un procedimento di esercizio dei poteri speciali.

³¹ Art. 1, comma 5, e art. 2, comma 5, del D.L. 21/2012.

³² Ai sensi dell'art. 2, comma 5 *bis*, del D.L. 21/2012, per «*soggetto esterno all'Unione Europea*» si intende: «a) qualsiasi persona fisica o persona giuridica che non abbia la residenza, la dimora abituale, la sede legale o dell'amministrazione ovvero il centro di attività principale in uno Stato membro dell'Unione europea o dello Spazio economico europeo o che non sia comunque ivi stabilita; b) qualsiasi persona giuridica che abbia stabilito la sede legale o dell'amministrazione o il centro di attività principale in uno Stato membro dell'Unione europea o dello Spazio economico europeo, o che sia comunque ivi stabilita, e che risulti controllata, direttamente o indirettamente, da una persona fisica o da una persona giuridica di cui alla lettera a); c) qualsiasi persona fisica o persona giuridica che abbia stabilito la residenza, la dimora abituale, la sede legale o dell'amministrazione ovvero il centro di attività principale in uno Stato membro dell'Unione europea o dello Spazio economico europeo, o che sia comunque ivi stabilita, qualora sussistano elementi che indichino un comportamento elusivo rispetto all'applicazione della disciplina di cui al presente decreto». Una importante indicazione di questa definizione è l'irrelevanza della cittadinanza dell'imprenditore, laddove invece è dato rilievo alla residenza, dimora ovvero centro dell'attività principale.

³³ Art. 1, comma 4, e art. 2, commi 2 e 2 *bis* del D.L. 21/2012.

³⁴ Art. 4 *bis*, comma 3, del D.L. 105/2019.

³⁵ Si tratta dell'art. 15 del D.L. 23/2020, convertito con modificazioni nelle more della pubblicazione del presente articolo con Legge n. 40/2020, che modificando l'art. 4 *bis*, comma 3, del D.L. 105/2019, convertito in legge con modificazioni con legge 133/2019, che introduce anche un regime legato all'emergenza Covid-19 in vigore fino al 31 dicembre 2020.

di cui all'art. 2, amplia notevolmente i presupposti della fattispecie di notifica dell'acquisizione di quote dell'impresa che dispone dell'*asset*³⁶.

A valle di obbligo immediato di notifica può seguire l'eventuale esercizio dei poteri speciali. Oltre al potere di veto, i poteri speciali possono assumere la forma delle «prescrizioni», «impegni» o «condizioni», che vincolano l'operatore nella propria attività. Si tratta di termini che indicano, senza distinzioni sostanziali, il potere prescrittivo che il D.L. 21/2012 conferisce alla Presidenza del Consiglio quale alternativa al potere di veto³⁷. Ciò che risulta chiaro dalla prassi è che quest'ultimo – pur di straordinario impatto nelle operazioni in cui potrebbe intervenire – risulta di scarsissima frequenza applicativa. Molto più comune è invece il ricorso alle prescrizioni; atto a contenuto atipico con cui la Presidenza del Consiglio impone alla singola impresa una regolazione *ad hoc*.

Nei successivi paragrafi si indagherà, da un lato, la natura della normativa *golden power* sul profilo del ruolo che l'azione amministrativa viene ad assumere rispetto al mercato con cui si confronta e, dall'altro, sulle caratteristiche dei poteri speciali dal punto di vista del diritto amministrativo.

3. La *golden power* al vaglio del diritto pubblico dell'economia.

Come anticipato, le prescrizioni determinano norme di condotta che si possono definire come una *regolamentazione speciale*: in primo luogo perché collegata all'esercizio di poteri speciali; in secondo perché rivolta soltanto a determinate imprese³⁸. Questa regolamentazione speciale si affianca, integrandola, alla regolazione del mercato o del singolo settore, eventualmente adottata e vigilata dalle autorità indipendenti.

Il confronto con le *authorities* e la loro attività di regolazione del mercato costituisce un passaggio fondamentale che deve essere valutato non solo sotto il profilo della reciproca integrazione dell'attività istruttoria, e cioè nelle forme del coordinamento già previste dalla recente novella³⁹, ma anche, più in generale, sotto quella dell'attività di normazione ed intervento pubblico nel mercato.

³⁶ In particolare, l'art. 2, comma 5, del D.L. 21/2012 viene ampliato all'acquisizione del controllo societario di una impresa che detiene *asset* strategici anche laddove l'acquirente sia una impresa estera anche appartenente all'Unione Europea. In caso di impresa esterna all'Unione Europea, invece, l'obbligo di notifica viene applicato anche all'acquisto di quote rappresentanti almeno il 10% dei diritti di voto o del capitale, se il valore complessivo dell'investimento supera il milione di euro, nonché agli acquisti che superano le soglie del 15%, 20%, 25% e 50%.

³⁷ V. DONATIVI, *Golden Powers. Profili di diritto societario*, Giappichelli, 2019.

³⁸ A ben vedere, la regolazione del mercato non è nuova alla costruzione di normative *ad hoc*, e cioè relative a singole imprese strategiche per particolari settori. Si veda il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 25 maggio 2012, con cui è stata definita una normativa di *unbundling* diversa e specifica rispetto a quella definita dall'ARERA con il Testo Integrato di Unbundling Funzionale (allegato alla delibera ARERA 296/2015/R/com). Più spesso, la regolazione di settore deve confrontarsi con un monopolista naturale (ad es., Snam) ovvero con poche imprese che detengono l'*asset* da mettere a disposizione di altri operatori, come nel caso della regolazione degli impianti di rigassificazione.

³⁹ Il riferimento è all'art. 2 *bis* del D.L. 21/2012, introdotto dal D.L. 105/2019.

Con riferimento alla disciplina *golden power* in settori già oggetto di regolazione, è stato osservato che «*come già avviene sul difficile terreno del rapporto tra disciplina antitrust e regolamentazione nei settori regolamentati, la distinzione tra i due piani può finire con lo sfumare nelle situazioni più "ibride"*»⁴⁰.

Anche sotto il profilo del rafforzamento dei poteri speciali, molte delle proposte sul tavolo dei gruppi di lavoro prendono a modello le *authorithies*, e in particolare l'Agcm. Si parla, ad esempio, di "raccomandazioni" modellate sugli impegni di cui all'art. 14-ter della l. 10 ottobre 1990, n. 287 nei procedimenti per intese e abusi dinnanzi all'Agcm, e di «*adozione di programmi di «golden power compliance» avrebbe l'ulteriore, auspicabile, effetto indiretto di concorrere alla diffusione di una maggiore sensibilità e attenzione, da parte delle imprese che operano in settori strategici, ai profili di tutela dell'interesse nazionale*», prendendo a modello le Linee guida sulla *compliance antitrust* dell'Agcm e la Circolare della Banca d'Italia n. 288/2015⁴¹. Queste proposte muovono dal tentativo di applicare la *golden power* nel modo meno traumatico per il mercato, attivando un coordinamento con gli operatori e facilitando l'adattamento delle procedure d'impresa a questi incombenti. Del resto, l'esempio delle *authorithies* costituisce un modello di intervento pubblico già consolidato, che gode di una lunga esperienza di fruttuosa collaborazione con gli operatori di mercato e la cui attività è già stata vagliata da una dettagliata analisi giurisprudenziale ed accademica.

A fronte di questo condivisibile obiettivo, però, guardare al modello delle *authorithies* costituisce un percorso non esente da rischi.

Senza calarsi nella specificità dei singoli istituti richiamati, su un piano più generale può notarsi la distanza sostanziale e dogmatica tra la disciplina *golden power* e la regolazione delle *authorities*. A questo fine, è utile richiamare le analisi di diritto pubblico dell'economia che studiano le modalità di intervento pubblico distinguendo le categorie di "regolazione" e "regolamentazione".

Non si vuole in tal senso ignorare la difficoltà di riconoscere al termine "regolazione" un intrinseco rilievo dogmatico, in quanto «*not reducible to some platonic essence or single concepts*»⁴² L'ambiguità sul concetto di "regolazione" non assume infatti rilievo ostativo alla presente riflessione, che riguarda invece il particolare contenuto della definizione che viene data al termine nel binomio di regolazione in senso stretto e regolamentazione, con la precipua finalità di di-

⁴⁰ S. ALVARO ET AL., *La nuova via della seta e gli investimenti esteri diretti in settori ad alta intensità tecnologica. Il golden power dello Stato italiano e le infrastrutture finanziarie*, in *Quaderni giuridici Consob*, 2019 20, p. 64.

⁴¹ R. ANGELINI, *Idee per una «modernizzazione» del golden power*, in *Golden power*, Roma, 2019, Dipartimento per le Informazioni della Sicurezza della Repubblica, p. 49-51; cfr. anche il riferimento all'integrazione delle rispettive regolazioni in S. ALVARO ET AL., *op. cit.*

⁴² R. BALDWIN, C. SCOTT, C. HOOD, *A Reader on Regulation*, Oxford, University Press, 1998, p. 2. Il tema della definizione del termine è stato oggetto di innumerevoli riflessioni, nel panorama sia italiano che anglo-sassone. Tra i tanti, senza alcuna pretesa di esaustività, si veda P. LAZZARA, *La funzione regolatoria: contenuto, natura e regime giuridico*, in M. CAFAGNO - F. MANGANARO (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, 2017, pp. 117-130; V. PAMPANIN, *Contributo a una definizione della regolazione (caratteri distintivi e ambito di pertinenza)*, in *Il diritto dell'economia*, 2010, 1, p. 111 ss.. Cfr. anche L. R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, 2001 Cedam, Padova).

stinguere due modalità di intervento pubblico nell'economia connotate da considerevoli differenze qualitative⁴³.

La distinzione tra le due tecniche di regolazione dell'attività degli operatori non è certo priva di zone d'ombra e si muove lungo una direttrice entro cui possono collocarsi soluzioni intermedie. Studiandone gli aspetti caratteristici, possono identificarsi tre elementi fondamentali.

Il primo elemento che segna la differenza qualitativa di regolazione è la finalità perseguita dalla disciplina normativa e dalla relativa attività amministrativa.

Come è stato efficacemente riassunto, «*mentre la regolamentazione si esplica in un'attività di direzione dell'economia, la regolazione non costituisce uno strumento di "orientamento" dell'economia da parte di un soggetto pubblico, ma è finalizzata a garantire il corretto funzionamento del mercato concorrenziale*»⁴⁴.

Nel caso della regolazione in senso stretto, la disciplina pubblicistica è chiamata a regolare il mercato per garantire il suo stesso funzionamento, *in primis* perseguito garantendo la concorrenzialità dello stesso, nel rispetto della spontaneità degli operatori ed intervenendo sul comportamento di questi ultimi in via indiretta. Come tutti gli interventi pubblici, anche la regolazione persegue un interesse pubblico, ma questi è direttamente identificabile con la concorrenza (da alcuni significativamente distinta dagli interessi pubblici attraverso l'indicazione di interesse "collettivo". Ed infatti, la concorrenza è tutelata nel Testo Costituzionale laddove garantisca il conseguimento degli interessi pubblici, non identificandosi con gli stessi ma ponendosi con loro in rapporti di strumentalità). Esemplificativa è l'attività dell'Agcm, la cui regolazione costituisce il paradigma di molte autorità di settore. Queste ultime intervengono a regolare determinate materie integrando l'attività dell'*Antitrust*, eventualmente perché questa non è sufficiente a garantire la concorrenzialità in ragione delle peculiarità di quel settore. È il caso di attività economiche che si basano sull'accesso a reti o, comunque, a risorse limitate, ovvero di settori collegati a monopoli naturali⁴⁵. Si tratta, in ogni caso, di attività volte a creare un mercato

⁴³ Si tratta di una distinzione terminologicamente sconosciuta alla dottrina anglosassone, che si limita a parlare di *regulation*, anche se, a ben vedere, si parla comunque di *social regulation* ed *economic regulation*. Cfr. V. PAMPANIN, *Contributo a una definizione della regolazione (caratteri distintivi e ambito di pertinenza)*, in *Il diritto dell'economia*, 2010, 1, p. 128 ss.

⁴⁴ R. MICCÙ, *Lo Stato regolatore e la nuova costituzione economica: paradigmi di fine secolo a confronto*, in P. CHIRULLI- R. MICCÙ (a cura di), *Il modello europeo di regolazione. Atti della giornata di studio in onore del prof. Salvatore Cattaneo*, Napoli, Jovene, 2010, p. 11; cfr. anche S.A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, 1999, 94-95.

⁴⁵ In questo senso si è parlato di regolazione "diretta", rivolta a «*attengono a specifiche esigenze di disciplina di alcuni mercati ma che hanno comunque valore indistintamente nei confronti di tutti coloro che su quei mercati operano o hanno intenzione di operare*», in contrapposizione alla regolamentazione "erga omnes". Cfr. C. DE VINCENTI, *L'economia della regolazione: una triangolazione per orientarsi*, in G. BONIFATI – A.M. SIMONAZZI (a cura di), *Il ritorno dell'economia politica. Saggi in ricordo di Fernando Vianello*, Donzelli Editore, Roma, 2010, pp. 221-237. Appartengono a questo paradigma la tariffazione che riguarda molti settori legati ad energia e *public utilities*. Cfr. C. DE VINCENTI, *op cit.*, che sottolinea come lo scopo della tariffazione del *price cap* sia «*approssimare per via regolatoria risultati simili a quelli tipici della concorrenza, scremando la rendita del monopolista e al tempo stesso incen-*

concorrenziale ovvero a disciplinarne il funzionamento in ottica concorrenziale⁴⁶.

Al contrario, la “regolamentazione” si risolve in un’ingerenza pubblica volta a raggiungere determinati obiettivi esterni al mercato, e cioè finalità che trovano la propria origine nel processo politico e non nella logica intrinseca di quello economico⁴⁷. Questo tipo di intervento pubblico può caratterizzare anche paradigmi programmatori o approcci dirigisti al fenomeno economico, con ingerenza nella politica industriale attraverso forme intrusive di intervento, volte a “governare” l’economia e l’attività d’impresa dei privati piuttosto che regolarla. È ciò che si verifica nel paradigma dello Stato programmatore, dove l’intervento statale è volto a governare il fenomeno economico al fine di coniugare efficienza ed obiettivi di politica pubblica, ovvero farsi garante dell’efficienza economica prescindendo dal principio di concorrenza⁴⁸. Interventi di regolamentazione non sono però affatto estranei al paradigma di intervento dello Stato Regolatore⁴⁹. La dottrina più attenta sottolinea come la garanzia della concorrenzialità del mercato non comporti la totale eliminazione di interventi pubblici, e la stessa concorrenzialità del mercato è tutelata e promossa in quanto soddisfa gli interessi tutelati dall’ordinamento⁵⁰.

tivandone la tensione all'efficienza. Per altro verso, regolando prezzi e condizioni di accesso all'infrastruttura in monopolio naturale in modo da garantire il dispiegarsi della concorrenza tra gli operatori che quella infrastruttura utilizzano».

⁴⁶ A. LALLI, *op. cit.*, 165-170.

⁴⁷ R. MICCÙ, *Lo Stato regolatore e la nuova costituzione economica: paradigmi di fine secolo a confronto*, in P. CHIRULLI- R. MICCÙ (a cura di), *Il modello europeo di regolazione. Atti della giornata di studio in onore del prof. Salvatore Cattaneo*, Napoli, Jovene, 2010, p. 162. Che a sua volta si riferisce a Cfr. E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione proconcorrenziale dei servizi pubblici a rete*, Milano, 2006, 87.

⁴⁸ Sul tema, M. CARABBA — 1997, Programmazione, in D. disc. pubbl., vol. XII, Utet, Torino: par. 1; Luciani M. 1991, Economia nel diritto costituzionale, in Dig. disc. pubbl., vol. V, Utet, Torino: par. 6.; P. LAZZARA, *La funzione regolatoria: contenuto, natura e regime giuridico*, in M. CAFAGNO - F. MANGANARO (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, 2017, pp. 117.

⁴⁹ Un esempio può essere la normativa ambientale, ovvero, come indicato dagli studi anglosassoni, nelle normativa sulla sicurezza su lavoro. Cfr B. MITNICK, *The political economy of regulation*, New York, Columbia University Press, 1980, pp. 15-16.

⁵⁰ La dottrina ha sottolineato come la concorrenza sia perseguita in ragione dell’interesse alla più efficiente allocazione di risorse (R. MICCÙ, *op. cit.*, p. 160; G. MARONGIU, *Interesse pubblico e attività economica*, in *La democrazia come problema*, vol. I, t. 2°, Diritto, amministrazione ed economia, Bologna, 1994, 333 ss.). Ma, nel quadro costituzionale, questa valutazione di carattere economico deve essere calata in un’idea di amministrazione e di interesse pubblico come volto in ultima istanza alla tutela del consociato (PASTORI, *Diritti e servizi oltre la crisi dello Stato sociale* in *Scritti in onore di V. Ottaviano*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1993, 1082 – ora anche in *Scritti Scelti*, II, Napoli, Jovene, 2010, 511; G. PASTORI, *Diritti della persona e interesse della collettività nel servizio sanitario nazionale*, in atti del Convegno nazionale sulla riforma sanitaria, Fasano, Grafischena, 1978, 35, ora in *Scritti scelti, cit.*, 219; L. R. PERFETTI, *La persona, «unico centro unitario cui riferirsi»*, in *Jus*, 2011, 471; L. R. PERFETTI, *Persona, società e amministrazione pubblica*, in *Amministrare*, 2, 2018, p. 199 ss.). Così, attenta dottrina ha sottolineato come la concorrenza sia tutelata in quanto garantisca la prestazione nella società dei diritti civili e sociali che l’ordinamento riconosce e garantisce al cittadino – quantomeno nei livelli essenziali – e di cui lo stesso Stato è garante in ultima istanza (L. R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità*

In tal caso, gli interventi di regolazione sono volti a perseguire «*obiettivi di interesse generale diversi da quelli che il mercato è spontaneamente in grado di processare*» in un contesto strutturalmente governato dalla concorrenzialità assicurata – dove necessario – da interventi di regolazione⁵¹.

Un secondo elemento di distinzione è stato indicato nella struttura della normativa, che riflette la diversa *ratio* che ispira l'intervento pubblico.

Come noto, autorevole dottrina ha identificato nel paradigma di intervento regolatorio la formulazione di norme “condizionali”, contrapposte a quelle “finalistiche” che caratterizzano invece il diverso intervento della regolamentazione⁵². Nel primo caso trova rilievo il profilo causale, per cui a date circostanze di fatto corrisponde un determinato effetto giuridico, spesso di comando verso l'operatore. E cioè, criteri di comportamento il cui rispetto sarebbe di per sé sufficiente a garantire la soddisfazione dell'interesse pubblico⁵³. La disciplina causale orienta invece la condotta degli operatori verso le finalità stabilite dalla pubblica autorità, secondo uno schema che trova nella sede attuativa un momento di imposizione autoritativa dell'amministrazione verso il privato. Con interventi di regolamentazione, infatti, l'Autorità pubblica si pone in una situazione non esterna, bensì interna al mercato, sostituendosi alla spontaneità degli operatori, e vincolandoli direttamente a garantire determinati interessi non economici. Ciò non significa che non siano pensabili discipline condizionali di stampo regolamentare, volte a tutelare interessi estranei alle logiche di mercato. Non potrebbe, però, darsi una normativa finalistica che non comporti una ponderazione discrezionale degli interessi concretamente rilevanti, pubblici e privati.

La struttura condizionale ovvero finalistica determina anche una diversa organizzazione amministrativa delle due funzioni regolatrici, che costituisce il terzo elemento di distinzione.

Come anticipato, il paradigma della regolazione caratterizza il fenomeno amministrativo delle *authorities* – e in particolare dell'*Antitrust* – alle quali è affidata la «*delicata ed essenziale funzione di salvaguardia delle regole del mercato a tutela della concorrenza, radicata in interessi pubblici di valore costituzionale ai sensi degli artt. 3 e 41*

tà popolare nel rapporto con l'autorità, in Dir. pubbl., 2013). Questa costruzione del rapporto tra società e Stato si riflette direttamente nel rapporto tra regolazione e regolamentazione.

⁵¹ C. DE VINCENTI, *op. cit.* In altre parole, la regolamentazione non è volta a capovolgere il rapporto tra Stato e società, e quindi tra Stato e mercato, bensì ad intervenire sui fallimenti del mercato rispetto ad interessi tutelati dall'ordinamento.

⁵² Cfr. S. CASSESE, *Fondamento e natura dei poteri della Consob relativi all'informazione del mercato*, in AA.VV., *Sistema finanziario e controlli: dall'impresa al mercato*, Milano, 1986, p. 49 ss.; Cfr. S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato concorrenza regole*, 2, 2002, 265 ss.; L. TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, 1992; G. VESPERINI, *La Consob e l'informazione del mercato mobiliare. Contributo allo studio della funzione regolativa*, Padova, 1993. In particolare, A. RIVIEZZO, *Autorità amministrative indipendenti e ordinamento costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2005, 326, collega l'attività delle *authorities* alla “regolazione condizionale”.

⁵³ V. PAMPANIN, *op. cit.*, Cfr. L. TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, 1992, p. 442.

Cost.»⁵⁴. Le caratteristiche dell'attività amministrativa di queste ultime sono strettamente collegate alla stessa estraneità che informa la loro organizzazione, e cioè l'indipendenza che ne costituisce la peculiarità nel panorama del potere esecutivo. Come noto, l'autonomia dalla sfera politica è volta ad assicurare che le *authorities* non perseguano altro interesse se non quello concorrenziale⁵⁵. Come la dottrina che si è occupata delle *authorities* ha da tempo evidenziato, l'attività amministrativa di queste ultime non si basa sull'esercizio di discrezionalità decisionale sull'interesse pubblico in concreto, perché tali soggetti non perseguono un interesse diverso da quello della concorrenza ovvero dell'efficienza del mercato, e non lo perseguono in contrapposizione alle posizioni degli operatori⁵⁶.

Gli interventi di regolamentazione si strutturano invece sull'attività amministrativa tradizionale, chiamata a perseguire determinati interessi pubblici attraverso l'esercizio dei propri poteri pubblici, comprimendo le posizioni dei privati tramite l'esercizio di poteri autoritativi. L'autorità pubblica non è affatto in posizione di "estraneità" agli interessi legati alle circostanze concrete, in quanto portatrice di un proprio interesse, e cioè la funzione-finalità determinata in astratto dalla legge ed in concreto dalla valutazione più o meno discrezionale dell'autorità amministrativa⁵⁷. Come noto, con riferimento a questa attività

⁵⁴ Corte Costituzionale, sent. n. 269/2013.

⁵⁵ Anche in questo caso il modello è l'Antitrust, considerando che le altre autorità si collocano «lungo uno spettro che vede ancora oggi l'Autorità antitrust collocata all'estremo del segmento, dove figurano le autorità dotate del maggior grado di indipendenza» M. CLARICH, L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato come autorità pubblica indipendente, in C. RABITTI BEDOGNI e P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di Antitrust*, Torino, Giappichelli, 2010, 239; citato in M.C. MARZOCCA - G. MAZZANTINI, *Legittimazione dell'Autorità quale giudice a quo di fronte alla Corte costituzionale e alla Corte di Giustizia europea*, in *Osservatorio AIC*, 2, 2018; G. AMATO, *Conclusioni*, in *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Torino, Giappichelli, 1999, 100.

Non si ignora, però, che spesso sono stati assegnati ai Ministeri competenze regolatorie che si affiancano a quelle delle autorità indipendenti (tariffe). Dall'altro, non solo il sistema statunitense conosce un intervento antitrust affidati ad un dipartimento dell'esecutivo (*Antitrust division*), ma anche nel quadro europeo la tutela della concorrenza è affidata ad un commissario, che collabora con le autorità antitrust nazionali. Cfr. S. CASSESE, *Il posto dei poteri indipendenti nell'ordinamento*, in *La crisi dello stato*, Editori Laterza, 2002. Nell'ambito del valore indicativo dell'elemento organizzativo, però, occorre notare che, in questi casi, nella procedura ministeriale l'autorità di settore ha un peso rilevante – (esempio ART nelle autostrade), e il commissario europeo non è privo di garanzie di indipendenza.

⁵⁶ M.C. MARZOCCA - G. MAZZANTINI, *Legittimazione dell'Autorità quale giudice a quo di fronte alla Corte costituzionale e alla Corte di Giustizia europea*, in *Osservatorio AIC*, 2, 2018 ; L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, Il Mulino, 1996, 59 ss. Ovviamente, fermo questo elemento caratterizzante l'attività regolatoria, esistono casi in cui la dottrina riconosce l'esercizio di discrezionalità amministrativa. Cfr. G. MANFREDI, *Gli impegni nei procedimenti antitrust e la disciplina generale degli accordi*, in G. FALCON - B. MARCHETTI (a cura di), *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa. Problemi e prospettive*, CEDAM, Padova, 2013, 123- 141.

⁵⁷ A. LALLI, *op. cit.*, 167-168, che riconosce come «il controllo sull'uso di questi beni [reti e asset non duplicabili, n.d.r.] sia posto in essere da autorità amministrative realmente indipendenti dai rispettivi governi che, proprio in quanto proprietari, diretti o indiretti, delle imprese stesse, sono in conflitto di interessi nel momento in cui si trovano ad essere, allo stesso tempo, operatori nei settori che si stano aprendo ai pri-

si parla invece di imparzialità dell'amministrazione, quale equidistanza dagli interessi privati e conformità ai principi di non discriminazione.

Questi tre elementi di distinzione tra regolazione in senso stretto e regolamentazione non definiscono solo una diversa modalità di incidere sull'attività economica degli operatori. Come si vedrà, il binomio illustrato definisce anche un diverso rapporto tra autorità pubblica e posizione soggettiva dell'operatore privato, nonché – eventualmente e su un piano più generale – tra Stato e mercato.

Con riferimento proprio all'attività delle *authorities*, è stato evidenziato che «gli atti di regolazione non possono incidere sull'autonomia privata o sulla libertà contrattuale, nel senso che non potrebbero imporre direttamente o indirettamente, nuovi obblighi, o ulteriori oneri rispetto a quanto stabilito dalla legge, a meno che tali risultati non siano 'autonomamente' e liberamente assunti»⁵⁸. Questa posizione si può cogliere pienamente se riferita alla regolazione come definita in contrapposizione alla regolamentazione. E quindi, quale norma posta a fondamento del mercato in cui agiscono gli operatori. La struttura “condizionale” della norma regolatoria rende l'attività amministrativa prevalentemente attività di accertamento del fatto, seppur sulla base di una complessa discrezionalità tecnica.

Al contrario, la norma “finalistica” pone in capo all'amministrazione una funzione di perseguimento di un interesse pubblico a scapito di eventuali contrapposti interessi privati, le cui posizioni giuridiche possono essere comprese dall'azione autoritativa dell'amministrazione.

A fronte dei due paradigmi così ricostruiti, la regolazione *golden power* sembra avvicinarsi al paradigma regolamentare.

La struttura della norma è finalistica, lasciando all'amministrazione la valutazione in ordine alla determinazione, sulla base di una valutazione pienamente discrezionale sull'interesse pubblico in concreto, della condotta da imporre all'operatore. L'intermediazione dell'azione amministrativa tra norma ed operatore è necessaria a determinare gli obblighi a cui l'operatore, in ragione della condotta avuta, dovrà ottemperare per perseguire non l'interesse degli operatori, bensì quello pubblico.

In tal senso, la finalità della normativa è la tutela degli «interessi essenziali dello Stato». Non è infatti l'efficienza del mercato che si persegue, ma l'utilità che ne trae la comunità nazionale in senso organico e, soprattutto, politico⁵⁹. Anche

nati e regolatori degli stessi?».

⁵⁸ P. LAZZARA, *op. cit.*, p. 128.

⁵⁹ In questo senso L. ARDIZZONE - M. L. VITALI, p. 922 *I poteri speciali dello Stato nei settori di pubblica utilità*, in *Giur. comm.*, 2013, I, 919 ss. parla, con riferimento alla *golden share*, di «previsione imposta dallo Stato nell'interesse della collettività, a proprio discapito in quanto ragione di minor profitto nella vendita sul mercato» e che quindi «limita il manifestarsi della libertà economica, non tanto al fine della concorrenza, ma piuttosto per tutelare valori sociali». L'analisi degli Autori, pur rivolta a distinguere la regolazione attraverso i poteri speciali (*golden share prima e golden power successivamente*) dai diritti previsti nell'ordinamento societario, risulta significativa anche ai fini della presente analisi. Diversa è invece l'interpretazione di F. ANNUNZIATA, *op. cit.*, secondo cui la regolazione delle infrastrutture finanziarie sarebbe orientata a «servire obiettivi che si collocano in zone non così distan-

prescindendo dalla prospettiva storica, la stessa formulazione delle norme esprime lo sforzo di coniugare il perseguimento di interessi strategici, da un lato, e l'efficienza economica del mercato, dall'altro, di cui l'aspetto più rilevante è la promozione degli investimenti anche esteri. In tal senso sono la perentorietà e – quantomeno nella normativa del 2012 – la brevità del termine concesso alla Presidenza del Consiglio per esercitare i poteri speciali (su cui ci soffermerà nel prosieguo).

La struttura finalistica della norma si riflette poi sul piano organizzativo. Né la Presidenza né il Gruppo di Coordinamento sono in posizione di terzietà rispetto agli interessi in gioco⁶⁰. Lo Stato esprime il suo momento più autoritativo, tutelando i propri interessi rispetto a quelli degli operatori coinvolti⁶¹. Solo indirettamente questa funzione regolatoria (o regolamentare, nel senso già indicato) tutela i consociati, in quanto la finalità delle funzioni amministrative in capo alle amministrazioni e con poteri autoritativi non sono interessi soltanto propri della persona giuridica pubblica ma interessi perseguiti dall'ordinamento in quanto, appunto, pubblici⁶².

Come si vedrà nel prosieguo, questa ricostruzione della natura della regolazione e, di conseguenza, dei poteri esercitati dall'amministrazione può essere valorizzata sotto due profili di analisi.

In primo luogo, quanto illustrato fornisce indicazioni sulle modalità di intervento dal punto di vista della tecnica legislativa e delle scelte *de jure condendo*, preziose in questa stagione di riforme e nella prospettiva del rafforzamento dei poteri.

In secondo luogo, sulla costruzione del rapporto autoritativo può basarsi l'analisi dei poteri speciali sotto il profilo amministrativo, alla luce della distanza sostanziale che rende problematica l'applicazione di istituti tipici del fenomeno delle *authorities* ed imprescindibile la tutela del privato.

4. Per una teoria della *golden power* come presidio securitario.

Come si è avuto modo di illustrare, la regolamentazione differisce dalla regolazione in senso stretto per la finalità di tutela di interessi pubblici estranei

te da quelli che presiedono all'applicazione delle norme in tema di investimenti», e quindi le due normative di muoverebbero «in direzione non distonica». Ciò che qui sembra potersi sostenere è, invece, la radicale distanza degli obiettivi perseguiti dall'Antitrust e dalla golden power, ma anche il diverso paradigma di azione, di cui la diversa allocazione della competenza è espressione.

⁶⁰ La contraddittorietà tra il «sistema di tipo regolatorio», con cui si è qualificato l'intervento di *golden power*, ed una attività che invece promana dai «vertici del potere esecutivo» è stata sottolineata da A. TRISCORNIA, *Golden power; un difficile connubio tra alta amministrazione e diritto societario*, in *Riv. Soc.*, 2019, 749 s.

⁶¹ L. ARDIZZONE - M. L. VITALI, *op. cit.*, p. 922, parla efficacemente di Stato che «si pone come regolatore e al contempo beneficiario dei poteri».

⁶² L. R. PERFETTI, *Funzione e compito nella teoria delle procedure amministrative. Metateoria su procedimento e processo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2014, p. 53 – 73; L. R. PERFETTI, *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, in *Il diritto dell'economia*, 1, 2019, pp. 43-70.

alle logiche economiche⁶³. Sicché, l'impatto sul mercato dei due paradigmi di regolazione è qualitativamente diverso – finanche opposto. La funzione di regolamentazione può ostacolare investimenti e introdurre costi che, per quanto giustificati dall'interesse pubblico, costituiscono nondimeno rigidità o esternalità per gli operatori che agiscono con criteri economici⁶⁴. Sicché, è opportuno che un tale intervento si confronti, in un'ottica di bilanciamento e analisi costi-benefici, con le implicazioni che la disciplina ha sulle condizioni strutturali del mercato, in quanto non costituisce intervento volto a garantirne l'efficienza⁶⁵.

Sul piano legislativo, questo si traduce nel principio del minimo mezzo che deve informare l'attività normativa e di produzione legislativa, grazie anche al vaglio di ragionevolezza assicurato dalla giurisprudenza costituzionale sotto il profilo del *least-restrictive mean* e della proporzionalità *scriptu sensu* degli effetti⁶⁶.

⁶³ Rispetto a questo profilo la problematicità dell'art. 17, comma 1 *bis*, del D.L. 23/020, introdotto con la Legge di conversione n. 40/2020 nel corso della pubblicazione di questo articolo, ai sensi del quale «Fino al 31 dicembre 2020, per i settori agroalimentare e siderurgico le disposizioni del presente articolo e degli articoli 15 e 16 si applicano anche per perseguire l'ulteriore finalità della tutela del mantenimento dei livelli occupazionali e della produttività nel territorio nazionale» sembra solo apparente. Infatti, se da un lato sembra confermare i timori di «*disguised protectionis*» (D'ALBERTI, *op. cit.*), dall'altro può ricondursi alla ratio di presidio securitario se si considera che la finalità è limitata all'emergenza Covid-19 (e quindi negata come condizione normale), e quindi legata ai rischi esogeni determinati dalla pandemia ed al rischio che la stessa esponga il tessuto industriale italiano ad aggressioni economiche ed ad alterazioni della spontaneità nelle transazioni commerciali. In tal senso, non si pone in contrasto con la ricostruzione della *golden power* come presidio securitario.

⁶⁴ Come noto, la giurisprudenza europea sui poteri speciali previsti dagli Stati nazionali si basa, tra gli altri, sulla considerazione che le restrizioni alla libera circolazione dei capitali dissuadono gli investitori. Per un quadro esaustivo, G. SCARCHILLO, *op. cit.*, p. 643.

⁶⁵ Cfr. C. DE VINCENTI, *op. cit.*, sulla distinzione tra funzione allocativa e funzione regolatoria.

Restando sull'esempio della disciplina ambientale, si consideri che gli obblighi imposti alle attività produttive sui profili di limitazioni qualitativi e quantitativi a scarichi ed emissioni, così come gli obblighi legati alle *best practice* disponibili, costituiscono rigidità ed esternalità delle dinamiche di mercato. Nonostante il perseguimento di un bene costituzionale – il diritto all'ambiente – giustifichi questa disciplina, cionondimeno il Legislatore non può sottrarsi dal considerare il rilevantisimo ostacolo agli investimenti infrastrutturali costituito dai relativi procedimenti amministrativi, quali gli spesso farraginosi procedimenti di rilascio di AIA e VIA, secondo il principio del minimo mezzo.

⁶⁶ M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013. Come notato dall'Autore, la giurisprudenza costituzionale, pur senza chiarire organicamente il contenuto del vaglio di ragionevolezza nei profili che lo compongono, ne fa applicazione, fra gli altri, anche secondo i principi del minimo mezzo e della proporzionalità degli effetti. Sul primo, la Consulta ha chiarito che «Anche il giudizio di ragionevolezza sulle scelte legislative si avvale del cosiddetto test di proporzionalità, che "richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi" (sentenza n. 1 del 2014, richiamata, da ultimo, dalle sentenze n. 137 del 2018, n. 10 del 2016, n. 272 e n. 23 del 2015 e n. 162 del 2014)» (Corte Cost., sentenza n. 20/2019). Sulla proporzionalità degli effetti un elemento di chiarezza proviene dalla giustizia contabile, secondo cui «La delibazione di conformità alla Costituzione del tipo di disposizioni in esame si fonda, quindi, su un giudizio complessivo di ragionevolezza e di proporzionalità delle stesse che, a sua volta, postula,

Allo stesso modo, sul piano amministrativo, questo tipo di intervento deve considerare i pregiudizi imposti ai privati in ragione dell'interesse perseguito in un'ottica di ponderazione, in conformità al principio di economicità dell'azione amministrativa⁶⁷.

In particolare, gli studi di regolazione pubblica hanno evidenziato il rischio che la regolamentazione, mancando di contemperare i propri effetti, determini un «*eccesso di regolazione*» che pregiudica l'efficienza del mercato e, quale fenomeno conseguente, «*istanze di deregulation*» che indeboliscono gli interventi di regolamentazione, oggetto nel lungo termine di ripensamenti in ragione delle inefficienze economiche⁶⁸.

Si comprende quindi come la questione fondamentale non sia quella di limitare l'intervento regolamentare, che invece non può che essere esercitato laddove sia necessario al perseguimento di interessi pubblici entro i vincoli costituzionali, ma di coniugarlo con la struttura concorrenziale del mercato al fine di assicurare quella reciproca integrazione tra regolazione di settore e regolamentazione che caratterizza peraltro l'esercizio dei poteri di *golden power*, in un contesto giuspubblicistico che coniughi l'efficienza economica del mercato con la tutela degli interessi pubblici.

Non stupirà allora come sia stato autorevolmente sottolineato che la normativa *golden power* costituisce, in quanto tale, un disincentivo agli investimenti sulle imprese italiane⁶⁹. La ragione sembra essere proprio la natura di regolamentazione già illustrata, che richiede un «*bilanciamento tra l'esigenza di tutela dell'interesse nazionale e la promozione dell'attrattività del Paese nei confronti degli investitori stranieri*»⁷⁰.

Si può considerare allora sotto una nuova luce il carattere di eccezionalità dei presupposti di applicazione dei poteri speciali. Non si tratta solo di un rapporto di sussidiarietà con la regolazione esistente, ma di un'esigenza intrinseca al tipo di intervento proposto, al fine di creare un panorama regolamentare che

L'apprezzamento del bilanciamento degli effetti pregiudizievoli prodotti con i corrispondenti e speculari vantaggi di cui vengono a beneficiare altri valori di analogo rilievo costituzionale (Corte dei Conti, sez. giurisd. Liguria, ordinanza del 25 luglio 2014, n. 192).

⁶⁷ M. CLARICH, *La disciplina del golden power in Italia e l'estensione dei poteri speciali alle reti 5G*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Foreign Direct Investments Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, il Mulino, Bologna, 2019, 119, e G. NAPOLITANO, *I golden power italiani alla prova del Regolamento europeo*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Foreign Direct Investments Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, il Mulino, Bologna, 2019, p. 125.

⁶⁸ V. PAMPANIN, *op. cit.*, 112.

⁶⁹ B. VALSIESE, *Discussion Paper*, in *Golden power*, *op. cit.*,

⁷⁰ Cfr. B. VALSIESE, *op. cit.*, secondo cui «*Sul piano economico, poi, si pone il tema del bilanciamento tra l'esigenza di tutela dell'interesse nazionale e la promozione dell'attrattività del Paese nei confronti degli investitori stranieri. Tale bilanciamento è indispensabile per una nazione, come l'Italia, caratterizzata dal 'nanismo' delle proprie imprese e, a ben vedere, può essere rinvenuto nella consapevolezza che gli interessi strategici nazionali in realtà tendono a coincidere con quelli economici di lungo periodo*». Il bilanciamento tra tutela degli interessi strategici e promozione degli investimenti costituisce un tema avvertito da larga parte degli interpreti. Cfr. M. MASSELLA DUCCI TERI, *La disciplina nazionale sul golden power. Primi problemi applicativi*, *op. cit.*, p. 158; M. D'ALBERTI, *op. cit.*, 86.

non pregiudichi gli investimenti e, quindi, lo sviluppo dei settori strategici, ma sappia bilanciare le esigenze economiche e finanziarie con il presidio securitario della *golden power*⁷¹. Si tratta del «*principio di eccezionalità degli strumenti di difesa*»⁷².

La mancata indicazione del carattere “eccezionale” e sussidiario dell'intervento *golden power* con riguardo al settore della sicurezza nazionale, di cui all'art. 1 del D.L. n. 21/2012, assume allora una diversa fisionomia. Il dato testuale sembra motivarsi per la mancanza, nella maggior parte dei casi, di una regolazione del settore, nonché per la sussistenza di un collegamento più intenso tra beni considerati quali *asset* strategici e interessi di difesa e sicurezza. Restano però ferme le medesime considerazioni in merito all'adeguato bilanciamento tra tutela degli interessi pubblici, da una parte, e tutela degli interessi economici sia degli operatori che del mercato in generale, dall'altra, sia *de jure condendo* che nell'ambito della valutazione discrezionale in sede di applicazione.

In quest'ottica di bilanciamento, possono qui rilevarsi due elementi che non sembrano pienamente compatibili con l'eccezionalità dei poteri speciali, e da cui un percorso di rafforzamento della *golden power* non sembra poter prescindere.

Un primo elemento da considerare è la sussidiarietà dell'esercizio dei poteri di *golden power* rispetto alla regolazione di settore, di cui all'art. 2, comma 3, del D.L. 21/2012, e all'art. 4 del D.P.R. 85/2014, e cioè l'esercizio dei poteri speciali laddove «*la tutela degli interessi essenziali dello Stato [...] non sia adeguatamente garantita dalla sussistenza di una specifica regolamentazione di settore [...]*». Come già evidenziato, le regolazioni di settore riferite alla attività delle *authorities* non sono rivolte a tutelare gli interessi essenziali dello stato, bensì la concorrenzialità del settore per stimolare l'efficienza del mercato⁷³. Sicché, la normativa settoriale non sembra potersi porre come adeguata alternativa agli interventi di *golden power*, non determinandosi quindi quella sovrapposizione di strumenti che è oggetto della clausola di sussidiarietà in esame. In altre parole, il coordinamento con queste discipline, che attengono ad un diverso paradigma di intervento pubblico, rischia di svuotare di contenuto il criterio di eccezionalità della *golden power*.

Più coerente sembra invece il richiamo alla disciplina convenzionale e concessoria, di cui allo stesso art. 4 del D.P.R. 85/2014, e cioè a strumenti di cui lo stato dispone su un piano ordinario quale regolazione *ex ante* dei propri interessi, in contrapposizione allo strumento di intervento *ex post* costituito dalla *golden power*. Ed è in questo senso che sembra doversi più propriamente in-

⁷¹ M. PANUCCI, *Golden power. Cornice europea e nuovi paradigmi di concorrenza*, op. cit., 125, secondo cui «*L'esigenza di tutelare la sicurezza nazionale anche sotto il profilo della sicurezza economica non è di per sé inconciliabile con i principi di un'economia di mercato aperta e globale, a condizione che si rispetti il principio di eccezionalità degli strumenti di difesa*».

⁷² M. PANUCCI, op. cit. Tale eccezionalità costituisce un *fil rouge* storico che caratterizza i poteri speciali nell'ordinamento italiano. Cfr. A. SACCO GINEVRI, *La nuova golden share: l'amministratore senza diritto di voto e gli altri poteri speciali*, in *Giur. comm.*, 2005, II, p. 714, con riferimento al ruolo di *extrema ratio* della *golden share*.

⁷³ Sul rapporto tra *golden power* e regolazione bancaria ed assicurativa, A. SACCO GINEVRI, *Golden powers e infrastrutture finanziarie dopo il Decreto Liquidità*, in *Dirittobancario.it*, 2020.

tendere l'eccezionalità dei poteri speciali, e cioè quale strumento di *extrema ratio* volto a tutelare interessi in circostanze che non sono – e nemmeno potrebbero – essere oggetto di una regolazione *ex ante*⁷⁴. Il riferimento può essere ad una disciplina autorizzatoria di accesso all'attività ovvero prescrittiva di determinati requisiti di affidabilità morale ed economica, in modo simile a quanto previsto, con un approccio più organico dal D.L. 105/2019 per quanto riguarda il settore del 5G, ovvero al regime autorizzatorio previsto dal regolamento (CE) n. 428/2009 sui beni a doppio uso⁷⁵. Più problematico è il rapporto con normative aventi caratteristiche soltanto in parte simili, come nel caso della c.d. *poison pill*, comunque idonee a tutelare le società strategiche – pur se partecipate dallo Stato - rispetto a scalate ostili di soci non graditi⁷⁶. Allo stesso modo, per quanto riguarda i settori delle *public utilities*, il riferimento è alle normative volte a garantire la continuità degli approvvigionamenti⁷⁷.

Nella prospettiva di bilanciamento tra poteri speciali e strutture concorrenziali di mercato, un ruolo importante può essere invece svolto dalle autorità di settore, non solo sotto il profilo istruttorio ma anche nell'ambito della valutazione delle prescrizioni da apporre nel bilanciamento degli interessi, in ragione della loro funzione pro-concorrenziale.

In secondo luogo, e su un piano più operativo, il carattere eccezionale dei poteri sembra collidere con l'applicazione del tutto generale dell'obbligo di notifica, che, come anticipato, riguarda tutte le delibere/atti/operazioni che comportano un mutamento di titolarità/disponibilità/controllo degli *asset* rile-

⁷⁴ In questo senso sembra potersi valorizzare la critica mosse alla sentenza Corte di Giustizia, Terza Sezione. 26 marzo 2009, Causa C-326/07, in quanto «*le circostanze specifiche indicate dal d.P.C.M. potranno essere valutate solo nel caso concreto in cui si presenta un investitore*», pur se riferita al precedente regime di *golden share*. Cfr. I. DEMURO, *La necessaria oggettività per l'esercizio dei poteri previsti dalla golden share*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2009, p. 640 ss., che sottolinea come «*l'eventuale minaccia non è rappresentata né rappresentabile aprioristicamente dall'acquisto di una partecipazione ma solamente dalle circostanze concrete che caratterizzano il potenziale acquisto, cioè dai requisiti soggettivi dell'acquirente e da quello oggettivi dai quali dovrebbero discendere i "gravi ed effettivi pericoli"*». I poteri speciali sono, appunto, “speciali” anche in quanto riferiti a circostanze e pericoli non prefigurabili e quindi passibili di regolamentazione *ex ante*, ma per i quali lo Stato deve disporre di poteri di *extrema ratio*. Ed in effetti, i criteri di esercizio dei poteri – censurati dal giudice europeo come generici – restano caratterizzati da un'amplissima discrezionalità amministrativa. Di *extrema ratio* parla anche A. SACCO GINEVRI, *Golden powers e funzionamento delle imprese strategiche*, G. NAPOLITANO (a cura di), *Foreign Direct Investments Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, il Mulino, Bologna, 2019, p. 156. Laddove fosse invece possibile considerare le possibili minacce da una prospettiva *ex ante*, in conformità al già illustrato principio di proporzionalità nel bilanciamento con gli interessi economici, sarebbe forse più opportuna una regolamentazione *ex ante* con carattere generale ed astratto.

⁷⁵ Sul meccanismo c.d. di *catch all*, G. AIELLO, *Il legittimo affidamento dell'investitore e i poteri regolatori dello Stato*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Foreign Direct Investments Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, il Mulino, Bologna, 2019,

⁷⁶ Art. 1, commi 381-384, legge 23 dicembre 2005 n. 266. Sul punto, G. SCARCHILLO, *op. cit.*, p. 657.

⁷⁷ Si pensi al regime di essenzialità nella produzione energetica, ovvero al regime di accesso regolato a terzi per gli impianti di rigassificazione con riconoscimento in tariffa dell'incentivo costituito dal c.d. fattore di garanzia, subordinato al funzionamento continuo dell'impianto.

vanti nel settore di cui all'art. 2, commi 1 e 1 *ter*, nonché le acquisizioni di quote di imprese che detengono gli stessi *asset*, per quanto innocue⁷⁸. Il peso dell'incombente rileva, in particolare, per l'obbligo di sospensione degli effetti dell'atto notificato fino al termine della procedura amministrativa.

Da una parte, la disposizione si spiega per i problemi maggiori che spesso comporterebbe il ripristino dello *status quo ante* in caso di veto esercitato a valle dell'attuazione dell'operazione notificata, ma anche per la tutela degli interessi pubblici che sarebbero pregiudicati già dall'accesso, anche temporaneo, di un operatore inaffidabile ai beni strategici (si pensi al caso di informazioni riservate che diventano accessibili all'acquirente).

Nella consapevolezza di tale rilevante interferenza nel mercato e, nondimeno, della necessità di una previa istruttoria, la disciplina del 2012 aveva previsto un ristretto termine perentorio per la conclusione del procedimento di *golden power* di appena 15 giorni decorrenti dalla notifica, per valutare l'atto ed adottare i provvedimenti opportuni. Questo termine è stato presto ritenuto insufficiente per istruttorie così complesse⁷⁹. Gli interventi di riforma, in un'ottica di rafforzamento, hanno quindi esteso questo termine a quarantacinque giorni feriali, cioè quasi due mesi di calendario⁸⁰. Sembra così cambiare il bilanciamento tra sforzo di creare la minima interferenza alle dinamiche del mercato e di garantire completezza dell'istruttoria amministrativa.

Risulta allora l'evidente difficoltà di coniugare le esigenze che qui si contrappongono, ma non sembra potersi dubitare che ogni rafforzamento istruttorio – e sono varie in questo senso le proposte – debba essere attentamente vagliato alla luce del rischio di appesantire ulteriormente un obbligo che,

⁷⁸ L'art. 4 del d.P.C.M. n. 108/2014 e l'art. 4 del D.P.R. n. 85/2014 assoggettano a notifica anche le c.d. operazioni infragruppo, che pure sono assoggettate all'esercizio dei poteri speciali in casi ulteriormente eccezionali.

⁷⁹ Il tema era emerso già con i primi decreti attuativi. Sia il D.P.R. 35/2014 che il D.P.R. 86/2014 hanno specificato che nel computo dei termini decadenziali di cui agli artt. 1 e 2 del D.L. 21/2012 «sono esclusi il sabato, la domenica e le festività nazionali». Al di là dell'evidente profilo di illegittimità di una modifica della legge delega da parte del regolamento delegato⁷⁹, ciò che emerge ai nostri fini è un primo tentativo di allentare le maglie del procedimento. A questo si aggiunge, nella prassi, la distinzione tra procedimento di accertamento della soggezione alla *golden power* e procedimento di applicazione della stessa⁷⁹. Con il D.L. n. 105/2019, infine, il termine è stato rideterminato in 45 giorni (30 giorni per la fattispecie di cui all'art. 1 bis del D.L. 21/2012), soggetta a sospensione in caso di integrazioni documentali.

⁸⁰ Né il D.L. 105/2019 né gli interventi successivi hanno modificato l'indicazione del D.P.R. 35/2014 e del D.P.R. 86/2014 sul conteggio dei giorni feriali. Quanto ai nuovi settori della *golden power* allargata, e cioè gli ambiti previsti dall'art. 4 del Regolamento (UE) 2019/452, non è stato ancora emanato il decreto attuativo previsto dall'art. 2, comma 1 *ter* del D.L. 21/2020. Il D.P.R. n. 86/2020, del resto, circoscrive l'applicazione agli *asset* di cui all'art. 2, comma 1, del D.L. 21/2012, e quindi ai settori tradizionali di energia, trasporti e comunicazioni. L'art. 4 *bis*, comma 4, D.L. n. 105/2019, a riguardo, stabilisce che «Fino alla data di entrata in vigore dei decreti di cui ai commi 1 e 1-ter dell'articolo 2 del decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 maggio 2012, n. 56, come sostituiti dal presente articolo, continuano ad avere efficacia i regolamenti adottati in attuazione delle norme previgenti modificate dal presente articolo», senza stabilire l'applicazione del D.P.R. n. 86/2014 oltre quanto stabilito dallo stesso decreto. Sembra quindi che il tema debba essere risolto sul piano dell'applicazione analogica.

invece, forse richiederebbe una ottimizzazione nelle tempistiche in applicazione del principio di economicità. In questo senso è stata avanzata una proposta *de jure condendo* di strutturare il procedimento *golden power* in due fasi, di cui la prima sarebbe volta a deliberare, entro uno strettissimo termine decadenziale, il non esercizio per inapplicabilità ovvero manifesta irrilevanza, ed il secondo, più lungo, alla determinazione del veto ovvero prescrizioni⁸¹. L'enorme pregio di questa proposta consiste nel riflettere l'eccezionalità dei poteri di difesa nell'obbligo dell'operatore di notifica e di *stand still*, in un rapporto più proporzionale. Ovviamente, resta ferma la necessità di non aggravare ulteriormente il procedimento con un allungamento dei termini complessivi.

Sempre con riguardo all'obbligo di notifica, sembra invece meno complesso e certamente più esigibile garantire la certezza delle fattispecie di notifica, sia con riguardo alle operazioni soggette a tale adempimento procedurale che con riguardo agli *asset* che rientrano nella *golden power*⁸². Militano in questo senso due ordini di considerazioni. Innanzitutto, la certezza giuridica sugli adempimenti degli operatori non attiene al bilanciamento già trattato, ma costituisce una imprescindibile garanzia di tutela del mercato e degli operatori così come della correttezza dell'azione amministrativa. In secondo luogo, la grave sanzione amministrativa posta a tutela degli obblighi di notifica comporta l'applicazione dell'art. 1, comma 2, della legge 689/1981⁸³, e quindi del principio di tassatività della fattispecie sanzionata⁸⁴.

Risulta allora non solo esclusa ogni interpretazione analogica delle fattispecie di notifica, ma la formulazione e l'interpretazione delle stesse dovrebbe essere governata da un principio di determinatezza. In questo caso, il confronto tra l'interesse strategico all'elasticità delle fattispecie in ragione del caso concreto e quello dell'operatore a conoscere le condizioni di assoggettamento ai poteri speciali non si inserisce affatto in un bilanciamento di interessi, prevalendo quest'ultima posizione in ragione, se non del principio di legalità dei poteri amministrativi, quantomeno del citato principio di tassatività.

È in questo senso che l'elenco degli *asset* strategici di cui al d.P.C.M. 108/2015 e al D.P.R. 85/2015 sono tassativi, pur presentando una formulazione particolarmente ampia⁸⁵.

⁸¹ Si tratta di una proposta avanzata da R. ANGELINI, *op. cit.*, p. 48.

⁸² F. FIORE, *Poteri speciali ed emittenti azioni quotate sui mercati regolamentati*, in *Golden power*, *op. cit.* Sull'incertezza che ha caratterizzato la formulazione delle recenti riforme, F. ANNUNZIATA, *Infrastrutture finanziarie e controllo degli investimenti esteri*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Foreign Direct Investments Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, il Mulino, Bologna, 2019, p. 105 e ss.

⁸³ Art. 1, comma 8 *bis*, art. 1 *bis*, comma 3, art. 2, comma 4 e 5, del d.l. 21/2012.

⁸⁴ *Ex multis*, Consiglio di Stato, sez. V, 12 ottobre 2018, n. 5883; Cass., II, 22 maggio 2007, n. 11826, 22 gennaio 2004, n. 1081, I, 8 agosto 2003, n. 11968; da Cons. Stato, VI, 28 giugno 2010, n. 4141.

⁸⁵ Non mancano comunque spazi di incertezza, tanto nella determinazione delle operazioni assoggettabili quanto in riferimento agli *asset* elencati (F. FIORE, *op. cit.*) Sulle ambiguità terminologiche del D.P.R. 85/2012, R. Angelini. Così anche la fattispecie di cui all'art. 2, comma 2, del D.L. 21/2012, che assoggetta a notifica l'adozione di atti, delibere o operazioni che abbiano «per effetto modifiche della titolarità, del controllo o della disponibilità degli attivi medesimi». La

Dato questo quadro, non pochi problemi crea l'esplosione della *golden power* dovuta alle riforme susseguitesi dal 2017 ad oggi, che hanno visto l'allargamento della *golden power* a numerosi ed eterogenei settori.

Questa *golden power* allargata presente due profili di criticità, su un piano di tecnica legislativa e di *ratio* normativa.

Sul primo profilo, occorre notare che le novelle in esame hanno introdotto interi settori nell'ambito di applicazione dell'art. 2 del D.L. 21/2012, non senza dubbi interpretativi. Da ultimo, il passaggio da *asset strategici* a *settori strategici* è segnato dal diretto riferimento, da parte dell'art. 4 *bis*, comma 3, del D.L. 105/2019, ai settori previsti dall'art. 4 del Regolamento UE 452/2019. Anche se tale rinvio è destinato ad essere superato dal decreto attuativo previsto dall'art. 2, comma 1 *ter*, del D.L. 21/2012, nelle more trovano applicazione gli interi "settori" previsti dal regolamento europeo.

Di per sé, il riferimento al settore non assume quella chiarezza e precisione prescrittiva che, invece, la normativa *golden power* richiederebbe, e mal si concilia con una normativa strutturata rispetto ad *asset* strategici. Si pensi, a questo proposito, alla fattispecie di notifica degli atti dispositivi dell'*asset* di cui all'art. 2, comma 2, del D.L. 21/2012⁸⁶.

A questo si aggiunge che l'art. 4 del Regolamento UE 452/2019 non è volto a delimitare settori strategici entro cui identificare obblighi di notifica e aggravii procedurali per operazioni rilevanti, ma, al contrario, ad offrire, sul piano comunitario, un ampio *range* di materie entro cui valutare le conseguenze delle operazioni da censurare. Si pensi al riferimento alle «*infrastrutture sensibili*», all'«*energia*» o alla «*sicurezza alimentare*». Il problema è ancora più evidente se si considera che il D.L. 21/2012, in quanto costruito per essere applicato ad *asset* strategici e non su settori, non prevede soglie dimensionali all'ambito di applicazione⁸⁷.

prassi della Presidenza ha ritenuto l'elencazione che segue di natura non esaustiva, ed il riferimento a «*controllo*» e «*disponibilità*» in senso elastico, includendovi anche fattispecie che possono comportare un'influenza sulla gestione futura dell'*asset*. Questa lettura può comportare spazi di incertezza in riferimento a quali siano le operazioni che mutano la «*disponibilità*» indiretta dell'*asset*, con una sovrapposizione rispetto alla fattispecie di acquisizione societaria di cui al successivo comma 5. Anche la dottrina parla della possibilità di riferire l'art. 2, comma 2., ad una categoria di controllo *ad hoc* della *golden power* (R. ANGELINI, *op. cit.*).

⁸⁶ G. NAPOLITANO, *I golden power italiani alla prova del Regolamento europeo*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Foreign Direct Investments Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, il Mulino, Bologna, 2019, p. 127.

⁸⁷ Si consideri il settore della «*sicurezza alimentare*». Il riferimento è ambiguo, in quanto nel nostro ordinamento tale espressione viene utilizzata per riferirsi al tema della salubrità degli alimenti, oggetto – tra gli altri – della direttiva 178/2002. Il testo inglese parla però di *food security*, e non di *food safety*. Il riferimento è quindi da identificare, più coerentemente rispetto al contesto della disposizione, nell'approvvigionamento di cibo. La ragione dell'inclusione di un simile settore nella *golden power* risulta chiaro se si considera il monito contenuto nella dichiarazione finale del World Food Summit di Roma del 1996, e cioè che «*Food should not be used as an instrument for political and economic pressure*», riconoscendo che anche il tema dell'approvvigionamento alimentare si presta a questo uso strategico. Il problema è che la normativa non pone soglie minime di rilevanza all'ambito soggettivo ovvero oggettivo di applicazione, sicché il D.L.

Come già anticipato, a garantire maggiore certezza applicativa nell'applicazione della *golden power* sono anche finalizzate proposte di adozione, da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri, di una serie di atti tipici delle *authorities*. Su questo tema, si veda il seguente capitolo

L'espansione della *golden power* potrebbe apparentemente sembrare problematica sotto un secondo profilo. La natura dei nuovi settori, per quanto rilevanti nel sistema economico e sociale, non sembrerebbe a prima vista coerente con la *ratio* dello strumento *golden power* quale presidio securitario. In questo senso, non è semplice collegare un investimento immobiliare ad una minaccia agli interessi strategici dello Stato, in particolar modo in un ordinamento che riconosce la possibilità di espropriare la proprietà privata per interesse pubblico.

In realtà, sotto questo profilo, la discrepanza con la *ratio* securitaria è solo apparente. Come è stato sottolineato, «*il presidio securitario va esteso anche a settori che, a un primo approccio, potrebbero sembrare marginali ma che tali non sono*»⁸⁸. L'inclusione di questi settori esprime una scelta legislativa di tutela a fronte di rischi securitari, che si può cogliere anche considerando i rischi di una aggressione economica basata sulla gestione di questi *asset*. Nello stesso senso è anche da considerarsi l'inclusione da parte del Regolamento EU 452/2019 degli effetti nei "settori" in questione tra gli elementi da considerare «*nel determinare se un investimento estero diretto possa incidere sulla sicurezza o sull'ordine pubblico*»⁸⁹.

In questo contesto di oggettiva difficoltà per gli investitori di conformarsi alla normativa *golden power*, al fine di assicurare una maggiore certezza dell'ambito di applicazione dell'obbligo di notifica è stata proposta l'introduzione di una procedura di *pre-screening*, sul modello di quanto previsto dal Codice Ambiente per la Valutazione di Impatto Ambientale⁹⁰. L'applicazione di un tale istituto sarebbe certamente opportuna, anche al fine di non dilungare inutilmente i tempi di attuazione delle operazioni societarie a valle della loro adozione. Occorre, però, sottolineare che questo strumento non può sopperire all'incertezza determinata dalla ambiguità delle fattispecie oggetto dell'obbligo di notifica. A ciò ostano i principi di tassatività – in materia di sanzioni amministrativa – e legalità – in materia di poteri amministrativi. E, del resto, l'introduzione della pre-notifica senza un intervento di chiarificazione sull'ambito di applicazione della *golden power* finirebbe con il traslare sterilmente il problema ad una fase anteriore all'operazione, senza risolverlo.

21/2012 finisce per trovare applicazione a tutte le società alimentari.

⁸⁸ A. PANSA, *op. cit.*, p. 106.

⁸⁹ Art. 4, comma 1, del Regolamento UE 452/2019.

⁹⁰ G. NAPOLITANO, *I golden power italiani alla prova del Regolamento europeo*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Foreign Direct Investments Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, il Mulino, Bologna, 2019, p. 131.

5. Spunti per uno studio del momento autoritativo: le munizioni dell'«armamento giuridico»⁹¹.

L'analisi della normativa *golden power* nell'ambito del binomio regolazione-regolamentazione permette di ricostruire il rapporto tra l'operatore e l'amministrazione statale in termini di amministratore-amministrato. La Presidenza del Consiglio, nell'adottare le prescrizioni ovvero il veto alle operazioni, atti o delibere che rientrano nell'ambito di applicazione, sembra così esercitare i poteri autoritativi che caratterizzano l'azione amministrativa, idonei a comprimere le situazioni giuridiche soggettive sulla base di una valutazione discrezionale.

Sotto questo profilo, una corretta ricostruzione dogmatica del fenomeno regolatorio può garantire, da una parte, all'azione *golden power* gli strumenti di unilateralità adeguati per assicurare la prevalenza degli interessi pubblici rispetto alle posizioni soggettive dei singoli operatori; dall'altra, restituire al diritto amministrativo la propria funzione di garanzia individuale.

Alla notizia dell'operazione rilevante, che può aversi attraverso la *disclosure* operata con l'atto di notifica da parte dell'impresa obbligata ovvero ad esito di un apposito procedimento di accertamento della violazione dell'obbligo di notifica, prende avvio un procedimento amministrativo. Non sembrano sussistere motivi per escludere l'applicazione a quest'ultimo della legge 241/1990, richiamata anche dagli artt. 9 del D.P.R. 35/2014 e 9 del D.P.R. 86/2014. Al fine di trattare correttamente l'applicazione dei singoli istituti, però, è necessario chiarire i contorni di questo procedimento.

A questo proposito, c'è chi ha sottolineato che, nella prassi, non constano applicazioni dell'art. 10 *bis* della l. 241/1990, sulla «comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza»⁹². Non si tratta di una circostanza che possa stupire, in quanto non sembra che la notifica dell'operazione sia qualificabile come istanza di parte. In primo luogo, non può ignorarsi che l'impresa è obbligata ad effettuare la notifica (e non si tratta quindi propriamente di un onere). In secondo luogo, è determinante constatare che questo atto non contiene alcuna richiesta, consistendo invece in una completa *disclosure* di informazioni aziendali, societarie, industriali e finanziarie. Dato il contenuto meramente informativo della notifica, nella forma di una autocertificazione⁹³, non sembra potersi parlare di procedimento ad istanza di parte.

Nemmeno sembra possa trovare diretta applicazione l'art. 10 della legge 241/1990. Da una parte, vi ostano le «particolari esigenze di celerità del procedimento» connaturate al procedimento di esercizio dei poteri speciali. Dall'altra, deve valorizzarsi la disciplina speciale di cui all'art. 5, comma 1, lett. c) del d.P.C.M. 6 agosto 2014, che prevede una comunicazione con contenuti sovrapponibili a quelli di cui all'art. 8 della legge 241/1990.

⁹¹ Il riferimento è ancora alla felice espressione di L. ARNAUDO, *op. cit.*

⁹² G. NAPOLITANO, *op. da ultimo cit.*, p. 130.

⁹³ Decreto del Segretario generale della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 18 febbraio 2015.

Al contrario, non sembra di per sé esclusa la partecipazione dei privati al procedimento, di cui agli artt. 9 e 10 della legge 241/1990. Il diritto di partecipazione trova però un limite nella segretezza e riservatezza dei dati che caratterizzano l'intero procedimento⁹⁴, sicché il ruolo del terzo interveniente ne risulta concretamente ridimensionato. Trattandosi di un procedimento amministrativo, però, laddove un operatore terzo all'operazione fornisca all'amministrazione informazioni rilevanti per la decisione, quest'ultima, per il principio di completezza dell'istruttoria, non potrà astenersi dal valutarle. Né sussistono motivi per negare ai terzi di presentare memorie e documentazione. L'obbligo di valutare questi elementi deve coniugarsi poi con i ristretti termini perentori per la conclusione del procedimento.

Quanto alla conclusione del procedimento, l'adozione di un provvedimento – di esercizio o meno dei poteri speciali – è solo eventuale. Nel caso in cui l'amministrazione rilevi la necessità di un intervento, i poteri speciali previsti espressamente dalla normativa sono due: il veto e le prescrizioni.

Come anticipato, nella prospettiva di graduare e alleggerire l'esercizio dei poteri speciali nei confronti degli operatori, sono stati proposti varie strumenti di natura più o meno collaborativa con le imprese⁹⁵. Certamente, la partecipazione attiva del privato al procedimento, la considerazione della sua posizione sostanziale nella decisione discrezionale e la proporzionalità rispetto alle esigenze concretamente rilevanti sono principi fondamentali dell'attività amministrativa. La prospettiva di porre l'operatore al centro dell'esercizio dei poteri speciali, piuttosto che come mero soggetto passivo, risponde ad un'idea moderna e democratica di amministrazione⁹⁶.

Cionondimeno, occorre considerare che, come già illustrato, i poteri speciali costituiscono una funzione amministrativa radicalmente e sostanzialmente diversa dall'attività di regolazione delle *authorities*. Gli interessi strategici sono perseguiti – non *insieme* a, bensì – *nonostante* gli interessi dei privati, i quali sembrano doversi qualificare come interessi legittimi. In altri termini, non sembra esserci identità tra interesse dello Stato ed interesse degli operatori, se non come accidente storico dovuto a particolari circostanze concrete⁹⁷.

Dalla già illustrata costruzione dei poteri speciali deriva che gli strumenti propri del peculiare fenomeno amministrativo delle *authorities* non sono *ex se* applicabili ad una funzione autoritativa quale quella di *golden power*. Al fine di

⁹⁴ Art. 9 del D.P.R. 35/2014 e Art. 9 del D.P.R. 86/2014.

⁹⁵ R. ANGELINI, *Idee per una «modernizzazione» del golden power*, e A. CIPOLLONE, *La verifica dell'ottemperanza alle prescrizioni I comitati di monitoraggio*, in G. NAPOLITANO, *I golden power italiani alla prova del Regolamento europeo*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Foreign Direct Investments Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, il Mulino, Bologna, 2019, p. 133.

⁹⁶ G. PASTORI, *Diritti e servizi oltre la crisi dello Stato sociale*, op. cit.; G. PASTORI, *Diritti della persona e interesse della collettività nel servizio sanitario nazionale*, op. cit.; L. R. PERFETTI, *La persona, «unico centro unitario cui riferirsi»*, op. cit.; L. R. PERFETTI, *Persona, società e amministrazione pubblica*, op. cit.

⁹⁷ In questo senso, un'attenta dottrina parla di «binari paralleli che si possono intrecciare, ma non necessariamente». R. CHIEPPA, *Conclusioni*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Foreign Direct Investments Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, il Mulino, Bologna, 2019, p. 188.

applicare in questo contesto gli istituti di collaborazione attiva o prassi propria delle autorità indipendenti occorre vagliarne la compatibilità sotto il profilo della *ratio* e dei meccanismi operativi. Non è questa la sede per una tale operazione ermeneutica, ma possono già qui formularsi alcune considerazioni.

In primo luogo, come noto, l'attività amministrativa autoritativa è governata dal principio di legalità di cui all'art. 97 Cost.⁹⁸ Pertanto, ogni nuovo strumento che possa pregiudicare la posizione degli operatori deve essere previsto dalla legge, senza spazio per la prassi nella creazione di nuovi istituti vincolanti per il privato⁹⁹.

In secondo luogo, mentre le funzioni delle *authorities* sono generalmente volte a tutelare interessi la cui ricorrenza nel caso concreto è oggetto di una verifica tecnica compiuta dalle Autorità sulla base della loro autorevole competenza, ben diverso è l'esercizio della discrezionalità amministrativa. La definizione dell'interesse pubblico in concreto costituisce funzione propria dell'amministrazione, e la collaborazione dei privati è volta a fornire all'istruttoria amministrativa gli elementi di fatto e diritto utili alla decisione finale, secondo il principio della completezza dell'istruttoria. Nel caso di specie, inoltre, la definizione degli interessi strategici si basa anche su un'attività informativa e su presupposti strategici rispetto a cui significativo può essere il ruolo dei servizi d'informazione e di altri organi ed enti specializzati. Sicché, sembra difficile pensare che questi interessi strategici possano essere identificati al privato e posti a base di una dichiarazione di impegni. Potrebbe invece configurarsi una negoziazione dei termini delle prescrizioni a valle dell'accertamento dell'interesse strategico, che culmini o meno con un accordo amministrativo, *ex art. 11* ella legge 241/1990¹⁰⁰.

⁹⁸ G. NAPOLITANO, *I golden power italiani alla prova del Regolamento europeo*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Foreign Direct Investments Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, il Mulino, Bologna, 2019, p. 129.

⁹⁹ Con riferimento agli strumenti di *soft law*, non direttamente vincolanti per l'operatore privato, ne è stata sottolineata la idoneità a pregiudicare il destinatario finale dei provvedimenti che ne costituiscono applicazione, sia per l'idoneità ad orientare il giudice in ragione della autorevolezza tecnica dell'amministrazione da cui provengono, sia per la funzione di orientare l'applicazione della normativa da parte di un soggetto pubblico diverso (M. PASSALACQUA, *Soft Law per la regolazione del mercato dei contratti pubblici*, in *Concorrenza e mercato*, 2017, 1, pp. 173-194). Con riferimento alla normativa *Golden power*, le evidenti esigenze di certezza e l'enorme rilievo delle operazioni soggette alla procedure sembrerebbe escludere l'opportunità di perseguire questa "fuga da regolamento" che caratterizza invece il fenomeno della *soft regulation*, ed intervenire sugli strumenti di applicazione già previsti o da prevedersi nel D.L. 21/2012. In questo senso, peraltro, il D.L. 105/2019 ha modificato l'art. 2 comma 1 *ter* prevedendo, in luogo di un regolamento attuativo, un semplice "decreto".

Per quanto riguarda la definizione dell'ambito di applicazione dell'obbligo di notifica, trattandosi di fattispecie oggetto di una relevantissima sanzione amministrativa, opera l'art. 1 della legge 689/1981, peraltro retta dal principio di legalità.

¹⁰⁰ Gli accordi disciplinati espressamente dalla disposizione sono gli accordi c.d. facoltativi, che l'amministrazione può decidere di stipulare in alternativa all'esercizio della funzione tramite provvedimento. Secondo un orientamento interpretativo, l'accordo di cui all'art. 11 della l. 241/1990 avrebbe natura pubblica (G.D. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, Giuffrè, 1984; GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, V ed., 2019; S. CIVITARESE

In terzo luogo, gli strumenti di risoluzione o attenuazione consensuale delle violazioni dovrebbero tenere conto della distanza sostanziale tra la fattispecie di violazione dell'obbligo di notifica e quello di violazione delle prescrizioni. Nel primo caso, la notifica non è di per sé idonea a soddisfare un interesse strategico, ma ha soltanto la funzione di informare il Gruppo di Coordinamento, affinché venga posta in essere l'istruttoria volta a verificare se tale interesse sussiste nel caso concreto. Nel caso che, in concreto, l'operazione fosse innocua, nessuna misura ripristinatoria sarebbe necessaria, una volta che l'amministrazione sia a conoscenza dell'operazione, atto o delibera rilevante. Al contrario, l'imposizione di prescrizioni può essere giustificata soltanto dalla minaccia ad un interesse strategico. Ed allora, la sua violazione può avere conseguenze – non solo sanzionatorie, ma anche – ripristinatorie, rispetto alla quale può porsi un tema di *lenency program* o di impegni spontanei.

Ferme restando queste valutazioni, allo stato dell'arte il perseguimento degli interessi strategici si basa attualmente sugli strumenti del veto o di prescrizioni. Il rapporto tra questi due istituti è definito dalla normativa nel senso che il potere «è esercitato nella forma di imposizione di specifiche prescrizioni o condizioni ogniqualvolta ciò sia sufficiente ad assicurare la tutela degli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale»¹⁰¹.

Uno studio di questi poteri speciali può strutturarsi su due direttrici fondamentali. Da un lato, nella genericità della normativa, occorre indagare il contenuto che le prescrizioni possono assumere, e cioè se sussistano limiti interni o esterni agli adempimenti che possono imporsi la privato. Dall'altro, l'ampissima discrezionalità amministrativa e l'autoritatività che caratterizzano i poteri speciali impongono di considerare adeguatamente gli strumenti di tutela

MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, Giappichelli, 1997. Sulla inapplicabilità del diritto privato ad accordi funzionalizzati, si veda anche A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. Dir. Pubbl.*, 1939, 76). Secondo le tesi contrattualistiche, l'applicazione del codice civile non si limiterebbe ai principi compatibili con l'interesse pubblico, ma avrebbe carattere generale, trattandosi di un contratto di natura privatistica (L. R. PERFETTI, *Canone inverso al controcanto di Francesco Pugliese su concessioni e tutela giurisdizionale*, in *Studi in ricordo di Francesco Pugliese*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2010, p. 414). La letteratura sull'argomento è molto vasta. Per una ricostruzione storica delle teorie sulla contrattazione pubblica, B. GILIBERTI, *Contributo alla riflessione sulla natura giuridica delle concessioni di pubblico servizio*, in *P.A. - Persona e Amministrazione*, 2018, 1, 114. Per un'analisi sugli orientamenti della giurisprudenza, mi sia concesso di rinviare ad A. GEMMI, *Il tramonto della concessione-contratto: la svolta pubblicistica della giurisprudenza*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 1, 2019, 455 ss.

Questo tema rileva anche per quanto riguarda l'istituto delle linee guida. Tale strumento di *soft law*, peraltro strettamente legato alla funzione di *competition advocacy* delle *authorities*, è volto ad orientare – ed, indirettamente, integrare – l'applicazione di una norma; o da parte di altre autorità pubblica, come nel caso delle linee guida ANAC, ovvero degli stessi operatori, come nel caso delle linee guida antitrust. Nella regolamentazione *golden power*, però, il privato è tenuto unicamente alla notifica dell'operazione rilevante, ed all'adempimento delle prescrizioni imposte dall'autorità pubblica. Non, invece, al perseguimento spontaneo dell'interesse pubblico.

¹⁰¹ Art. 1, comma 4, del D.L. 21/2012; nello stesso senso sono gli art. 1 *bis*, comma 3 *bis*, e 2, comma 4, dello stesso D.L.

della posizione giuridica dell'operatore.

Sul primo profilo, sembrerebbe innanzitutto porsi un tema di tipicità. La normativa *golden power* si limita a prevedere che l'operazione notificata sia soggetta a «prescrizioni» o «condizioni», senza predeterminare in alcun modo il contenuto di tali disposizioni. Dalla affermazione di autoritarità dei poteri ablativi delle libertà economiche e del diritto di proprietà ne deriva l'applicazione del principio di legalità nella sua accezione più forte, e quindi porsi come problematica la definizione dei poteri speciali soltanto nelle finalità. Senza alcuna pretesa di esaurire il tema della atipicità dei poteri speciali in questa sede, sembrerebbe opportuno valutare l'applicazione del principio nel caso concreto alla luce della dottrina della tipicità degli atti amministrativi, considerando le caratteristiche della *golden power* come presidio securitario, e, in particolare, quale *extrema ratio* relativa a pericoli che non sono e non potrebbero essere oggetto di una regolamentazione preventiva in ragione della non prevedibilità dei rischi e, di conseguenza, degli strumenti di opportuna tutela¹⁰².

L'atipicità dei poteri porta però a interrogarsi sulla eventuale sussistenza di limiti al contenuto che le prescrizioni possono assumere. A questo proposito, i limiti possono evincersi dalla normativa *golden power*, indagando i limiti interni alla disciplina, e dall'ordinamento in cui la stessa si inserisce, indagando i limiti esterni.

Quanto ai primi, è stato indicato quale limite interno il vincolo finalistico, e cioè la funzionalizzazione dei poteri speciali alla tutela della sicurezza e del funzionamento degli *asset* strategici¹⁰³. Occorre però sottolineare che l'ampissima discrezionalità che caratterizza le modalità di perseguimento di questi fini rischia di pregiudicare l'effettività di questo primo limite.

Ma non sembra l'unico. Può infatti valorizzarsi il rapporto tra obbligo di notifica e conseguente provvedimento. Si è già detto che la normativa riconosce l'esistenza di *asset* strategici in proprietà e gestione ad imprese private. Rispetto a questa situazione, il D.L. 21/2012 configura l'attivazione dei poteri speciali solo in determinate ipotesi tassative; e cioè per quelle operazioni, atti o delibere oggetto di notifica. Questo adempimento strumentale alla verifica degli interessi pubblici strategici nel caso concreto non sembra costituire una mera *occasione* dell'amministrazione per conferire ad un determinato *asset* una determinata disciplina volta a tutelarla rispetto alla gestione privatistica ed economica del privato.

Ed infatti, si è già detto che la finalità della *golden power* non sembra affatto quello di superare la gestione economica dell'*asset*, che è invece la situazione

¹⁰² Si è sottolineato che «la tipicità deve essere riferita al catalogo normativo dei poteri nella loro connessione con i rispettivi specifici effetti e gli atti che ne rappresentano l'esercizio e non postulano affatto determinazioni rigidamente prefissate, che mal si concilierebbero con il potere amministrativo discrezionale» (R. VILLATA - M RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli Editore, 2017, p. 39).

¹⁰³ G. NAPOLITANO, *I golden power italiani alla prova del Regolamento europeo*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Foreign Direct Investments Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, il Mulino, Bologna, 2019, p. 121, che, in ragione di questo «unico argine» ai poteri speciali, ritiene illegittimo il «perseguimento di fini di politica industriale».

giuridica in cui operano i poteri speciali e che, anzi, li giustifica, quale potenziale foriera di pregiudizi per l'interesse pubblico. La *golden power* è invece volta a tutelare gli interessi pubblici in ragione di determinate operazioni, atti o delibere che possono pregiudicarli. I poteri speciali costituiscono, cioè, reazione pubblica ad una (pre)determinata attività economica, nel caso in cui comporti in concreto una minaccia¹⁰⁴.

Sembra allora configurarsi un ulteriore limite interno. I poteri speciali devono trovare la propria giustificazione nell'operazione, atto o delibera che ne costituisce presupposto logico, e non solo storico. Non sembra legittima una prescrizione che sia motivata dalla pericolosità della gestione privata dell'*asset*. Sicché, la delicatezza dell'*asset* per gli interessi strategici non giustifica di per sé l'esercizio del potere speciali di cui al D.L. 21/2012 – laddove potrebbe invece giustificare una regolamentazione dello stesso ovvero una sua pubblicizzazione.

Dati questi stessi presupposti, inoltre, potrebbe valutarsi un terzo limite interno, insito nel collegamento tra la prescrizione e la circostanza di fatto che ne costituisce presupposto. Le operazioni che attivano il procedimento di *golden power* possono determinare un persistente assetto fattuale e giuridico dell'impresa o dell'*asset*, rispetto a cui la regolamentazione speciale avrà necessariamente lo stesso carattere di stabilità. Ma non è sempre così. Si consideri l'acquisizione societaria da parte di imprenditore esterno all'UE (ovvero infracomunitario nelle soglie previste dall'art. 15 del D.L. 23/2020), che, in ragione delle particolari caratteristiche di quest'ultimo, giustifichi l'esercizio dei poteri speciali *ex art. 2, comma 5, del D.L. 21/2012*. Nel caso in cui la società detentrici dell'*asset* torni in mani italiane, una siffatta regolamentazione speciale non sembrerebbe avere più giustificazione giuridica, e pertanto non sembra poter assumere una natura stabile. In questi casi, le prescrizioni sembrerebbero essere caratterizzate da una provvisorietà dovuta alla medesima provvisorietà delle circostanze di fatto che la hanno giustificata¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Con questo non si vuole sostenere che la gestione degli *asset* debba necessariamente essere privata. Esigenze legate alla pericolosità in sé della gestione economica degli attivi strategici sarebbero però più conformemente gestiti tramite una ordinaria regolamentazione normativa del settore o dell'*asset* strategico privatizzato. Diversamente opinando, le conseguenze sul piano della legittimità costituzionale sarebbero evidenti. Una stessa tipologia di *asset* strategico, gestito da due imprese con medesime caratteristiche sarebbero assoggettate a disposizioni diverse per un mero accidente storico, e cioè l'operazione notificata.

Nemmeno si vuole sostenere che gli interessi strategici non possano essere pregiudicati da circostanze fattuali diverse dalle operazioni economiche previste dal D.L. 21/2012. Semplicemente, la *golden power*, per le sue caratteristiche già illustrate di *extrema ratio* e tassatività, e soprattutto per la formulazione attuale, non sembra essere lo strumento configurato per contrastarle. Non si esclude, però, l'opportunità di slegare l'esercizio dei poteri dalla fattispecie di notifica ed allargare così l'ambito di applicazione, eventualmente prevedendo una forma di vigilanza passiva. Ma, in ragione del principio di legalità di cui all'art. 97 Cost., resta una prospettiva *de jure condendo*.

¹⁰⁵ Il testo normativo parla in proposito di «condizioni imposte all'acquirente» e l'«efficacia dell'acquisto può essere condizionata all'assunzione da parte dell'acquirente», e cioè a quel particolare acquirente notificante, e non anche ai successivi. Diversamente opinando si configurerebbe anche in questo caso la situazione di due società identiche ma soggette a diversa regolamentazione spe-

In una prospettiva *de jure condendo*, al fine di garantire un tempestivo intervento dell'amministrazione, evitare dubbi sulla legittimità dei provvedimenti in essere e, soprattutto, garantire un controllo sull'effettivo cambiamento della situazione di fatto evitando pericolosi automatismi, sembrerebbe opportuno valutare l'attivazione di un apposito procedimento di verifica avente le stesse caratteristiche di perentorietà del procedimento di esercizio dei poteri.

Più problematico è il rapporto tra poteri autoritativi pubblicistici e strumenti societari. Come già anticipato, non si ritiene di potere trarre indicazioni decisive dall'evoluzione dell'istituto e dal rapporto con la previgente disciplina di *golden share*. La circostanza che la nuova disciplina non preveda più esplicitamente il potere di prescrivere la nomina di un amministratore di espressione pubblica non sembra *di per sé* ostativa all'imposizione di una condizione simile.

Assume invece maggiore rilievo la natura autoritativa dei poteri speciali, e l'assenza nella normativa di strumenti privatistici di controllo. Le prescrizioni costituiscono un comando pubblico che, pur atipico, ha una precisa connotazione pubblicistica. Utilizzare questi poteri per assicurare allo Stato uno strumento privatistico sembra poter costituire elusione delle garanzie assicurate dal diritto amministrativo al privato, sotto il profilo del principio di legalità e della funzionalizzazione dell'attività amministrativa¹⁰⁶.

Una ulteriore criticità è data dalla possibilità, attraverso l'assunzione di poteri privatistici con una modifica autoritativa dello Statuto, di eludere la tassatività delle fattispecie di esercizio dei poteri speciali. Ad esempio, prevedendo l'ordinario diritto di voto su determinate delibere. In tal modo si finirebbe per estendere l'applicazione dei poteri speciali in violazione del principio di legalità amministrativa. Sembrerebbe pertanto necessario un intervento legislativo.

In una prospettiva *de jure condendo*, però, l'autorevole proposta di un presidio pubblico stabile presso le imprese detentrici di *asset* strategici potrebbe permettere, in un'ottica di proporzionalità ed economicità dell'azione amministrativa, di superare l'attuale regime di notifica e *stand still*, laddove tale presidio sia dotato di mere funzioni di informazione sulla gestione dell'attivo¹⁰⁷. Ma questo strumento si muove su un terreno difficile. Non deve sottovalutarsi il rischio, anche in assenza di poteri vincolanti, di una intromissione nella gestione ordinaria dell'impresa al di fuori dell'esercizio dei poteri speciali.

In conclusione, il ricorso a strumenti societari non sembra poter prescindere dalle garanzie offerte dal diritto amministrativo al privato e dal ruolo di controllo esterno a cui la *golden power* sembra funzionale.

ciale in ragione di una circostanza storica e ormai superata, trattando così in modo eguale situazioni diverse.

¹⁰⁶ D'altra parte, l'esercizio della funzione pubblica con strumenti privatistici, di cui all'art. 1, comma 1 *bis*, della legge 241/1990, presuppone che lo Stato agisca su un piano di parità con la controparte, e cioè secondo gli schemi del rapporto tra consociati. Il contesto dei poteri speciali rende difficilmente configurabile un tale confronto paritario.

¹⁰⁷ A. CIPOLLONE, *op. cit.*, e A. SACCO GINEVRI, *Golden powers e funzionamento delle imprese strategiche*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Foreign Direct Investments Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, il Mulino, Bologna, 2019, p. 157.

Non meno problematico è il profilo dei limiti esterni. Oltre a dipendere da un preciso inquadramento dell'istituto all'interno del sistema giuridico – oggetto dello sforzo ermeneutico di cui ai precedenti paragrafi –, questo tema si lega a complesse considerazioni sulle libertà economiche assicurate dal diritto europeo ed al dibattito sul contenuto dell'art. 41 Cost.

Nella costruzione dei limiti esterni, un ruolo non secondario sembra avere anche il tema dei vincoli sostanzialmente espropriativi. In particolare, il rafforzamento dei poteri speciali non sembra poter prescindere da una riflessione sul profilo dell'indennizzabilità dei vincoli imposti con le prescrizioni di *golden power*. Se è vero che è il D.L. 21/2012, per mezzo dei regolamenti attuativi, a vincolare intere tipologie di beni ad un determinato regime diverso da quello privatistico, occorre anche considerare che i vincoli non sono predisposti dalla normativa ma stabiliti dall'amministrazione in concreto e in casi specifici tramite l'esercizio di una discrezionalità amministrativa autoritativa. La costruzione di una teoria dei beni collettivi che vada oltre l'appartenenza alla persona giuridica pubblica può rilevarsi idonea a superare il problema da un punto di vista sistematico¹⁰⁸. Cionondimeno, non risulta agevole giustificare l'assenza di compensazione al privato che, per effetto di prescrizioni particolarmente intense, si veda negata la facoltà di usufruire del proprio bene, e quindi vedersi sostanzialmente pregiudicato il diritto di proprietà. In particolar modo, ove si consideri che oggetto dei poteri speciali non è l'imposizione di vincoli sul bene, ma di prescrizioni all'impresa che lo detiene ovvero all'acquirente della stessa. Può però risultare determinante considerare che la funzione della *golden power* non sembra quello di privare l'operatore della gestione degli *asset* strategici quanto, piuttosto, di assicurare che la gestione imprenditoriale non pregiudichi gli interessi pubblici ed impedire che soggetti non graditi ne entrino in possesso. Sicché, laddove l'amministrazione dovesse ritenere l'impresa così poco affidabile da determinarsi a privarla sostanzialmente della gestione dell'attivo attraverso le prescrizioni, ben più rispondente alla *ratio* del D.L. 21/2012 sembra l'esercizio del potere di veto sull'acquisizione dell'*asset*.

Da ultimo, un'attenta analisi della normativa *golden power* non può prescindere dai suoi profili di tutela processuale¹⁰⁹. Come noto, diversamente dal sistema statunitense, nell'ordinamento italiano ed europeo è garantita la tutelabilità giudiziale della posizione sostanziale del privato, anche se esterno alla

¹⁰⁸ Per una costruzione della teoria dei beni pubblici alla luce della normativa *golden power*, A. LALLI, *op cit.*, che pure sembra considerare la *golden power* come una disciplina dei beni collettivi alla stregua di altre normative, come la tutela dei beni culturali.

¹⁰⁹ Discorso a parte merita il profilo attinente alla tutela processuale nei confronti della sanzione amministrativa per violazione dell'obbligo di notifica dell'operazione rilevante, rispetto a cui non sembra esservi spazio per valutazioni di discrezionalità – almeno per quanto attiene alla sussistenza della violazione – e viene invece in rilievo la giurisprudenza CEDU sulla *full jurisdiction*. Per un adeguato confronto culturale e tecnico sulla *full jurisdiction*, si può rinviare ai contributi pubblicati nella sezione monografica del fascicolo II del 2018 – da pagina 7 a 350 – della rivista P.A. – Persona e amministrazione, con i contributi, in ordine di indice, di G. RAIMONDI, M. ALLENA, M. BELLAVISTA, A. CLINI, F. CORTESE, P. DE LUCA, F. FOLLIERI, P. CONTE, F. GOISIS, F. LIGUORI, L. R. PERFETTI, A. POLICE, F. ROTA, G. SABBATO, M. TRIMARCHI ed E. WIEDERIN.

UE¹¹⁰. In questo senso, l'art. 119, comma 1, lett. c-bis) del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 riconosce al giudice amministrativo la giurisdizione amministrativa in merito ai «*provvedimenti adottati nell'esercizio dei poteri speciali inerenti alle attività di rilevanza strategica nei settori della difesa e della sicurezza nazionale e nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni*»¹¹¹.

Ad oggi, l'applicazione giudiziale della disciplina *golden power* è stata più unica che rara, ed i poteri speciali devono ancora passare sotto il vaglio del Giudice italiano ed europeo¹¹².

Il profilo della tutela processuale, però, ha già interessato la dottrina, che ha colto un elemento di criticità nell'ampia discrezionalità di cui gode l'amministrazione nell'esercizio dei poteri speciali. Come noto, questa caratteristica della decisione amministrativa può indebolire la tutela giudiziale, potendo il Giudice effettuare un vaglio "esterno" della decisione discrezionale nel vizio dell'eccesso di potere. Nel caso dei poteri speciali, il problema della tutela sembra configurarsi non soltanto rispetto alla decisione sulle modalità con cui perseguire la tutela degli interessi strategici, ma altresì nella individuazione di questi ultimi¹¹³.

La normativa infatti li identifica nella «*minaccia di grave pregiudizio per gli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale*»¹¹⁴, «*minaccia di grave pregiudizio per gli interessi pubblici relativi alla sicurezza e al funzionamento delle reti e degli impianti e alla continuità degli approvvigionamenti*»¹¹⁵ ovvero di «*un pericolo per la sicurezza o per l'ordine pubblico*»¹¹⁶. Indicazioni più dettagliate si hanno per i criteri da considerare per valutare il pregiudizio. Nonostante lo sforzo di dettagliare gli elementi su cui orientare la decisione finale¹¹⁷, non sembra però venire meno l'alto tasso di discrezionalità amministrativa che caratterizza i poteri speciali¹¹⁸.

In questo contesto, è stata sottolineata l'esigenza di garantire un maggio-

¹¹⁰ R. GAROFOLI, *op. cit.*

¹¹¹ È stata notata l'apparente inutilità di questa disposizione, dato che i poteri speciali costituiscono esercizio di poteri amministrativi e non vi è alcuno spazio per la configurazione di diritti soggettivi. Cfr. M. ALLENA, *Un nuovo ambito di giurisdizione del giudice amministrativo nel diritto dell'economia: la competenza esclusiva in materia di esercizio dei golden powers*, in *Il dir. dell'economia*, 2012, 639-660.

¹¹² L'unica pronuncia giurisdizionale sulla *Golden power* è la sentenza non definitiva T.A.R. Roma-Lazio, sez. II, 17 aprile 2019, n.4990, che si occupa di trattare il profilo attinente al rapporto tra ricorso ordinario e straordinario, piuttosto che l'esercizio dei poteri speciali.

¹¹³ M. CLARICH, *La disciplina del golden power in Italia e l'estensione dei poteri speciali alle reti 5G*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Foreign Direct Investments Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, il Mulino, Bologna, 2019, 118 e ss.

¹¹⁴ Art. 1, comma 1, del D.L. 21/2012, convertito in legge con modificazioni con la legge n. 56/2012.

¹¹⁵ Art. 2, comma 3, del D.L. 21/2012, convertito in legge con modificazioni con la legge n. 56/2012.

¹¹⁶ Art. 2, comma 6, del D.L. 21/2012, convertito in legge con modificazioni con la legge n. 56/2012.

¹¹⁷ Come noto, l'introduzione di criteri più rigidi per orientare l'applicazione della *golden power* e ridurre la discrezionalità dell'amministrazione ha garantito, all'indomani della sostituzione della *golden share* con la normativa *golden power*, la chiusura del procedimento di infrazione n. 2009/2255 avviata dalla Commissione UE nei confronti dell'Italia.

¹¹⁸ R. GAROFOLI, *op. cit.*

re coinvolgimento procedimentale del soggetto notificante, quasi a bilanciare questo rischio di inefficace tutela successiva. Ancora una volta, il modello, più o meno esplicito, è l'attività delle *authorities*. Ma, come si è già illustrato, la distanza sostanziale del paradigma di attività delle autorità indipendenti rispetto a quello dei poteri speciali è tale che un maggiore coinvolgimento procedimentale, di per sé positivo, non sembra poter sopperire ai difetti di tutela processuale. Il procedimento per l'esercizio di poteri autoritativi è condotto dall'amministrazione al fine di garantire il corretto e consapevole perseguimento dell'interesse astratto nel caso concreto, e l'apporto dei privati viene conseguentemente funzionalizzato all'interesse dell'amministrazione. Quest'ultima non è affatto terza rispetto agli interessi in gioco, così come non lo è nemmeno il procedimento che è chiamata a governare.

Pertanto, ogni analisi pubblicistica non può prescindere dall'esigenza di garantire una effettiva tutela processuale, unico strumento di protezione dell'operatore rispetto all'autoritatività dei poteri speciali.

In questo contesto, una rigorosa verifica del Giudice amministrativo non è solo imposta dall'art. 24 Cost., ma anche dalla giurisprudenza della CGUE sui poteri speciali nazionali¹¹⁹. Il vaglio giudiziale non potrà quindi esimersi dal valutare le misure sotto il profilo di proporzionalità. Al fine di porre le basi di una concreta tutela dell'impresa anche sotto il profilo processuale, può risultare utile lo studio dei limiti delle prescrizioni imposte con l'esercizio dei poteri speciali, e quindi i limiti interni ed esterni ricavabili dalla normativa e dall'ordinamento.

Ulteriore elemento di criticità, di natura eventuale, è legato all'oggetto dell'istruttoria. La natura strategica, anche sul piano geopolitico, dei valori da tutelare e delle decisioni da assumere, rende centrale il ruolo dei servizi informativi nell'ambito del procedimento istruttorio¹²⁰. Non può escludersi che, in alcuni casi, molte informazioni e valutazioni, specie se riguardanti l'affidabilità di fondi sovrani esteri, siano esse stesse idonee a pregiudicare gli interessi strategici nazionali se divulgate. Ma negare l'ostensione, quantomeno in giudizio, delle informazioni sulla base delle quali l'amministrazione si è determinata pregiudicherebbe la difesa dell'impresa notificante. Ad oggi, l'art. 9 del D.P.R. 35/2014 e l'art. 9 del D.P.R. 86/2014, nell'escludere l'applicazione dell'art. 24 della legge 241/1990, fanno comunque salvo l'accesso motivato da esigenze difensive. Ancora una volta la disciplina *golden power* deve orientarsi in un contesto di interessi attentamente tutelati dall'ordinamento ma contrapposti nella loro applicazione entro il contesto dei poteri speciali.

6. Conclusioni.

La funzione di presidio securitario colloca la *golden power* in una posizione

¹¹⁹ CGUE, sentenza 4 giugno 2002, C-503/99, caso *Société nationale de transport par canalisation e Distrigaz*, par. 24 e 51. Cfr. anche H. FLEISCHER, *Judgments of the Full Court of 4 June 2002*, in *Common Market Law Review*, citato in G. SCARCHILLO, *op. cit.*

¹²⁰ Sul ruolo dei servizi di informazione nel procedimento *golden power*, A. PANSA, *op. cit.*

peculiare del nostro ordinamento, richiedendo all'interprete uno sforzo ermeneutico di composizione dei caratteri autoritativi del potere esercitato dall'amministrazione entro i limiti e garanzie propri del diritto amministrativo, volti alla tutela sia dell'interesse legittimo che degli interessi pubblici perseguiti dall'azione pubblica. La delimitazione di limiti interni ed esterni al potere amministrativo speciale, pur nel silenzio della normativa, si inserisce in questa operazione ermeneutica, concorrendo ad individuare i contorni dei poteri speciali nella loro specificità.

Cionondimeno, l'indagine sulla *ratio* della *golden power* permette di ricostruire il rapporto tra Stato e mercato sotteso alla normativa sui poteri speciali secondo caratteri che non presentano elementi di novità rispetto al paradigma dello Stato regolatore. L'analisi dell'istituto strutturata nei paragrafi precedenti permette di chiarire che il ruolo economico e strategico dello Stato non è mutato, ma si è invece dotato di uno strumento aggiuntivo, pur nella peculiarità di intervento di regolazione *ad hoc* ed *ex post*.

La sfida a cui oggi è chiamata la *golden power* per potersi inserire stabilmente nell'ordinamento quale potere amministrativo che informa il rapporto tra Stato e società, al di là delle vicende geopolitiche ed emergenziali che ne hanno favorito il rafforzamento, è quella di coniugare la propria *ratio* con meccanismi applicativi e strumenti esecutivi che siano coerenti con la sua collocazione nell'ordinamento.

In questo senso, il già sottolineato contrasto tra eccezionalità dell'esercizio dei poteri ed ordinarietà dell'obbligo di sospensione dell'operazione economica sembra richiedere una composizione nello sforzo di costruzione di un sistema di vigilanza passiva che garantisca la tempestività dell'intervento pur senza pregiudicare gli interessi pubblici tutelati, ovvero la sospensione dell'operazione ove sia richiesto dalle specificità della stessa. Il tema è collegato ad una più generale considerazione sulla normativa *golden power*, che, nel suo percorso di progressiva espansione, fatica a mantenere quella uniformità di poteri e, sostanzialmente, di fattispecie applicative che caratterizzano il D.L. 21/2012 – sia nei rapporti tra art. 1 e 2 che all'interno dei variegati settori di cui all'art. 2. Sembra invece che l'ampliamento della *golden power* a settori così diversi ed eterogenei debba accompagnarsi ad una strutturazione dei poteri speciali e dei relativi meccanismi applicativi rivolta a mantenere una coerenza – non con la normativa nel suo complesso, assicurata invece da una comune *ratio* e da comuni principi che informano la peculiarità del potere, ma piuttosto – con il settore e gli *asset* rispetto a cui la normativa trova applicazione nel caso specifico. Risulta, in altre parole, difficile immaginare che i poteri speciali possano declinarsi in modo simile rispetto al settore della difesa, da una parte, e settori come la sicurezza alimentare, dall'altra.

Se, da un lato, le riforme volte al rafforzamento dei poteri speciali non possono prescindere dalla consapevolezza della *ratio* dell'istituto e della sua collocazione nell'ordinamento, dall'altro non può però negarsi che la normativa *golden power* sia connaturata da valutazioni strategiche e geopolitiche, le quali non possono che influenzarne le prospettive di riforma. In tal senso, la possibi-

lità di introdurre anche nella normativa italiana un sistema fondato su *white list* e *black list* sul modello statunitense al fine di valutare l'affidabilità delle imprese¹²¹ potrebbe certo garantire una maggiore proporzionalità ed economicità dell'azione amministrativa e del meccanismo dei poteri speciali nel suo complesso, ma un tale vincolo alla valutazione dell'amministrazione dipende strettamente da considerazioni politiche sull'opportunità strategica di una tale categorizzazione dei Paesi con cui l'Italia intrattiene relazioni diplomatiche. Le stesse considerazioni non possono invece valere per quanto riguarda la questione dei "nemici sbagliati", e cioè dell'applicazione della normativa *golden power* ai paesi dell'Unione Europea¹²². Non può ignorarsi come questo tema, sottolineato dalla recente novella emergenziale¹²³, sia strettamente legato al crescente scetticismo verso l'integrazione europea, fenomeno che, come noto, sta investendo gran parte dell'Europa e non ha risparmiato l'Italia. Il rilievo delle valutazioni strategiche e geopolitiche non può però esimere l'interprete dal vagliare questo profilo alla luce del diritto europeo, e quindi delle libertà economiche assicurate dai Trattati europei¹²⁴.

In altre parole, e come anticipato in apertura del presente contributo, i poteri speciali non sembrano costituire poteri *extra ordinem*, potendosi invece identificare la collocazione all'interno dell'ordinamento e dei principi che lo informano. Sicché, l'interprete non può, in ragione del richiamo della normativa ad interessi strategici ed essenziali, esimersi dal ricostruire la normativa attraverso le categorie del diritto pubblico ed i connessi limiti e garanzie, dovendo invece assegnare a queste valutazioni altamente discrezionali il ruolo che effettivamente l'ordinamento e la Costituzione gli riconoscono, per concorrere a costruire un presidio securitario di stabile e certa applicazione.

¹²¹ Cfr. P. MESSA, *op. cit.*, p. 151; M. MASSELLA DUCCI TERI, *op. cit.*, p. 163.

¹²² M. PANUCCI, *op. cit.*, p. 126. Cfr. anche P. MESSA, *op. cit.*, p. 150.

¹²³ Artt. 15 e 16 del D.L. 23/2020.

¹²⁴ Cfr. M. MASSELLA DUCCI TERI, *op. cit.*, p. 159.

PASQUALE PANTALONE
Ricercatore di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Milano
pasquale.pantalone@unimi.it

REGOLAZIONE INDIPENDENTE E ANOMALIE SOSTENIBILI AL COSPETTO DELLE MATRICI DELLA LEGALITÀ

INDEPENDENT REGULATION AND SUSTAINABLE ANOMALIES FACED WITH THE MATRICES OF LEGALITY

SINTESI

L'attività delle Autorità indipendenti presenta significative criticità per il pieno svolgimento delle libertà economiche sui mercati nei quali esse intervengono e per la democraticità dei processi decisionali che le medesime elaborano e attuano: si tratta di problemi che nascono proprio alla luce del principio di legalità, posto dall'ordinamento fondamentalmente a protezione delle libertà. Col presente lavoro s'intende in particolare verificare come tale principio "reagisca" all'uso della regolazione indipendente – intesa primariamente quale funzione di *law making* del settore o mercato di riferimento – e delle potestà implicite che su di essa si innestano, per poi stabilire sino a che livello l'ordinamento generale tolleri questo significativo cedimento della legalità.

ABSTRACT

The activity of the independent Authorities presents significant criticalities for the full development of economic freedoms on the markets in which they intervene and for the democratic nature of the decision-making processes that they elaborate and implement: these are problems that arise precisely in light of the principle of legality, placed by the order basically to protect freedoms. The purpose of this paper is to verify how this principle "reacts" to the use of independent regulation - primarily intended as the law making function of the sector or reference market - and of the implicit powers that are grafted onto it, to then establish to what extent the general system tolerates this significant yielding of legality.

PAROLE CHIAVE: Autorità indipendenti, regolazione, poteri impliciti, principio di legalità.

KEYWORDS: Independent authorities, regulation, implicit powers, principle of legality.

INDICE: 1. Le torsioni del principio di legalità nel sottosistema delle Autorità indipendenti di regolazione: un dibattito ancora attuale – 2. Regolazione indipendente e poteri impliciti: la lettura della dottrina – 3. Segue...: la lettura "indulgente" della giurisprudenza amministrativa – 4. Segue...: brevi cenni alla "lettura sistemica" quale (possibile) chiave esplicativa del fenomeno – 5. Le ricadute della regolazione sull'ordinamento generale: le matrici della legalità – 6. Anomalie e matrice della legalità-indirizzo – 7. Anomalie e matrice della legalità-raffrontabilità – 8. Anomalie e matrice della legalità-prevedibilità – 9. Anomalie e matrice della legalità-procedurale – 10. Anomalie e matrice della legalità per principi – 11. La verifica *a contrario* partendo dalle funzioni – 12. Attenuazioni e compensazioni tra matrici diverse. Dall'oggetto al soggetto – 13. Dalle matrici della legalità al problema della legittimazione democratica e del ricorso coerente alla logica sistemica.

1. Le torsioni del principio di legalità nel sottosistema delle Autorità indipendenti di regolazione: un dibattito ancora attuale.

Le torsioni del principio di legalità al cospetto dei compiti (anche e soprattutto) di regolazione affidati a talune Autorità amministrative indipendenti continuano a stimolare le riflessioni della dottrina anche più recente, preoccupata non (sol)tanto di rintracciare un fondamento del soggetto e/o dei poteri a esse affidati¹, quanto di individuare precisi limiti e convincenti criteri direttivi al loro esercizio².

In assenza di unanimità di vedute in dottrina³, va preliminarmente osser-

* Il contributo riprende e sviluppa alcuni temi analizzati in P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, *passim*.

¹ La dottrina prevalente pare concorde nel ritenere sussistente tale fondamento, che viene talora individuato nella rilevanza costituzionale degli interessi tutelati, talaltra direttamente nell'ordinamento dell'Unione europea, oppure ancora in alcuni dei caratteri distintivi delle *authorities*, come l'indipendenza dall'Esecutivo, la neutralità rispetto agli interessi in gioco e la natura prevalentemente tecnica dei compiti esercitati. Per un'analisi delle principali posizioni emerse in dottrina, v. A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, Giappichelli, 2007, 137 ss. Cfr., inoltre, senza pretesa di esaustività: N. MARZONA, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, Il Mulino, 1996, 87 ss.; A. BARBERA, *Atti normativi o atti amministrativi generali delle Autorità garanti?*, in *Regolazione e garanzia del pluralismo*, Milano, Giuffrè, 1997, 90; M. A. CABIDDU, D. CALDIROLA, *L'attività normativa delle autorità indipendenti*, in *Amministrare*, 2000, 13; G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino, Giappichelli, 2001, 176 ss.; ID., *Il potere regolamentare di ISVAP dopo il Codice delle Assicurazioni*, in *Scritti in onore di Giovanni Grottanelli de Santi*, Milano, Giuffrè, 2007, 599 ss.; S. NICODEMO, *Gli atti normativi delle autorità indipendenti*, Padova, Cedam, 2002, *passim*; S. FOÀ, *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, Giappichelli, 2002, *passim*; M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri normativi della Banca d'Italia*, in *Banca impr. soc.*, 2003, 39 ss.; ID., *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, Il Mulino, 2005, 149 ss.; P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2003-2004. I poteri normativi delle autorità indipendenti*, Torino, Giappichelli, 2004, *passim*; F. MERUSI, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2006, 43 ss.; G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica*, Milano, Giuffrè, 2006, 210 ss.; F. POLITI, *La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti: nuovi profili di studio*, cit., 205 ss. Peraltro, c'è chi ha rilevato (F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale. Disapplicazione e ragionevolezza nel processo amministrativo sui regolamenti*, Torino, Giappichelli, 2007, 112) che l'eventuale negazione di un fondamento costituzionale dei poteri normativi delle *authorities* «finirebbe per contraddire il dato palese del consolidamento delle stesse autorità come figure soggettive del nostro panorama istituzionale».

² Di recente, cfr. F. DE LEONARDIS, *Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia*, in *Dir. econ.*, 3, 2018, 729 ss., il quale ha individuato sette possibili contrappesi al set di poteri "forti" attribuiti alle Autorità indipendenti, e M. RAMAJOLI, *Consolidamento e metabolizzazione del modello delle Autorità di regolazione nell'età delle incertezze*, in *Rivista dellaregolazione deimercati.it*, 2, 2018, 172 ss.

³ Per una descrizione delle varie tesi emerse, anche a livello sovranazionale, v. N. RANGONE, voce «Regolazione», in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, V, 2006, 5057 ss. e la bibliografia ivi indicata. A favore di una delimitazione della nozione di «regolazione», anche al fine di distinguerla dalla nozione di «concorrenza», cfr. S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, in M. D'ALBERTI, G. TESAURO (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, Il Mulino, 2000, 12-13, secondo cui essa deve essere limitata «a quelle forme di ingerenza che non sono esterne al mercato, ma che sono parte del mercato, nel senso che contribuiscono a conformarlo», così differenziandosi dalla «con-

vato che la regolazione delle *authorities* (o “regolazione indipendente”) non allude al solo potere regolamentare⁴ inteso come potestà normativa in senso stretto⁵; proprio per la sua natura polisemica, le specificità di questa andrebbero, invece, colte sotto un profilo funzionale, nel senso che la regolazione è – in via di principio – un’attività, unitariamente considerata, diretta al corretto funzionamento di un determinato settore di attività private di carattere economico o anche sociale, caratterizzate da un elevato livello di specializzazione: «(e)ssa consiste in un’azione continua di osservazione, regolazione, correzione delle attività che gli operatori del settore pongono in essere, al fine di farle svolgere in modo conforme ai principi e ai valori che di volta in volta vengono individuati dalla legge»⁶.

correnza», la quale mira, invece, alla sola correzione dei risultati non desiderati dal mercato. Sui rapporti tra regolazione e concorrenza, v. S. VALENTINI, *Diritto e istituzioni della regolazione*, Milano, Giuffrè, 2005, 59 ss.

⁴ Per una panoramica generale intorno alle caratteristiche del potere «regolamentare» delle Autorità indipendenti, v. F. POLITI, voce «Regolamenti delle Autorità amministrative indipendenti», in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, X, Agg., Roma, 2001; S. MARZUCCHI, voce «Regolamenti delle Autorità indipendenti», in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, V, 2006, 5020 ss., la quale tiene distinti i «regolamenti di organizzazione» dai «regolamenti a rilevanza esterna».

⁵ Come evidenziato in dottrina (F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale. Disapplicazione e ragionevolezza nel processo amministrativo sui regolamenti*, cit., 110-111), tra «regolazione» e potestà regolamentare vi sarebbe, piuttosto, un rapporto di *genus e species*.

⁶ F. G. COCA, voce «Attività amministrativa», in *Enc. dir.*, Agg., VI, 2003, 80. Sul concetto di «regolazione», v., *ex multis*, S. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, Giappichelli, 1999, 143 ss.; L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, Giappichelli, 2002, 19 ss.; L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, Giappichelli, 2002, *passim*. Per una sintesi recente delle posizioni affiorate in dottrina sul concetto di regolazione, v. P. LAZZARA, *La funzione regolatoria: contenuto natura e regime giuridico*, in M. CAFAGNO, F. MANGANARO (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, V, Firenze, Firenze University Press, 2016, 117 ss. Con precipuo riguardo alla regolazione delle Autorità indipendenti, M. RAMAJOLI, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, in E. FERRARI, M. RAMAJOLI, M. SICA (a cura di), *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Torino, Giappichelli, 2006, 265 ss.; F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale. Disapplicazione e ragionevolezza nel processo amministrativo sui regolamenti*, cit., 110-111, secondo cui «(l)a regolazione può essere descritta come una funzione di controllo o vigilanza su un settore od attività considerata rilevante sul piano socio-economico, la quale si esprime in attività positiva (atti di indirizzo, regolamenti, autorizzazioni, misure accessorie ad atti autorizzativi), in attività successiva di verifica, ovvero anche in attività di moral suasion o di proposta. L'elemento distintivo di tale ampia funzione di regolazione non sta, dunque, nel profilo strutturale (...). Sta invece nel profilo (stricto sensu) funzionale: essa si spiega in un settore aperto al mercato; è esercitata da una agency pubblica indipendente e neutrale rispetto agli interessi in gioco; non persegue un interesse pubblico proprio e dato, bensì regola in modo neutrale gli interessi in conflitto; è condizionale e non finalistica; mira al riequilibrio delle posizioni asimmetriche nel mercato; riduce posizioni di eccessiva forza di mercato; cura la protezione di determinati interessi, valori e diritti di fondamento costituzionale che possano subire un *vulnus*; svolge un compito che presuppone una elevata competenza tecnica, perché incide su oggetti e discipline altamente specialistiche; è sempre complementare ed assiologicamente subordinata alla libertà di concorrenza che incarna la scelta di fondo dell'ordinamento. È, la regolazione, in estrema sintesi, l'insieme di quelle correzioni, connotate da elasticità, alta competenza tecnica e specialistica, che sono necessarie al libero mercato». Più di recente, cfr. F. DE LEONARDIS, *Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia*, cit., 697 ss. e E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, Torino, Giappichelli, 2019, *passim*.

I regolatori indipendenti sarebbero dunque concepiti quali “arbitri”⁷ dei mercati o dei settori economici di rispettiva competenza, limitandosi a mantenere, in modo neutrale rispetto agli interessi in gioco, le condizioni per il loro corretto ed efficiente funzionamento, mediante la predisposizione di regole condizionali (e non finalistiche), la vigilanza sull'applicazione di tali regole e l'intervento in caso di violazione di esse *sub specie* di provvedimenti sanzionatori o giustiziali⁸. Il tutto secondo un meccanismo *process oriented* fondato sul contraddittorio, sulla partecipazione degli *stakeholders* e sulla trasparenza delle decisioni⁹.

Il carattere “neutrale” della regolazione indipendente, tuttavia, è contestata da una parte della dottrina per l'ampia discrezionalità di cui i regolatori godono nell'esercizio dei poteri “tecnici” a essi affidati, i quali sovente celano scelte di carattere squisitamente politico, o comunque sono tesi alla cura di un interesse pubblico specifico collegato al settore economico-sociale di riferimento, che, qualificando la particolare *mission* istituzionale che tali soggetti sono tenuti a compiere, ne pregiudica inevitabilmente la posizione di terzietà¹⁰.

In riferimento all'area dei «servizi di pubblica utilità», la legge individua alcuni principi e finalità generali comuni che devono presiedere l'attività di regolazione delle Autorità preposte a tali settori¹¹. Invero, la «regolazione» o il modello «regolativo-giustiziale»¹² delle *authorities* evoca «un ben determinato e oltretutto “vivace” regime giuridico», che si è formato e sedimentato negli anni grazie all'ampio contributo della dottrina e dei principi emersi in seno alla giurisprudenza, sia nazionale che (soprattutto) europea¹³. A tacere delle specificità insite in ciascun settore, è, infatti, possibile intravedere taluni caratteri e obiettivi che qualificano l'attività delle Autorità «di regolazione», come – ad esempio – la continua ricerca di un equilibrio tra le marcate finalità pro-concorrenziali degli interventi (di natura perlopiù tecnica) con i più “solidaristici” obiettivi di tutela dei consumatori e di trasparenza tariffaria nei mercati¹⁴.

⁷ Per riprendere il titolo di una approfondita ricerca sul tema in esame: M. D'ALBERTI, A. PAJNO, *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, Il Mulino, 2010, *passim*.

⁸ F. G. COCA, voce «Attività amministrativa», cit., 81.

⁹ S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, cit., 13.

¹⁰ Cfr., anche per i dettagliati riferimenti bibliografici ivi contenuti, M. T. PAOLA CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione amministrativa neutrale*, Bari, Cacucci, 2017, 239 ss., la quale esclude il carattere di neutralità nelle funzioni esercitate dalle *authorities* (253), riportando l'esempio delle funzioni tutt'altro che neutrali esercitate dall'Autorità garante per la concorrenza e il mercato: e ciò in linea con quanto già affermato dalla dottrina precedente: *ex multis*, v. A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, cit., 128 ss., secondo cui «(n)ell'esercizio dei suoi poteri l'Autorità non ha “una posizione di indifferenza verso gli interessi coinvolti” avendo istituzionalmente in carico la cura dell'interesse pubblico primario alla tutela del mercato» (137). Sul carattere dell'indipendenza funzionale delle Autorità, cfr. E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, cit., 61 ss.

¹¹ Cfr. art. 1, comma 12, l. n. 481/1995.

¹² N. LONGOBARDI, *Autorità indipendenti di regolazione dei mercati e autorità atipiche. L'Autorità nazionale anticorruzione*, in *giustamm.it*, 5, 2016, che precisa che il modello in questione «è informato ai principi della partecipazione all'elaborazione delle regole, dell'amministrazione contenziosa quanto all'applicazione di esse, dell'imparzialità oggettiva dell'autorità decidente».

¹³ Lo ricorda F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac*, in *Dir. amm.*, 2, 2017, 396 ss.

¹⁴ Cfr. ad esempio Tar Lombardia, sez. III, 14 marzo 2013, n. 683: «(l)a regolazione investe

Sullo sfondo resta il problema – tuttora irrisolto – circa la qualificazione degli atti di regolazione come regolamenti o atti amministrativi generali al fine di determinarne il corrispondente regime giuridico¹⁵, anche se i più recenti interventi legislativi e soprattutto l'opera della giurisprudenza amministrativa paiono ridimensionare il problema almeno nei settori in cui operano le *authorities*¹⁶, ove gli atti in esame – se si guarda alla disciplina che ne dà il diritto positivo in taluni settori – sono per molti aspetti sottoposti al medesimo regime giuridico¹⁷: ciò vale, ad esempio, con riguardo al rispetto di determinate garanzie procedurali e alla facoltà di impugnazione “diretta” dell'atto finale da parte dei soggetti che se ne assumano lesi¹⁸. Ai fini dell'attrazione in un modello generale piuttosto che nell'altro appare comunque inevitabile un'indagine di tipo sostanzialistico volta a esaminare in concreto il contenuto dispositivo del singolo atto preso in esame¹⁹.

un determinato mercato di rilevanza economica, con l'effetto di “conformarne” le regole di funzionamento: a livello macro, definendone i caratteri morfologici di struttura (ad esempio, in termini di liberalizzazione, svolgimento concorrenziale, servizio pubblico, requisiti di ammissione degli operatori, sanzione dei comportamenti scorretti, separazione contabile, utilizzo delle reti infrastrutturali); a livello micro (ovvero dei singoli rapporti giuridici), prescrivendo regole di condotta agli operatori economici (in termini di prezzi, garanzie, regimi di tutela)».

¹⁵ V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, in M. D'ALBERTI, A. PAJINO (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, Il Mulino, 2009, 105; più di recente, v. F. DE LEONARDIS, *Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia*, cit., 717 ss. Cfr. anche Cons. Stato, sez. atti normativi, parere n. 11603/2005; in ordine alla qualificazione delle linee guida dell'Anac in materia di contratti pubblici, v. G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, in *Dir. amm.*, 3, 2016, 285 ss. Invero, già la stessa distinzione, a livello generale, tra regolamenti e atti amministrativi generali risulta piuttosto complessa da decifrare in assenza di criteri generalmente validi in astratto: v., *ex multis*, A. ROMANO TASSONE, *La normazione secondaria*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 1993, 178; G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, Cedam, 2000, 385 ss.; M. RAMAJOLI, B. TONOLETTI, *Classificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, 2013, 53 ss. In giurisprudenza, v. Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2012, n. 9, secondo cui «(...) è atto normativo quello i cui destinatari sono indeterminabili sia a priori che a posteriori (essendo proprio questa la conseguenza della generalità e dell'astrattezza), mentre l'atto amministrativo generale ha destinatari indeterminabili a priori, ma certamente determinabili a posteriori in quanto è destinato a regolare non una serie indeterminata di casi, ma, conformemente alla sua natura amministrativa, un caso particolare, una vicenda determinata, esaurita la quale vengono meno anche i suoi effetti».

¹⁶ M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, Il Mulino, 2005, 141 ss.

¹⁷ Ad esempio, in tema di contratti pubblici, v. art. 213, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, secondo cui è fatta salva l'impugnabilità delle «decisioni» e degli «atti» assunti dall'Anac innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa. Inoltre, con riferimento particolare all'emanazione delle linee guida e indipendentemente dalla loro qualificazione giuridica, l'Anac «si dota, nei modi previsti dal proprio ordinamento, di forme e metodi di consultazione, di analisi e di verifica dell'impatto della regolazione, di consolidamento delle linee guida in testi unici integrati, organici e omogenei per materia, di adeguata pubblicità, anche sulla Gazzetta Ufficiale, in modo che siano rispettati la qualità della regolazione e il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalla legge n. 11 del 2016 e dal presente codice».

¹⁸ M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 4, 2015, 738 ss.

¹⁹ Già G. U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna, Zanichelli, 1998, *passim*. Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 8 maggio 2012, n. 2674. È nota, infatti, l'insufficienza di criteri di distinzione di natura esclusivamente formale, come testimonia, ad esempio, il fenomeno della «fuga dal regola-

Alla regolazione delle *authorities* viene talvolta accostata la natura (di matrice sovranazionale) “flessibile” o “soft”, al fine di qualificare tutta una congerie indefinita di atti atipici e informali (quali: raccomandazioni, linee guida, istruzioni, inviti, orientamenti, comunicati, e così via), che si distinguono dagli altri «atti amministrativi con valenza regolatoria» per il fatto di produrre effetti di mera *moral suasion* sui comportamenti dei destinatari ai quali si rivolgono (senza esprimere, quindi, alcuna forza cogente), nonché per il modo – consensuale e partecipato – con cui essi prendono forma²⁰. Non di rado, tuttavia, accade che tali atti si traducano in sostanziali manifestazioni atipiche delle potestà paranormative delle *authorities*, urtando così col principio di tipicità delle fonti²¹. In ogni caso, anche se non formalmente vincolanti, si è concordi nel ritenere che essi presentino un grado di oggettiva «effettività», che si misura in relazione all'autorevolezza istituzionale del soggetto che li adotta²².

Il dibattito dottrinale e giurisprudenziale in ordine all'inquadramento e al regime giuridico degli atti di regolazione «flessibile» ha assunto un rinnovato vigore con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016, che ha devoluto all'Autorità nazionale anticorruzione un potere di regolazione di siffatta natura in materia di contratti pubblici²³. Tra i vari atti regolatori adottabili dall'Anac hanno destato particolare interesse le linee guida, dotate anche di efficacia vincolante,

mento», su cui v. *ex multis* B. TONOLETTI, *Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo*, in AA.VV., *Le fonti del diritto amministrativo*, AIPDA Annuario 2015, Napoli, 2016, 53 ss. Secondo G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, cit., 289-290, «il ricorso ai criteri sostanziali dell'astrattezza, della generalità e della ripetibilità è suscettibile di infinite discussioni, nel senso che ciascuno di tali criteri incontra aree di crisi (...). Tuttavia la compresenza di tali caratteristiche costituisce di per sé un rilevantissimo criterio indicatore».

²⁰ V. E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008, *passim*; A. POGGI, *Soft law nell'ordinamento comunitario*, in *L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali. Atti del 20° Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, Catania, 14-15 ottobre 2005, Padova, Cedam, 2007, 369 ss.; A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, Giappichelli, 2009, *passim*. Nella dottrina amministrativistica, v. M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., 138: «(l)a funzione formale, autoritativa-prescrittiva, di quest'ultimo tipo di fonti (i.e. la soft law) tende a degradare progressivamente verso una funzione informale, essenzialmente persuasiva, di promozione di comportamenti ritenuti auspicabili dall'autorità di regolazione, o (...) collaborativa». ID, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2013, 87; M. RAMAJOLI, *Soft law e ordinamento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 1, 2017, 149 ss.

²¹ M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., 144-145, il quale ne evidenzia l'importanza soprattutto nel settore bancario. C'è chi ne propone, invece, la collocazione all'interno delle c.d. «fonti terziarie» del diritto amministrativo ogniqualevolta assumano concretamente una rilevante efficacia prescrittiva: M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, cit., 737.

²² *Ex multis*, M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 87.

²³ Si intende più precisamente riferirsi a quanto stabilito dall'art. 213, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, secondo il quale «l'Anac, attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, comunque denominati, garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche». Sul tema sia consentito il rinvio a P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, cit., 238 ss.

che hanno costituito lo strumento maggiormente utilizzato dall'Autorità per l'espletamento dei propri compiti para-normativi (non solo nel settore dei contratti pubblici) e su cui la dottrina ha primariamente e diffusamente concentrato l'attenzione²⁴.

Va tuttavia rammentato che con la novella introdotta dal d.l. n. 32/2019 (c.d. "decreto sblocca-cantieri"), conv. in l. n. 55/2019, il legislatore ha ridotto il margine di incidenza regolatoria dell'Anac nel settore in questione (specie con riguardo ad alcune materie originariamente disciplinate dalle linee guida ministeriali e da quelle a efficacia vincolante)²⁵, riconsegnando alla fonte regolamentare governativa rilevanti ambiti materiali della disciplina attuativa del codice dei contratti pubblici²⁶. Non è stata comunque intaccata la competenza re-

²⁴ V. ITALIA, *Le linee guida e le leggi*, Milano, Giuffrè, 2016; C. DEODATO, *Le linee guida dell'Anac: una nuova fonte del diritto?*, in *giustamm.it*, 4, 2016; ID, *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo. Il caso delle linee guida dell'ANAC*, in *federalismi.it*, 2017; N. LONGOBARDI, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in *giustamm.it*, 6, 2016; M. P. CHITI, *Il nuovo codice dei contratti pubblici. Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2016, 436 ss.; M. DELLE FOGLIE, *Verso un "nuovo" sistema delle fonti? Il caso delle linee guida ANAC in materia di contratti pubblici*, in *giustamm.it*, 2016; I. A. NICOTRA, *L'Autorità nazionale anticorruzione e la soft regulation nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in I. A. NICOTRA (a cura di), *L'Autorità nazionale anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino, Giappichelli, 2016, 33 ss.; G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, cit., 273 ss.; M. TRIMARCHI, *Le fonti del diritto dei contratti pubblici*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2, 2017, 827 ss.; G. D. COMPORI, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche: questa sconosciuta*, in *Dir. e soc.*, 2, 2017, 177 ss.; F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del cd. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac*, cit., 381 ss.; S. VALAGUZZA, *Nudging pubblico vs. pubblico: nuovi strumenti per una regolazione flessibile di ANAC*, in *Rivista regolazione mercati*, 1, 2017, 91 ss.; G. PIZZANELLI, *Il ruolo dell'Anac nel nuovo codice dei contratti pubblici: verso la completezza di un modello?*, in A. FIORITTO (a cura di), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico privato*, Torino, Giappichelli, 2017, 141 ss.; F. MARONE, *Le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2017, 743 ss.; P. MANTINI, *Autorità nazionale anticorruzione e "soft law" nel sistema delle fonti e dei contratti pubblici*, in *giustamm.it*, 2017; G. A. GIUFFRÈ, *Le "nuove" dimensioni del regolamento. Il caso delle Linee guida ANAC*, in *federalismi.it*, 27 novembre 2017.

²⁵ Ma anche in riferimento ad ambiti materiali soggetti alla disciplina posta da talune linee guida non vincolanti, come nel caso di quelle adottate ai sensi dell'art. 36, comma 7, del Codice, per i contratti "sotto-soglia".

²⁶ Il regolamento governativo (che alla data in cui si scrive non ha ancora trovato la luce) reca, in particolare, disposizioni nelle seguenti materie: nomina, ruolo e compiti del responsabile del procedimento; progettazione di lavori, servizi e forniture, e verifica del progetto; sistema di qualificazione e requisiti degli esecutori di lavori e dei contraenti generali; procedure di affidamento e realizzazione dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie comunitarie; direzione dei lavori e dell'esecuzione; esecuzione dei contratti di lavori, servizi e forniture, contabilità, sospensioni e penali; collaudo e verifica di conformità; affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria e relativi requisiti degli operatori economici; lavori riguardanti i beni culturali. A decorrere dalla data di entrata in vigore del regolamento, inoltre, cessano di avere efficacia le linee guida ex art. 213, comma 2, del codice, vertenti sulle materie indicate sopra nonché quelle che comunque siano in contrasto con le disposizioni recate dal regolamento. Restano nondimeno in capo all'Anac importanti – ma più limitate rispetto al passato – competenze regolatorie (vincolanti), che spaziano da quelle relative alla qualificazione delle stazioni appaltanti, a quelle concernenti i criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'albo dei componenti delle commissioni aggiudicatrici, nonché alle

golatoria generale di cui all'art. 213, comma 2, del codice, attraverso cui l'Anac «*garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche*».

Ciò detto, la straordinaria ampiezza degli “spazi” di azione concessi a talune Autorità ha naturalmente allarmato la dottrina, che ha parlato di un sistema di «*vere e proprie deleghe in bianco*»²⁷, le quali, oltre a comportare una deviazione rispetto al tradizionale sistema delle fonti, rimettono di fatto al libero convincimento di tali soggetti ogni tipo di decisione inerente agli ambiti di loro competenza, con buona pace del principio di separazione dei poteri²⁸.

L'attività posta in essere dalle Autorità indipendenti – specie quella di carattere sostanzialmente normativo – presenta significative criticità per il pieno svolgimento delle libertà economiche sui mercati nei quali esse intervengono e per la democraticità dei processi decisionali che le medesime elaborano e attuano: si tratta di problemi che nascono proprio alla luce del principio di legalità, posto dall'ordinamento fondamentalmente a protezione delle libertà.

L'utilizzo potenzialmente esteso di potestà regolatorie atipiche nell'ambito preso in esame apre evidentemente delle aree di crisi all'interno del nucleo più rigoroso del principio di legalità, a mente del quale non sarebbe permesso l'utilizzo di poteri non espressamente e puntualmente previsti dalla legge.

In questa sede s'intende in particolare verificare come il principio di legalità reagisca all'uso della regolazione indipendente – intesa primariamente quale funzione di *law making* del settore o mercato di riferimento²⁹ – e delle potestà implicite che su di essa si innestano, per poi stabilire sino a che livello l'ordinamento generale tolleri questo significativo cedimento della legalità.

2. Regolazione indipendente e poteri impliciti: la lettura della dottrina.

Valutare la compatibilità dei poteri impliciti delle Autorità indipendenti col principio di legalità significa vagliare la legittimità di una tecnica interpretativa, che, ammessa la generale e preventiva competenza regolatoria di talune *authori-*

linee guida per l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti *in house*.

²⁷ P. CARETTI, *Introduzione*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2003-2004. I poteri normativi delle autorità indipendenti*, Torino, Giappichelli, 2004, 15 ss.

²⁸ M. CLARICH, *Le autorità indipendenti tra regole, discrezionalità e controllo giudiziario*, in *Foro amm.* TAR, 2002, 3865-3866. Si pensi, per fare un esempio, al potere di Banca d'Italia di «*emanare disposizioni di carattere generale aventi a oggetto: 1) il contenimento dei rischi che possono inficiare il regolare funzionamento, l'affidabilità e l'efficienza del sistema dei pagamenti; 2) l'accesso dei prestatori di servizi di pagamento ai sistemi di scambio, di compensazione e di regolamento nonché alle infrastrutture strumentali tecnologiche o di rete; 3) il funzionamento, le caratteristiche e le modalità di prestazione dei servizi offerti; 4) gli assetti organizzativi e di controllo relativi alle attività svolte nel sistema dei pagamenti*» (art. 146, d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385).

²⁹ Di «*potere regolamentare esterno*» parla F. DE LEONARDIS, *Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia*, cit., 717 ss.

ties in un dato settore e individuato il valore da tutelare, consenta il ricorso ad ogni “mezzo” (anche e soprattutto a contenuto normativo) reputato soggettivamente idoneo alla realizzazione della finalità istituzionale legislativamente assegnata³⁰.

Esistono in merito due tesi contrapposte, nel cui ambito sono ravvisabili, a loro volta, ulteriori e diversi orientamenti declinati a seconda dell'interpretazione circa il “ruolo” istituzionale svolto dalle Autorità indipendenti in rapporto ai mercati da esse “presidiati”³¹.

Una prima tesi attribuisce al principio di legalità una lettura «*pragmatica e smitizzante*», tesa a giustificare la legittimità dei poteri impliciti purché siano strumentali alla realizzazione del fine esplicito al quale sono collegati³². Si attribuisce, dunque, la prevalenza alle esigenze di funzionalità rispetto a quelle di garanzia, negando un'interpretazione rigida del principio di legalità sul presupposto che la stessa produrrebbe un eccessivo ingessamento dell'attività amministrativa e presupporrebbe la capacità del legislatore di prevedere e regolare tutto in via preventiva³³.

Nel solco di questa tesi si collocano tutti quegli orientamenti che assegnano alle Autorità indipendenti un ruolo di preminente rilievo nel panorama costituzionale. Basti accennare a chi ravvisa nell'istituzione stessa di tali soggetti una speciale «*tecnica di garanzia*» delle libertà, alternativa alla riserva di legge³⁴ e coerente

³⁰ Questa è la nozione di potere implicito che si vuole fare propria in questa sede. Sul tema, v. *ex multis* N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, Giuffrè, 2001, *passim* e G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, 703 ss. Non mancano tuttavia casi nei quali, pur difettando una preventiva competenza “regolatoria”, il potere implicito (di regolazione) è nondimeno esercitato da un'Autorità che non può propriamente definirsi “di regolazione”: è il caso, ad esempio, degli impegni *antitrust*, sulla cui problematica sia consentito il rinvio a P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, cit., 165 ss.

³¹ L'importanza del “ruolo” delle *authorities* in riferimento al tema dei poteri impliciti è messo in luce da A. TRAVI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Presentazione del tema del Convegno, Varenna, 20-22 settembre 2007, in *www.giustamm.it*, 2008, 2.

³² Cfr. E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete. Il caso dell'energia elettrica e del gas naturale*, Milano, Giuffrè, 2006, 132.

³³ Cfr. V. GASPARINI CASARI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia (note a margine del 53° convegno di studi amministrativi, Varenna, 20-22 settembre 2007)*, in *Dir. econ.*, 3, 2007, 621 ss. Secondo E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete. Il caso dell'energia elettrica e del gas naturale*, cit., 132-135, una lettura rigorosa del principio di legalità sembrerebbe contrastare con la *ratio* stessa della istituzione di organismi specializzati alla regolazione e al controllo in maniera dinamica e flessibile (e, quindi, difficilmente prevedibile *ex ante*) di un determinato settore del mercato. In particolare, secondo l'A., il buon andamento dell'amministrazione non potrebbe ragionevolmente essere sacrificato attraverso l'esclusione di potestà normative e amministrative non espressamente e specificamente previste, «*se dal complesso delle norme rilevanti (e anzitutto da quelle che definiscono i fini dell'intervento regolatorio, le situazioni soggettive dei privati, la struttura più o meno compiutamente concorrenziale del mercato interessato) risulta in modo sufficientemente univoco la volontà del legislatore di consentire (o anche di esigere) prescrizioni di quel tipo (...)*».

³⁴ Cfr. S. NICCOLAI, *I poteri garantiti della Costituzione e le autorità indipendenti*, Pisa, ETS, 1996, 207, che fa leva sul carattere di indipendenza dell'organo; S. FOÀ, *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, cit., 109 ss.

con l'impianto costituzionale³⁵; oppure a chi ritiene che nei settori in cui operano le Autorità la legge abbia direttamente assegnato loro una riserva di competenza³⁶. Ancora, si è osservato che la regolazione – a differenza dell'intervento pubblico nell'economia – si traduce in un'attività amministrativa «sostitutiva» di negozi giuridici privati tesa alla realizzazione dei presupposti del mercato concorrenziale e della *par condicio* tra i soggetti che vi operano. Pertanto, «(...) il principio di legalità che attiene alla regolazione può limitarsi alla mera attribuzione di funzioni ad un'autorità regolatrice: il precetto che attiene alla funzione (...) è infatti già desumibile dalla Costituzione (diritto di libertà combinato con il principio di eguaglianza) come integrata dalla normativa comunitaria»³⁷.

Una seconda e differente tesi individua, invece, nella legge il fondamento necessario e imprescindibile di ogni potere amministrativo di tipo autoritativo e, conseguentemente, esclude l'esistenza di poteri impliciti. L'inammissibilità di poteri non espressamente previsti è, secondo questo orientamento, una conseguenza inevitabile di una lettura rigorosa del principio di legalità³⁸. La formulazione vaga ed elastica della disposizione legislativa non potrebbe pertanto riconoscere implicitamente al soggetto pubblico spazi di manovra potenzialmente incidenti sulle sfere giuridiche dei privati senza che essi trovino nella legge una sufficiente e adeguata copertura: le esigenze di garanzia e democraticità dell'azione amministrativa prevalgono sulle opposte esigenze di funzionalità ed efficienza. Il principio di legalità e il sistema delle riserve di legge costituiscono, in questi casi, un argine al potenziale arbitrio normativo e provvedimentale delle *authorities*, soggetti peraltro “deboli” sul piano della legittimazione democratica e che, dunque, a rigor di logica, dovrebbero rispettare in modo ancor più scrupoloso il principio di legalità³⁹.

Si impongono, inoltre, due notazioni di carattere preliminare.

In primo luogo, non si può negare che, a fronte di disposizioni legislative dai contorni estremamente vaghi e generici, le *authorities* siano costrette, per adempiere ai propri fini istituzionali, ad esercitare poteri privi di un'espressa e circostanziata base legale. Non è un caso che la dottrina abbia osservato che «nell'andare a determinare in concreto il contenuto della potestas regolamentare il ricorso alla tesi dei poteri impliciti (fosse) quasi fisiologico», e che – addirittura – la presenza di potestà innominate fosse direttamente proporzionale alla genericità e indeterminatezza delle norme attributive del potere e alla loro caratterizzazione in senso

³⁵ In tal senso, v. S. A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, cit., 171.

³⁶ Sul punto, v., ad esempio, N. MARZONA, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, cit., 41.

³⁷ F. MERUSI, *I sentieri interrotti della legalità*, Bologna, Il Mulino, 2007, 71.

³⁸ Cfr. Tar Lombardia, Sez. II, 4 aprile 2002, n. 1331. In dottrina, cfr. M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1994, 101; M. PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti*, Torino, Giappichelli, 1996, 30; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto amministrativo*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, XXV, Padova, Cedam, 2004, 264.

³⁹ L'accento sulla sostanziale mancanza di legittimazione democratica è posto da F. FRACCHIA, *Il diritto dell'economia alla ricerca di un suo spazio nell'era della globalizzazione*, in *Dir. econ.*, 1, 2012, 23.

spiccatamente finalistico⁴⁰. Tale circostanza è peraltro testimoniata dalla casistica, dalla quale emerge la diffusa tendenza da parte delle Autorità indipendenti a dotarsi di poteri non espressamente attribuitigli dalla fonte di rango primario⁴¹. In secondo luogo, bisogna rilevare che, con riferimento a poteri impliciti di contenuto ablatorio o sanzionatorio delle situazioni giuridiche soggettive (quand'anche formalmente qualificati alla stregua di atti regolamentari o di regolazione), il suddetto problema è in buona parte risolto, in quanto la condivisibile opinione prevalente è nel senso di escludere l'esistenza di tali poteri, sul presupposto che le esigenze di garanzia espresse dal principio di legalità non possano subire limitazione alcuna laddove le Autorità in via unilaterale incidano sfavorevolmente sulla sfera giuridica dei cittadini⁴².

Alla luce di tali notazioni, si può sin da ora anticipare che non appare una soluzione ragionevole quella di aderire in via generalizzata e aprioristica all'una, piuttosto che all'altra tesi sopra prospettata. Invero, sia l'impostazione più rigorista (volta al riconoscimento in capo alle Autorità dei soli poteri espressamente attribuiti e definiti dalla legge), sia quella "funzionalistica" (che riconosce ai suddetti organismi anche tutti i poteri non contemplati dalla norma attributiva purché essi siano strumentali al raggiungimento dei fini istituzionali assegnati) offrono delle soluzioni non del tutto soddisfacenti⁴³.

Da una parte, la necessaria predeterminazione legislativa di ogni singola potestà amministrativa astrattamente utilizzabile dalle Autorità indipendenti si porrebbe in contraddizione con la *ratio* della loro stessa istituzione, che è quella di affidare a un organismo specializzato la disciplina e l'adeguamento tempestivo alle evoluzioni del mercato di un particolare settore economico "sensibile". Non è un caso che la duttilità dei mezzi giuridici messi a disposizione dall'ordinamento è una caratteristica intrinseca (e ineliminabile) del modello della regolazione.

Dall'altra parte, l'adesione alla tesi in base alla quale sarebbe consentito alle *authorities* l'adozione di tutte le misure necessarie al raggiungimento delle finalità cui è preordinata la loro azione sarebbe altrettanto inaccettabile poiché prefigurerebbe una situazione di sostanziale libertà di azione in un terreno – quale è quello dominato dalle Autorità indipendenti – che non può del tutto prescindere dal principio della legalità sostanziale e dal sistema delle riserve di legge⁴⁴.

Ammessa l'esistenza delle Autorità quali istituzioni dotate di specifici poteri (che si sono imposte – e s'impongono tuttora – sul piano della Costituzione materiale), non pare, dunque, accettabile, per le ragioni illustrate, la completa assenza di vincoli all'attività che tali soggetti esercitano negli ambiti di rispettiva

⁴⁰ G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., 709.

⁴¹ V. par. 3.

⁴² *Ex multis*, v. G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., 729 ss.; la tesi è in ogni caso condivisa dalla giurisprudenza amministrativa maggioritaria: v. par. 3.

⁴³ Così anche D. SIMEOLI, voce «Contratto e potere regolatorio (rapporti tra)», in *Dig. disc. priv., sez. civ., agg.*, Torino, 2014, 136, il quale aderisce alle tesi di Bassi circa le condizioni di ammissibilità di poteri amministrativi impliciti.

⁴⁴ Sul punto, v. M. MANETTI, *I regolamenti delle Autorità Indipendenti*, in *www.astrid-online.it*, 4 ss.

competenza: proprio in ragione dell'inesistenza di una delimitazione precisa "a monte" delle potestà amministrative legislativamente attribuite, che un controllo maggiormente rigoroso deve essere espletato "a valle" sull'attività posta in essere dalle *authorities* (specie quella a contenuto normativo), tenuto conto, ancora una volta, della estraneità di tali soggetti al circuito politico-rappresentativo e della loro conseguente "debolezza" sul piano della legittimazione democratica⁴⁵.

In definitiva, più che una questione sulla titolarità di poteri regolatori impliciti (interrogativo a cui deve risponderci positivamente se si aderisce – pur con le dovute cautele – alla tesi del riconoscimento di un fondamento costituzionale della potestà normativa delle Autorità indipendenti), si tratta, di individuare – ove esistenti – i limiti (e/o gli opportuni criteri orientativi) all'esercizio di tali potestà, alla luce del principio di legalità⁴⁶.

Una precisazione terminologica al riguardo si impone, anche tenendo conto della varietà delle posizioni della dottrina. Almeno con riferimento alla regolazione sembra corretto sostenere che si sia al cospetto di un potere attribuito bensì in modo ampio e generico ma non privo di un accettabile tasso di tipizzazione, nel senso che è ormai sufficientemente acquisito che siffatta regolazione esibisca caratteri peculiari e ben noti⁴⁷. Ciò non esclude ovviamente che nella sua ombra "germinino" poteri impliciti cui ripetutamente si è fatto cenno sinora.

In ogni caso, parte della dottrina ha evidenziato che il mancato rispetto del principio di legalità (inteso come "conformità sostanziale") nel sottosistema delle *authorities* potrebbe essere adeguatamente "compensato" da regole e principi ricavabili dall'ordinamento, i quali avrebbero una duplice funzione: quella di costituire, da un lato, un "canone" nella fase di esercizio del potere normativo e, dall'altro, un "parametro" per la sindacabilità *ex post* dell'atto emanato. Si tratterebbe, in altri termini, di parametri non necessariamente riconducibili alla legge in senso formale⁴⁸, tra cui, *in primis*, i principi generali del diritto amministrativo (ragionevolezza, proporzionalità, tutela dell'affidamento, giusto procedimento, e così via)⁴⁹. Un ruolo fondamentale in tal senso sarebbe, altresì, svol-

⁴⁵ Cfr. *ex multis* S. SANTOLI, *Principio di legalità e potestà regolamentare delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Giur. cost.*, 2003, 1788.

⁴⁶ Il medesimo problema è stato affrontato in termini non dissimili da G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., 710 ss. e F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale. Disapplicazione e ragionevolezza nel processo amministrativo sui regolamenti*, cit., 124. Più di recente anche da F. DE LEONARDIS, *Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia*, cit., 729 ss., e da M. RAMAJOLI, *Consolidamento e metabolizzazione del modello delle Autorità di regolazione nell'età delle incertezze*, cit., 172 ss.

⁴⁷ V. par. 1.

⁴⁸ Con riferimento ai poteri della Consob, v. G. PUCCINI, *La potestà regolamentare della Consob in materia di intermediazione finanziaria alla luce della normativa del testo unico e della sua esperienza attuativa*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2003-2004. I poteri normativi delle autorità indipendenti*, 7 ss. *Contra* M. MANETTI, *I regolamenti delle Autorità Indipendenti*, cit., 13 ss.

⁴⁹ Cfr. F. CINTIOLI, *I regolamenti delle autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2003, il quale ha osservato come «(...) sia da incentivare la propensione (...) a vagliare la regola posta dall'Autorità nella sua intrinseca

to dalle regole della tecnica, che originano dalla dottrina, dai principi deontologici e, più in generale, dalla prassi specifica del settore coinvolto dall'intervento regolatorio⁵⁰.

Ulteriore elemento per il "recupero" del principio di legalità sarebbe costituito dal sindacato giurisdizionale (veicolato attraverso il vizio dell'eccesso di potere) sugli atti delle Autorità, tra i quali – naturalmente – assumono una particolare valenza quelli a contenuto normativo. In questi casi, un ruolo determinante sarebbe svolto dalla motivazione, strumento necessario per dimostrare «la stretta consequenzialità» della specifica regolamentazione adottata con i fini assegnati dalla legge: «infatti il sindacato giurisdizionale di ragionevolezza è ben più intenso in presenza di motivazione dato che questa consente una verifica concreta e puntuale del percorso logico seguito»⁵¹.

Un'altra parte della dottrina, con l'avallo della giurisprudenza, ha posto l'enfasi sull'elemento partecipativo, sul contraddittorio, sulla presenza di un'adeguata motivazione e su un'ampia pubblicità delle determinazioni assunte: elementi che, compendati nel concetto evocativo della c.d. "legalità procedurale", varrebbero a recuperare o compensare il deficit di legittimazione democratica delle Autorità indipendenti⁵². Sul punto, la giurisprudenza è costante nel ritenere che «nei settori regolati dalle Autorità, in assenza di un sistema completo e preciso di regole di comportamento con obblighi e divieti fissati dal legislatore, la caduta del valore della legalità

ragionevolezza anziché limitarsi a guardarla attraverso la lente d'ingrandimento - davvero troppo riduttiva - della conformità alla fonte superiore secondo il principio di legalità. Un sindacato di proporzionalità e ragionevolezza può dare frutti migliori di quello imperniato sul principio di legalità, nonostante quest'ultimo possa sembrare in sé più rigoroso».

⁵⁰ Ciò varrebbe soprattutto nei settori in cui operano la Banca d'Italia, la Consob e l'Isvap: G. MORBIDELLI, *Il potere regolamentare di ISVAP dopo il Codice delle Assicurazioni*, cit., 599 ss.; ID, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., 712 ss. Si evidenzia, d'altra parte, che una simile tesi sminuirebbe del tutto la valenza democratica insita nel principio di legalità, con la conseguenza che i destinatari dell'attività delle Autorità sarebbero soggetti a scelte di carattere esclusivamente tecnocratico: sul punto, cfr. V. CAIANELLO, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Il Foro amm.*, 1997, 374. Secondo N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., 460, «il nostro ordinamento è fondato sul valore della democrazia, non su quello della tecnocrazia».

⁵¹ G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., 726-727: «(i)n altre parole, la motivazione, in una con il contraddittorio (...) contribuisce a recuperare la legalità e dunque a giustificare l'implicit power, in quanto la legalità si persegue anche attraverso la presenza di un sindacato giurisdizionale "forte" del provvedimento».

⁵² Questa sembrerebbe la ragione principale (anche se non unica: v. F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2000, 83 ss.) della necessità di una maggiore implementazione delle garanzie procedurali nei procedimenti davanti alle *authorities: ex multis*, v. S. CASSESE, *Negoziazione e trasparenza nel procedimento davanti alle autorità indipendenti*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle autorità indipendenti*, Torino, Giappichelli, 1999, 37 ss.; M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, 59 ss.; ID., *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., 155 ss., che richiama in proposito le tesi di Jürgen Habermas; F. POLITI, *La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti: nuovi profili di studio*, cit., 297, secondo cui la partecipazione dei soggetti interessati al procedimento amministrativo costituisce uno strumento che sostituisce la dialettica propria delle strutture rappresentative, rappresentando un importante "correttivo" della perdita di legalità sostanziale e del deficit di legittimazione democratica delle Autorità indipendenti.

sostanziale deve essere compensata, almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio»⁵³.

3. Segue: la lettura “indulgente” della giurisprudenza amministrativa.

Al cospetto della regolazione indipendente e dei poteri impliciti che su di essa si innestano, la giurisprudenza amministrativa ha prevalentemente “allentato le maglie” del proprio scrutinio sul rispetto del nucleo più rigoroso del principio di legalità⁵⁴.

Le esigenze di funzionalità difficilmente vengono sacrificate sull'altare delle garanzie: invero, le continue “torsioni” alle quali la legalità è soggetta sono giustificate in ragione della tecnicità del settore, che impone «di assegnare alle Autorità il compito di prevedere e adeguare costantemente il contenuto delle regole tecniche all'evoluzione del sistema» e di rifuggire, dunque, da una rigida predeterminazione legislativa, la quale sarebbe di ostacolo al perseguimento degli scopi assegnati: *«da qui la conformità a Costituzione, in relazione agli atti regolatori (...), della sola predeterminazione legale (purché caratterizzata da adeguati livelli di certezza) degli obiettivi propri dell'attività di regolazione e dei limiti dell'esercizio in concreto di tale attività»⁵⁵.*

Il rimedio principale alla carenza di prescrittività *ex ante* del dettato legislativo (che possa, quindi, porsi come “limite” all'esercizio dell'attività regolatoria) sul quale la giurisprudenza pare, fin dalle sue prime pronunce, confidare con profonda convinzione consiste nell'implementazione della “legalità-procedurale”⁵⁶.

⁵³ Cfr, tra le tante decisioni, Cons. Stato, sez. VI, 1 ottobre 2002, n. 5105; sez. VI, 11 marzo 2006, n. 1400; sez. VI, 11 aprile 2006, n. 2007; sez. V, 27 dicembre 2006, n. 7972; sez. VI, 2 marzo 2010, n. 1215; Tar Lombardia, sez. III, 3 gennaio 2011, n. 1; Cons. Stato, sez. VI, 2 maggio 2012, n. 2521; Tar Lombardia, sez. I, 24 giugno 2014, n. 1648; Cons. Stato, sez. VI, 20 marzo 2015, n. 1532. Il modello che pare essersi più di frequente affermato è quello della c.d. “consultazione pubblica” che prevede il coinvolgimento dei soggetti interessati nella “costruzione” del provvedimento normativo finale (c.d. “procedura di *notice and comment*”).

⁵⁴ Essa ha contribuito in modo determinante a definire i confini dei poteri di regolazione: secondo M. RAMAJOLI, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, cit., 267: *«il giudice amministrativo è (...) intervenuto massicciamente a tracciare lo statuto dei poteri regolatori; è ad esso che si deve la sistematica (per quanto empirica) di tali poteri: la loro classificazione, la precisazione del loro ambito, dei loro limiti e il loro inserimento nel contesto giuridico ed economico della liberalizzazione».*

⁵⁵ Con riferimento ai poteri dell'Arera, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 20 marzo 2015, n. 1532, cit.; sez. VI, 1° ottobre 2014, n. 4874, cit. V., altresì, sez. VI, 2 maggio 2012, n. 2521, cit. Quanto ai poteri dell'Agcom, v. da ultimo Cons. Stato, sez. VI, 7 febbraio 2020, n. 987.

⁵⁶ Secondo Cons. Stato, sez. VI, 2 maggio 2012, n. 2521, *«la dequotazione del principio di legalità sostanziale – giustificata (...) dalla valorizzazione degli scopi pubblici da perseguire in particolari settori – impone (...) il rafforzamento del principio di legalità procedimentale che si sostanzia, tra l'altro, nella previsione di rafforzate forme di partecipazione degli operatori del settore al procedimento di formazione degli atti regolamentari».* La consultazione pubblica degli operatori interessati nell'ambito del procedimento di formazione degli atti normativi dell'Autorità è considerata essenziale dalla giurisprudenza, tanto che la disposizione che prevede le ipotesi derogatorie a tale procedura *«(deve) essere interpretata in modo del tutto restrittivo (ed intesa quale previsione eccezionale prima ancora che lato sensu derogatoria). Ciò, al fine di evitare che la mera affermazione relativa all'esistenza di generiche ragioni di “straordinaria urgenza” possa legittimare l'Autorità di settore a svincolare sé medesima dal necessario (e tendenzialmente indefettibile) presidio di legalità in senso procedimentale rappresentato dal previo esperimento della consultazione pub-*

A prescindere dal tenore dei valori e degli interessi in gioco nei singoli mercati o settori in cui le Autorità indipendenti esercitano le rispettive funzioni (ancorché attribuite in modo generico e indeterminato), le determinazioni regolatorie implicite paiono dunque ammissibili nella misura in cui rientrano nell'ambito "abilitativo" coperto dalle finalità legislativamente conferite; a differenza, invece, dei poteri impliciti a effetto ablatorio o sanzionatorio, oppure quelli che intervengono a certe condizioni sull'autonomia contrattuale, rispetto ai quali il principio di legalità non può subire significative attenuazioni⁵⁷.

Pur nella eterogeneità delle fattispecie scrutinate, questa sembra essere l'interpretazione maggiormente accolta anche in seno alla giurisprudenza amministrativa più recente, la quale non ha mancato talora di fare ricorso al diritto europeo e al principio dell'effetto utile proprio di tale ordinamento a sostegno delle proprie argomentazioni⁵⁸.

Anche se si tratta di suggestioni perlopiù di ordine sociologico che non fanno certamente venir meno il (necessario) rigore dell'analisi giuridica, si può osser-

blica. Ed infatti, laddove si ammettesse che la sussistenza delle richiamate ragioni possa essere invocata in modo - per così dire - ampio ed elastico, ne conseguirebbe un'ulteriore e indebita (in quanto tendenzialmente autoprodotta) estensione della deroga al generale principio secondo cui l'esercizio dell'attività di regolazione deve essere ricondotto in modo diretto o indiretto a un circuito di legittimazione democratica (ovvero, in carenza - e in via eccezionale -, accompagnato da pregnanti e indefettibili garanzie di carattere partecipativo): così Cons. Stato, sez. VI, 20 marzo 2015, n. 1532, par. 3.1.

⁵⁷ Sul punto, la giurisprudenza pare condivisibilmente allineata alla dottrina nell'accoglimento della tesi "rigorista". Per una più approfondita disamina della questione e per i relativi riferimenti giurisprudenziali sia consentito il rinvio a P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, cit., 156 ss. Per una recente conferma di tale orientamento, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4993, ad avviso del quale il ricorso alla teoria dei poteri impliciti non è stato ritenuto sufficiente a configurare una specifica potestà sanzionatoria dell'Agcom in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica: al riguardo, se si vuole, v. P. PANTALONE, *Dove la teoria dei poteri impliciti non può osare: il caso delle sanzioni dell'Agcom in materia del diritto d'autore online*, in *Rivista di diritto dei media*, 3, 2019, 230-233.

⁵⁸ Cfr. Tar Lombardia, sez. II, 27 aprile 2016, n. 814 e 11 luglio 2016, n. 1388 (confermate in appello da Cons. Stato, sez. VI, 27 novembre 2017, n. 5519), le quali hanno sancito la legittimità della delib. Arera del 22 giugno 2015 n. 296/2015/R/Com recante «*Disposizioni in merito agli obblighi di separazione funzionale (unbundling) per i settori dell'energia elettrica e il gas*», nella parte in cui ha imposto l'obbligo di separazione del marchio e delle politiche di comunicazione per le imprese verticalmente integrate. Nel caso di specie, il Tar ha desunto implicitamente dalla potestà di vigilanza dell'Arera, espressamente attribuita dalla legge nel settore in analisi (cfr. artt. 38, comma 2 e 41, d.lgs. n. 93/2011), un potere di regolazione *ex ante* volto a tutelare i clienti finali e a garantire mercati effettivamente concorrenziali. Ad avviso del Tar, con la deliberazione impugnata, l'Autorità «*si è proposta di dettare misure concrete, conformi alla normativa comunitaria e, soprattutto, in grado di realizzare il risultato che tale normativa ha espressamente individuato*», in applicazione del consolidato principio del c.d. effetto utile delle direttive comunitarie. V. altresì Cons. Stato, sez. VI, 27 novembre 2011, n. 5519, che ha statuito che «*(...) la vigilanza ex art. 38, ben lungi dall'esser sinonimo di mero controllo ex post sulle attività più o meno improprie di tali imprese (quindi, solo repressivo del danno alla concorrenza), incorpora anche la regolazione ex ante, in caso contrario la conclamata ricerca dell'effettività delle regole sull'unbundling finendo per essere svuotate di senso*». E ancora: «*è mera petizione di principio il non voler inferire dalla vigilanza (di base, una mera constatazione di fatti) anche i poteri di regolazione (o pianificazione che sia) senza con ciò fossilizzare la vigilanza stessa al primordiale ed inane stato di continuo inseguimento degli illeciti altruis*».

vare come il “controllo” operato dal giudice amministrativo sull'attività regolatoria delle Autorità indipendenti appaia meno inflessibile di quello generalmente esercitato su altri comparti dell'attività amministrativa. Esso sembra, infatti, risentire dello stretto collegamento che sussiste tra i poteri affidati alle *authorities* e la “fisionomia” delle *authorities* stesse, nel senso che la portata precettiva (più attenuata) del principio di legalità potrebbe essere giustificata dagli effetti dirimpenti che un sindacato giurisdizionale più rigoroso altrimenti produrrebbe sull'esistenza stessa dei suddetti soggetti.

In altri termini, siccome il giudizio sull'attività delle Autorità indipendenti involgerebbe necessariamente in un giudizio sulla stessa ragion d'essere di tali attori istituzionali, il giudice amministrativo potrebbe forse essere più portato a giustificare l'allentamento del proprio scrutinio sulla legittimità dell'attività del soggetto per “salvare” il soggetto stesso. Difatti, a differenza di altri enti pubblici, come quelli a fini generali (si pensi, in tal senso, agli enti territoriali)⁵⁹, l'eventuale restrizione dell'attività, o di taluni segmenti di questa, potrebbe irrimediabilmente pregiudicare la *mission* di certe *authorities*, con conseguenze che si ripercuoterebbero sull'esistenza stessa di queste ultime.

Difatti, solo nell'ambito del sottosistema delle Autorità indipendenti pare ravvisabile una stretta contiguità tra l'“oggetto” (cioè le funzioni che essere esercitano) e il “soggetto” (appunto, le *authorities* investite delle predette funzioni), in quanto questi peculiari attori dell'ordinamento si occupano di ambiti materiali, settori o mercati che contribuiscono essi stessi a forgiare, plasmare e presiedere e che, pertanto, costituiscono di fatto il risultato della loro continua azione conformativa. La medesima compenetrazione dell'“oggetto” nel “soggetto” (e viceversa) risulta, invece, più attenuata con riferimento ad altri enti pubblici, pur monofunzionali, i quali operano in ambiti materiali che non sono tendenzialmente oggetto di una loro diretta conformazione.

In tal senso si può probabilmente cogliere la delicatezza – e parimenti la “drammaticità” – dell'innesto del principio di legalità nel sottosistema delle Autorità indipendenti: atteso che solo questi soggetti (in quanto tecnicamente più attrezzati e sottratti all'influenza dell'indirizzo politico-governativo) sono quelli maggiormente in grado di fornire risposte rapide e adeguate alle esigenze espresse dal settore o mercato di riferimento, la menomazione di alcune delle loro funzioni per contrasto col principio di legalità potrebbe seriamente pregiudicare - proprio in ragione del carattere essenziale di alcune di queste funzioni - il perseguimento degli obiettivi che la legge ha affidato alla loro cura.

Inoltre, non si può non notare che quelle stesse funzioni, qualora fossero ritenute incompatibili col principio di legalità – “letto” nel suo significato più rigoroso – non potrebbero agevolmente essere “allocate” in capo ad altri soggetti dell'ordinamento: la qualificata *expertise* tecnica garantita dalle Autorità indipendenti, unita ai più snelli processi decisionali, sono caratteristiche difficilmente riscontrabili in seno ad altri soggetti, men che meno al Parlamento. Rimarreb-

⁵⁹ Ma lo stesso ordine di considerazioni può valere anche per i c.d. “enti monofunzionali” (quali, ad esempio, le università o le camere di commercio).

bero, così, insoddisfatte alcune di quelle esigenze poste proprio a fondamento dell'istituzione delle Autorità indipendenti, rispetto alle quali difficilmente il legislatore sarebbe in grado di sopperire.

Basti al riguardo sottolineare come la regolazione di alcuni mercati “sensibili”, come quelli finanziari, energetici, o delle comunicazioni elettroniche, sia inevitabilmente “tecnica”: in questi casi, l'eventuale “mutilazione”, ad esempio, di talune manifestazioni regolatorie delle Autorità preposte a tali settori determinerebbe un *vulnus* talmente grave da incidere anche sul momento costitutivo delle *authorities* stesse, le quali sarebbero infatti private di una funzione essenziale per il compimento della *mission* affidatagli dall'ordinamento.

4. Segue: brevi cenni alla “lettura sistemica” quale (possibile) chiave esplicativa del fenomeno.

In altra sede⁶⁰, al fine di descrivere e comprendere un “sistema complesso”⁶¹ – come quello che riguarda la *mission* di un'*authority* dalla fisionomia e dalle funzioni peculiari (i.e. l'Autorità nazionale anticorruzione) nel “mercato” dei contratti pubblici – si è fatto ricorso al modello “sistemico”⁶².

L'utilizzo – in mera chiave esplicativa – di tale modello è stato giustificato dalle peculiarità che presenta il “soggetto” Anac, quale organismo strutturalmente e funzionalmente differente rispetto alle altre *authorities*. Ciò tuttavia non esclude che esso possa applicarsi, seppur con maggiore circospezione e probabilmente con minore ampiezza, anche a queste ultime: al riguardo viene primariamente alla mente proprio il tema della regolazione qui analizzato.

Come più volte ribadito anche dalla giurisprudenza amministrativa, il carattere spiccatamente tecnico che caratterizza le regole che presiedono taluni mercati “sensibili” (come quelli finanziari, assicurativi, energetici, delle telecomunicazioni e dei trasporti) «*impone (...) di assegnare alle Autorità il compito di prevedere e adeguare costantemente il contenuto delle regole tecniche all'evoluzione del sistema; una predeter-*

⁶⁰ P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, cit., 287 ss.

⁶¹ Sul significato di questa nozione tratta dalla letteratura extragiuridica, cfr. M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino, Giappichelli, 2007, 110 ss., il quale ripercorre, attraverso una dettagliata bibliografia cui si rinvia, gli studi di settore sui sistemi complessi adattativi.

⁶² Sul punto, nell'impossibilità di dar conto dell'ampia letteratura in materia, v., *ex multis*, L. URBANI ULIVI (a cura di), *Il pensiero sistemico come specchio di una realtà complessa*, Bologna, Il Mulino, 2010, *passim*. L'approccio sistemico non è sconosciuto all'analisi giuridica né tantomeno al diritto amministrativo, essendo stato utilizzato dalla dottrina per descrivere, ad esempio, la nozione giuridica di “ambiente”. In argomento, v. M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattativo, comune*, cit., *passim*, e bibliografia ivi citata (v., in part., 30 ss.); M. CAFAGNO, D. D'ORSOGNA, F. FRACCHIA, *Nozione giuridica di ambiente e visione sistemica*, in L. URBANI ULIVI (a cura di), *Strutture di mondo. Il pensiero sistemico come specchio di una realtà complessa*, Bologna, Il Mulino, 2015, 229 ss. Sempre nel diritto dell'ambiente, per un'applicazione dell'approccio sistemico alla tutela di interessi sensibili antagonisti, v. E. FREDIANI, *Decisione condizionale e tutela integrata di interessi sensibili*, in *Dir. amm.*, 3, 2017, 447 ss (v., in part., 510 ss.).

*minazione legislativa rigida risulterebbe invero di ostacolo al perseguimento di tali scopi*⁶³.

In linea con alcuni studi sviluppatasi nel “sistema complesso” dell’ambiente⁶⁴, infatti, anche nell’ambito di alcuni mercati regolati, la rigidità, l’accentramento e l’applicazione uniforme e generalizzata di regole “calate dall’alto” difficilmente revisionabili, costituiscono caratteri che mal si conciliano con la necessaria flessibilità e il costante adeguamento delle regole all’incessante evoluzione dei mercati sopra considerati⁶⁵.

Per la «*gestione adattativa*» di tali mercati non può che risultare centrale, in questa logica, il ruolo dell’*Authority* di settore quale soggetto tecnicamente competente, che fonda la sua azione «*di graduale rettifica*» mediante il monitoraggio e la raccolta delle informazioni e, dunque, sulla scorta dell’apprendimento e dell’esperienza man mano accumulata⁶⁶. D’altra parte, la regolazione indipendente ben può essere considerata come un processo aperto, unitario e ricorsivo (in cui si ritrovano i caratteri della competenza, della flessibilità e dell’apprendimento), come testimoniato, almeno parzialmente, dai meccanismi partecipativi e dall’assoggettabilità dello stesso, in alcuni casi, a VIR e AIR secondo i canoni della *Better Regulation*⁶⁷.

In un simile contesto si può spiegare il carattere recessivo che assume, anche nell’esame della giurisprudenza, il principio di legalità, almeno se inteso nella sua portata tradizionale di conformità alla legge o, comunque, di “raffrontabilità” a un parametro posto previamente⁶⁸.

⁶³ Da ultimo, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 7 febbraio 2020, n. 987.

⁶⁴ Su cui v., tra gli altri, M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell’ambiente come sistema complesso, adattativo, comune*, cit., 332 ss.; F. FRACCHIA, *Introduzione allo studio del diritto dell’ambiente. Principi, concetti e istituti*, Napoli, Editoriale scientifica, 2013, 19 ss.

⁶⁵ Sempre con riferimento all’ambiente, M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell’ambiente come sistema complesso, adattativo, comune*, cit., 338-339, osserva che: «(r)igidità e centralismo, la velleitaria illusione di poter dirigere ad una qualche predeterminabile armonia i processi ambientali, attraverso una calcolata e programmatica amministrazione delle singole risorse o dei comparti naturali, isolatamente considerati, la conseguente tendenza a fissare l’attenzione sulla stabilità degli ecosistemi, spesso a discapito della loro variabilità e resilienza (...), in breve, un insieme di caratteristiche che sono precisamente antitetiche a quelle necessarie ad una gestione adattativa e flessibile, rende l’egemonia dell’approccio di comando e controllo non meno difettoso ed insoddisfacente, agli occhi dello studioso di ecologia, di quanto non lo sia per l’economista». Negli stessi termini, cfr. M. CAFAGNO, D. D’ORSOGNA, F. FRACCHIA, *Nozione giuridica di ambiente e visione sistemica*, cit., 235 ss.

⁶⁶ M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell’ambiente come sistema complesso, adattativo, comune*, cit., 334. Con riferimento, ad esempio, all’istituto della valutazione d’impatto ambientale, l’A. ha evidenziato che «(i)ndubbiamente esiste un grado di dettaglio, nella puntualizzazione delle scelte relative a questi profili (relativi, appunto, alla Via), varcato il quale il legislatore non può che tacere, per passare la parola ad apparati amministrativi auspicabilmente avveduti e coscienti, che sappiano attingere alla guida dell’esperienza e delle buone pratiche» (377).

⁶⁷ F. FRACCHIA, *Legistica, AIR e VIR: tecnica legislativa, effetti invalidanti e diritti dei cittadini*, in *Dir. econ.*, 1, 2016, 9 ss., dove si sottolinea, appunto, il nesso tra VIR, AIR e “processo” normativo.

⁶⁸ Sulla questione è tornato M. CAFAGNO nel corso dell’intervento dal titolo “L’evoluzione del concetto giuridico di ambiente: da insieme a sistema”, tenuto in occasione del convegno “(Ri)pensare l’ambiente”, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano, 8 marzo 2018.

5. Le ricadute della regolazione sull'ordinamento generale: le matrici della legalità.

Indipendentemente dalla valenza euristica del modello descrittivo sopra delineato, al giurista interessa passare dalla descrizione alla ricostruzione.

Occorre, dunque, ricercare una chiave appunto ricostruttiva adeguata e strettamente giuridica per inquadrare compiutamente e complessivamente il fenomeno analizzato in questa sede.

In particolare, occorre guardare all'ordinamento generale per misurare le ricadute che su di esso produce il modello della regolazione indipendente e per stabilire, in risposta al quesito posto al principio del presente lavoro, sino a che livello lo stesso ordinamento generale tolleri questo significativo cedimento della legalità.

Va preliminarmente osservato che il principio di legalità presenta aspetti e contenuti differenti, a seconda della situazione in concreto considerata. Anzi, appare ancora profondamente attuale l'affermazione secondo cui «*mentre c'è assoluta concordia sul rilievo fondamentale che il principio ha (dovrebbe avere) negli ordinamenti moderni, ispirati alla teoria dello Stato di diritto, non c'è alcuna concordia sul modo in cui il principio opera (dovrebbe operare) rispetto ai poteri e alle attività delle amministrazioni pubbliche*»⁶⁹.

A tal proposito, sembra d'ausilio il ricorso a un approccio a cerchi concentrici, ove il primo cerchio (quello più grande e che, dunque, rappresenta la misura minima del principio di legalità) comprende, da un lato, il principio di preferenza della legge (o di «*non contraddittorietà*») e, dall'altro, la predeterminazione legislativa di un vincolo a carico dell'amministrazione di perseguire gli scopi eteronomamente fissati (dalla stessa legge o da atti di indirizzo): l'attività complessiva dell'amministrazione (compresa quella estrinsecantesi in moduli di diritto privato) non è, infatti, libera nel fine, ma è tenuta all'osservanza del «*vincolo di scopo*», nonché al perseguimento dell'interesse pubblico curato in concreto, che trova di regola la sua origine nella fonte di rango primario (c.d. «*legalità-indirizzo*», ove la legge, espressione della sovranità popolare, funge da guida dell'azione amministrativa nel suo complesso)⁷⁰.

Bisogna però tener conto del fatto che non sempre l'attività amministrativa di diritto privato è soggetta al solo generico «*vincolo di scopo*»: se si pone mente, ad esempio, alla disciplina sulle società a partecipazione pubblica⁷¹ si può constatare che i contratti di società e quelli aventi a oggetto l'acquisizione di partecipazioni societarie non possono essere conclusi al di fuori delle ipotesi tipizzate dalla legge e sempre che sia accertata l'inerenza dell'attività alle funzioni istituzionali dell'ente.

⁶⁹ F. G. COCA, voce «Attività amministrativa», cit., 85.

⁷⁰ C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1982, *passim*. Cfr., altresì, M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, Giuffrè, 1996, 61 ss. V., poi, l'art. 1, c. 1 della l. 241/1990 ove si stabilisce che «*(l)'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge (...)*».

⁷¹ D.lgs. n. 175/2016.

Ad ogni modo, l'adozione di una concezione della legalità – come è quella appena descritta – agganciata” al solo vincolo di scopo dell'azione amministrativa non porrebbe particolari problemi – secondo una parte della dottrina – in ordine alla protezione delle situazioni giuridiche soggettive incise dal potere. Invero, in assenza di norme di legge scritte che predeterminino le modalità di esercizio del potere amministrativo (e che non sarebbero, quindi, censurabili mediante il vizio della violazione di legge), la sfera delle scelte discrezionali dell'amministrazione sarebbe, nondimeno, arginata dal vizio di eccesso di potere, che consentirebbe il sindacato *ex post* sul legittimo esercizio del medesimo, in virtù dell'immediata operatività dell'art. 113, Cost.⁷². Dunque, se la predeterminazione *ex ante* dell'esercizio del potere attraverso norme scritte è una scelta rimessa alla valutazione politica del legislatore, non altrettanto lo sarebbe – per l'esistenza dell'art. 113 Cost. – quella di elidere la garanzia “minima” della sua sindacabilità *ex post*, costituita dal vizio di eccesso di potere⁷³.

La predeterminazione legislativa del fine rimarrebbe, invece, assorbita in quella del “mezzo” in un'ipotesi più circoscritta di quella dianzi esaminata, ossia quella corrispondente all'attività amministrativa di carattere autoritativo, intendendo con essa l'attività che incide unilateralmente sui diritti dei terzi. Qui il principio di legalità deve essere inteso nella sua accezione più rigorosa, ossia quella sostanziale⁷⁴. Essa trova il proprio fondamento nella Costituzione e nel sistema delle riserve di legge ivi previsto, come ricordato anche dallo stesso giudice delle leggi⁷⁵. Siffatta accezione comporta non solo la previa attribuzione con legge del potere (legalità come “conformità formale”, la quale appare invece piuttosto ricorrente con riguardo ai poteri amministrativi a contenuto normativo⁷⁶) ma prescrive, altresì, al legislatore di definirne, per quanto possibile, il contenuto.

Viene, altresì, in evidenza nella dottrina un altro significato della legalità che, a differenza delle concezioni esaminate, fa leva sull'esigenza della “raffrontabilità” dell'azione amministrativa, a prescindere dalla natura della fonte: qui più che di legalità si parla propriamente di “legittimità” o di “legge in senso materiale”, al fine di ampliare il novero dei parametri attraverso cui si misura l'attività dell'amministrazione⁷⁷: tra essi, oltre alla legge, vi sono regole scritte e

⁷² R. CAVALLO PERIN, *Il contenuto dell'articolo 113 Costituzione fra riserva di legge e riserva di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, 540 ss.

⁷³ Al riguardo si può richiamare quella posizione dottrinale (M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2011, 510) che qui appare giustificata alla luce dell'art. 113, Cost.

⁷⁴ In ragione del fatto che i poteri si concretizzano in provvedimenti, si comprende perché, con riferimento a questi ultimi, il principio di legalità si “tramuti” nel principio di tipicità, che impone che siano ammessi nell'ordinamento solo i provvedimenti tassativamente previsti dalla legge.

⁷⁵ V. Corte cost. n. 115 del 2011.

⁷⁶ Sull'evoluzione del rapporto tra legalità e attività amministrativa a contenuto normativo sia consentito il rinvio a P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, cit., 92 ss.

⁷⁷ F. LEVI, voce «*Legittimità (dir. amm.)*», in *Enc. Dir.*, Milano, XXIV, 1974, 124 ss.

non scritte, principi, «*criteri e regole di ordine tecnico insiti nella materia*»⁷⁸, la *soft law*⁷⁹, e così via, i quali, definibili volta per volta a seconda delle specificità del caso concreto, consentono che il potere sia esercitato in conformità allo scopo fissato dalla legge stessa⁸⁰. D'altra parte, la preventiva regolamentazione – sia eteronoma (rispetto al soggetto che agisce) sia autonoma (mediante autovincoli di carattere generale) – dell'attività amministrativa è divenuta «*sempre più ampia e penetrante*», non limitandosi a predeterminare i poteri dell'amministrazione ma disciplinandone financo le finalità e i modi di esercizio: «*(p)ertanto, se si abbandona la forma autentica del principio di legalità e si sostituisce la legge formale con il ben più ampio concetto di legge in senso materiale (...), si può affermare che il principio di legalità non solo vige (in forma inautentica), ma vige come principio di legalità sostanziale (...)*»⁸¹. Va ribadito che una qualificata raffrontabilità, nel senso di una regolamentazione del potere che sia “prevedibile” dal suo destinatario (in quanto sufficientemente chiara, precisa e accessibile) emerge dall'esame della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, anche se con una finalità differente: quella, cioè, di proteggere talune libertà convenzionalmente sancite (come la proprietà o la libertà di circolazione) che potrebbero essere messe a rischio da poteri pubblici non sufficientemente prevedibili per l'incertezza generata dal parametro cui essi fanno riferimento⁸².

⁷⁸ G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., 712.

⁷⁹ Si noti che la *soft law* può costituire, da un lato, un possibile parametro dell'azione amministrativa che “integra” la legalità intesa quale predeterminazione normativa dell'amministrazione, dall'altro lato, essa può però al contempo ritenersi incompatibile con la valenza più spiccatamente democratica del principio di legalità. In ogni caso, l'esigenza di predeterminazione normativa dell'attività amministrativa parrebbe comunque rispondere a una finalità di buon andamento dell'amministrazione.

⁸⁰ Appare interessante rilevare che tra i parametri cui si conforma l'attività amministrativa rientrano talora le classificazioni “tassativizzanti” elaborate dalla giurisprudenza; si pensi al riguardo agli indici sintomatici delle “situazioni indiziarie” che giustificano l'adozione di un'interdittiva antimafia (cfr. Cons. Stato, sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743; 5 settembre 2019, n. 6105). Secondo Corte cost., 26 marzo 2020, n. 57, siffatte “situazioni indiziarie” «*sviluppano e completano le indicazioni legislative, costruendo un sistema di tassatività sostanziale*».

⁸¹ F. G. SCOCA, voce «*Attività amministrativa*», cit., 88, che aggiunge che «*(c)osì modificato, il principio di legalità non risponde più alla sua funzione originaria di presidio della prevalenza degli organi del potere legislativo sugli organi del potere esecutivo, ed ha assunto la funzione di (contribuire a) garantire la correttezza, la razionalità e l'imparzialità dell'azione concreta delle amministrazioni pubbliche, sottoponendola a regole generali ed astratte preventivamente stabilite ed universalmente conoscibili*». Secondo M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti del diritto amministrativo*, cit., 742, «*ciò che veramente importa è che il compito (pubblicistico) trovi un fondamento nell'ordinamento giuridico*».

⁸² Dalla stessa elaborazione giurisprudenziale della Corte edu sembra emergere un'ulteriore accezione del principio di legalità valevole nel caso in cui vengano in rilievo libertà – come quelle economiche – non espressamente contemplate dalla Convenzione: in questo caso l'esigenza di prevedibilità *ex ante* del potere parrebbe “lasciare il campo” a una più marcata “procedimentalizzazione” di quest'ultimo in funzione garantistica. Rispetto a tale interpretazione, sia consentito il rinvio, anche per i riferimenti alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, a P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, cit., 111 ss. La “legalità-procedurale” cui si riferisce la Cedu sembra in particolare intravedere nel procedimento amministrativo il “luogo” in cui la posizione giuridica – in genere di carattere economico-patrimoniale – del soggetto potenzialmente inciso dal potere può essere più efficacemente dife-

Infine, nella dottrina è affiorata una concezione della legalità come soggezione del potere ai principi generali del diritto amministrativo così come elaborati dalla giurisprudenza; ciò al precipuo scopo di rendere il potere giustiziabile attraverso un penetrante sindacato di legittimità *ex post* che “compensasse” il *deficit* della predeterminazione normativa *ex ante*⁸³.

L'approccio decostruttivo nell'analisi del principio di legalità ha consentito di cogliere diverse “matrici” della legalità⁸⁴, che sembrano distinguersi, o in ragione della specifica finalità cui sono preordinate, o per il particolare contesto istituzionale in cui sono state elaborate, oppure, ancora, per la diversa natura della fonte rispetto alla quale l'attività amministrativa deve “misurarsi”. Anche se in questi casi ogni forma di generalizzazione potrebbe essere foriera di fraintendimenti, non appare discutibile, invece, che il nucleo minimo e imprescindibile della legalità sia (almeno) costituito dalla predeterminazione legislativa del vincolo di scopo dell'attività amministrativa.

Le matrici della legalità così individuate possono essere utilizzate per verificare le anomalie delle estese potestà regolatorie affidate a talune Autorità indipendenti al fine di chiarire quale sia il livello minimo per decretare la tenuta dell'ordinamento generale e del principio di legalità rispetto a siffatto “cedimento”.

sa attraverso il riconoscimento in capo ad esso delle garanzie dell'«*equo processum*» di cui all'art. 6 Cedu. Al contrario, la legalità-procedurale che si richiama con riguardo alle *authorities* parrebbe individuare nel contraddittorio procedimentale non tanto una finalità di tipo garantistico, quanto piuttosto l'uso di una “matrice” della legalità per compensare *ex post* il *deficit* di legittimazione democratica cui versano le Autorità indipendenti.

⁸³ I principi sarebbero utilizzati dal giudice per “conformare” l'eterogeneità e la cedevolezza delle norme scritte (talora formulate in modo generico), sì da sindacare in modo penetrante e in chiave garantistica la discrezionalità amministrativa attraverso il vizio di eccesso di potere. Sul punto, v. M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile*, cit., 510; ID, *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 144. Da un diverso punto di vista, i principi (*rectius* i «*principi generali dell'ordinamento*») integrano – ove lacunose – le norme di relazione allo scopo di soddisfare esigenze di unità dell'ordinamento e, di riflesso, contenere le spinte *extra ordinem* del potere di ordinanza: così R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Milano, Giuffrè, 1990, 424 ss. secondo cui: «(l)a conformità alle esigenze di unità dell'ordinamento è imposta dal limite del ricorso ai principi dell'ordinamento giuridico, cioè dalle interpretazioni che delle singole disposizioni devono essere offerte per la convivenza di interessi giuridicamente considerati di pari grado nelle disposizioni di legge, perché degli stessi l'ordinamento non ha voluto offrire una relazione generale e astratta, ma unicamente relativa al caso concreto». L'enfasi sui principi è, altresì, posta da G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., 755-756, ove si afferma che essi «sono ritenuti idonei ad assicurare il rispetto della riserva di legge».

⁸⁴ Con riferimento ai rimedi di precontenzioso dell'Anac, v. M. RAMAJOLI, *Brevi note sui rimedi di precontenzioso dell'Anac tra legalità processuale e termine di decadenza*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2020, 177 ss., la quale sembra individuare un'ulteriore matrice della legalità nel «principio di legalità processuale», ricavabile dall'art. 111, comma 1, Cost., il quale «come impone che non sia il giudice a introdurre le regole processuali che dovrà poi applicare, parimenti esclude che sia l'Autorità anticorruzione a stabilire le regole para-processuali che sarà chiamata successivamente ad attuare» (180).

6. Anomalie e matrice della legalità-indirizzo.

Il rispetto della legalità-indirizzo, che è generalmente valevole per l'attività amministrativa di diritto privato e che potrebbe corrispondere a una variante "attenuata" della matrice tradizionale della legalità-garanzia intesa come "conformità formale" (dove l'attenuazione è rappresentata dalla "debolezza" del fondamento legislativo, il quale è appunto individuato in un generico vincolo di scopo), non sembra porre particolari problemi.

L'unico limite che la legalità indirizzo incontra, infatti, è rappresentato dalle finalità legislativamente assegnate all'attività delle Autorità indipendenti, per cui non appaiono censurabili quei poteri – almeno di carattere para-normativo – posti in essere in funzione della realizzazione di tali finalità. In questo senso, lo scrutinio giurisdizionale in ordine all'osservanza del principio di legalità si risolve nella valutazione circa l'effettiva strumentalità del mezzo regolatorio rispetto al perseguimento delle finalità indicate, pur genericamente, dal legislatore⁸⁵.

La matrice della legalità-indirizzo, in ogni caso, si rivela confacente a quelle elaborazioni dottrinali più vicine alle tesi funzionalistiche, le quali attribuiscono alle Autorità indipendenti un indiscusso ruolo di spicco nel panorama istituzionale⁸⁶. La previsione di una "riserva" di competenza nei rispettivi settori o mercati di riferimento e la conseguente possibilità per le stesse di esercitare potestà implicite (ancorché funzionalizzate) pare, infatti, compatibile col principio di legalità solo se inteso, appunto, nel suo significato più debole, ovvero quello qui in esame di legalità-indirizzo.

Inoltre, la matrice della legalità-indirizzo potrebbe rivelarsi compatibile qualora (*recte* nella misura e a condizione che) le *authorities* facciano un «*uso non politico dei (propri) poteri neutrali*»⁸⁷. Sebbene si sia più volte rimarcato che le funzioni svolte da alcuni di questi soggetti non siano del tutto insensibili agli interessi coinvolti e al perseguimento di specifiche *policies*, risulta comunque possibile individuare talune fattispecie in cui le funzioni di "arbitraggio" sono esercitate senza perseguire finalità *lato sensu* politiche.

In queste situazioni, l'esigenza di un rafforzamento della portata precettiva del principio di legalità potrebbe apparire non adeguatamente giustificata. Talvolta, infatti, l'Autorità, pur in mancanza di un preciso fondamento legislativo, può fare uso di poteri impliciti per compensare poteri privati troppo forti, senza che ciò comporti indesiderate intromissioni nel singolo rapporto contrattuale⁸⁸.

⁸⁵ Ove, invece, il potere implicito abbia carattere provvedimentoale, la sola finalità non appare sufficiente a fondarlo, in quanto è necessario, ai fini della compatibilità con l'ordinamento generale, un rafforzamento della portata precettiva del principio di legalità attraverso il ricorso alla matrice tradizionale della legalità-garanzia intesa almeno come "conformità formale". Ciò vale, in particolare, per quei poteri impliciti a contenuto ablatorio o sanzionatorio, qualora incidano su diritti e libertà oggetto di specifiche riserve di legge.

⁸⁶ V. par. 2.

⁸⁷ V. CAIANIELLO, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Foro amm.* 1997, 372.

⁸⁸ Emblematici in tal senso sono i poteri conformativi di natura indennitaria, spettanti alle Autorità indipendenti di regolazione (come l'Agcom) in base alla previsione generale di cui

L'uso della suddetta matrice potrebbe ritenersi, altresì, adeguata qualora i poteri di regolazione esercitati dalle *authorities* non siano dotati di efficacia vincolante, bensì si limitino a fornire, ad esempio, indicazioni di carattere operativo per esigenze di semplificazione e buon andamento⁸⁹. In questi casi non parrebbe giustificato un rafforzamento della portata precettiva del principio di legalità.

7. Anomalie e matrice della legalità-raffrontabilità.

La legalità-indirizzo postula la predefinizione della finalità dell'attività delle Autorità indipendenti. Appare tuttavia indubbio che siffatta finalità potrebbe prestarsi a interpretazioni spesso svincolate da sicuri parametri giuridici, rendendo concreto il rischio di sacrificare anche quel nucleo minimo di garanzia di cui la legalità-indirizzo è espressione.

Un simile rischio potrebbe risultare ridimensionato se si considera il carattere eminentemente tecnico di taluni interventi posti in essere dalle Autorità indipendenti che ha portato parte della dottrina a valorizzare la matrice della legalità quale "raffrontabilità" o "predeterminabilità" dell'attività amministrativa a regole non necessariamente riconducibili alla legge in senso formale.

In questi casi, in considerazione dell'irrelevanza (ai fini del rispetto del principio di legalità colto nell'aspetto qui in esame) della natura e del grado della fonte di produzione della "regola", si assiste a un ampliamento del novero dei parametri attraverso cui si "misura" l'attività delle *authorities*: tra essi, assumono particolare rilevanza le regole della tecnica, che originano dalla dottrina, dai principi deontologici e, più in generale, dalla prassi specifica del settore coinvolto dall'intervento regolatorio⁹⁰.

Il rispetto della legalità-raffrontabilità è comunque condizionato dalla presenza nell'ordinamento di parametri sufficientemente precisi da consentire, appunto,

all'art. 2, comma 20, lett. d), l. 481/1995, al fine di riequilibrare a tutela degli utenti la situazione alterata da un aumento dei prezzi non trasparente: sul punto, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 7 febbraio 2020, n. 987, che si è pronunciato in merito alla scelta, censurata dall'Agcom e comune a tutti i principali operatori di telefonia, verso una fatturazione dei servizi erogati con cadenza a 28 giorni, anziché parametrata al mese o a suoi multipli (es. il bimestre o il trimestre). Sempre con riferimento all'Agcom, un altro esempio di questa tendenza "riequilibratrice" può essere ravvisato nei poteri regolatori in materia di tutela del diritto d'autore su internet, ove lo scopo pare quello di fornire maggiore tutela al soggetto debole del rapporto, che di regola è costituito dal titolare del diritto d'autore.

⁸⁹ Si pensi alle linee guida non vincolanti dell'Anac in materia di trasparenza amministrativa, oppure a quelle – altrettanto non vincolanti – in tema di contratti pubblici: cfr. P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, cit., 209 ss. e 265 ss.

⁹⁰ Ciò varrebbe soprattutto nei settori in cui operano la Banca d'Italia, la Consob e l'Ivass: G. MORBIDELLI, *Il potere regolamentare di ISVAP dopo il Codice delle Assicurazioni*, in *Scritti in onore di Giovanni Grottanelli de Santi*, cit., 599 ss. ID, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., 712 ss. Come già ricordato *supra*, la regola tecnica non costituirebbe soltanto un "canone" per il corretto esercizio della funzione, ma anche un "parametro" per la sindacabilità *ex post* dell'atto emanato, tanto più penetrante quanto più risulti analitica la motivazione che accompagna l'atto finale.

il “raffronto” con i poteri in concreto esercitati.

8. Anomalie e matrice della legalità-prevedibilità.

La “raffrontabilità” del potere costituisce una caratteristica propria anche di un'altra matrice della legalità, che si è colta nell'analisi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. In quel contesto, però, rispetto alla legalità-raffrontabilità, la matrice in esame gode di una carica funzionale piuttosto marcata, avendo come obiettivo essenziale quello di proteggere talune libertà fondamentali convenzionalmente sancite (es. proprietà e libertà di circolazione), che potrebbero essere messe a rischio da poteri pubblici non sufficientemente prevedibili per l'incertezza generata dal parametro cui essi fanno riferimento.

La considerazione della legalità-prevedibilità, elaborata dalla giurisprudenza della Cedu in vista di una maggiore certezza del diritto, parrebbe rilevare sotto un triplice profilo.

Da un punto di vista funzionale, è innegabile che le esigenze di certezza del diritto mal si conciliano con la natura spesso implicita (e quindi per definizione imprevedibile *ex ante*) dei poteri attribuiti alle Autorità indipendenti.

Da un punto di vista più propriamente oggettivo, invece, si è constatato che, nel sottosistema di nostro interesse, vengono perlopiù in gioco libertà economiche, le quali non paiono rientrare direttamente nell'alveo di applicazione della matrice della legalità-prevedibilità⁹¹.

Infine, sempre nell'ottica della Cedu, le libertà economiche possano venire in rilievo, non tanto alla luce dell'art. 1, primo protocollo, quanto in riferimento all'art. 6 della Convenzione⁹².

L'estensione delle garanzie dell'«equo processo» *ex art. 6 Cedu* anche ai procedimenti amministrativi che incidono sulle libertà economiche si “salda” con la matrice della legalità-procedurale sovente richiamata – ancorché a fini differenti – dalla dottrina e dalla giurisprudenza nel sottosistema delle *authorities*.

9. Anomalie e matrice della legalità-procedurale.

L'accennato riferimento alla legalità-procedurale nel sottosistema delle Autorità indipendenti permette ora di indugiare sul concreto funzionamento di questa matrice, cui spesso si richiamano la dottrina e la giurisprudenza per giustificare il c.d. *deficit* democratico delle Autorità.

A tal fine, bisogna preliminarmente precisare che le matrici della legalità-raffrontabilità e della legalità-prevedibilità, le quali presuppongono l'irrilevanza della natura e del rango del parametro attraverso cui saggiare la legittimità dell'attività delle *authorities*, sono prevalentemente elaborate in funzione garantistica e sono dunque sbilanciate a favore di una sola delle due “anime” del prin-

⁹¹ Anche a voler considerare predicabile tale matrice nei confronti dei poteri delle *authorities* sarebbe comunque necessaria, nei limiti di quanto già precisato sopra, la presenza di un loro fondamento (anche se solo meramente formale) nella fonte di rango primario.

⁹² V. *supra* nota 83.

cipio di legalità. Esse non sono, al contrario, sufficienti a soddisfare la valenza democratica del principio di legalità o, meglio, all'uso della legalità-procedurale per compensare i *deficit* democratici.

Si noti che questi *deficit* paiono ancora più vistosi nei casi in cui l'attività delle *authorities* non si sostanzia nell'adozione di misure dal contenuto squisitamente "tecnico", ma sia espressione di una scelta dal sapore più schiettamente politico in funzione di direzione o di indirizzo del settore di competenza dell'Autorità che l'ha compiuta⁹³. Al riguardo non si può non notare come il tasso di "politicalità" insito nelle funzioni delle *authorities* sia potenzialmente elevato, nella misura in cui la genericità e l'eterogeneità delle finalità che sono a esse legislativamente conferite comporta non solo l'espansione degli strumenti impliciti a loro disposizione, ma anche la possibilità che gli scopi istituzionali siano essi stessi plasmati dalle singole Autorità⁹⁴.

Soccorrerebbe (appunto) la legalità-procedurale.

Su tale questione, come anticipato, parte della dottrina e la giurisprudenza amministrativa appaiono particolarmente sensibili. La legalità procedurale è essenzialmente utilizzata per ripristinare dal "basso" la democraticità dei processi decisionali pubblici delle *authorities* attraverso il "dialogo" procedimentale con i soggetti interessati, al fine di rendere conformi con l'ordinamento le proprie scelte regolatorie.

È lecito tuttavia dubitare sull'effettiva adeguatezza della legalità procedurale al "recupero" della legalità-garanzia (e, quindi, della legittimazione democratica). Intanto, è condivisibile l'assunto secondo cui «(...) la partecipazione, dal punto di vista giuridico, non è un fattore di legittimazione del potere»⁹⁵; inoltre, la premessa da cui muove la tesi sopra menzionata è difficilmente accettabile nella sua interezza, in ragione dell'esclusiva titolarità del potere decisionale in capo alle *authorities* e dell'irrealizzabilità di un contraddittorio assolutamente paritario tra regolatore e regolato⁹⁶; non può, poi, sottovalutarsi come un'enfasi eccessiva sul procedimento possa essere portatrice del rischio di "cattura" del regolatore da parte del regolato, nonché della potenziale paralisi dell'attività decisoria delle Autori-

⁹³ In generale, sulla natura *lato sensu* politica dei poteri dell'Agcm, v. A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, cit., 128 ss. Va invero precisato che parte della dottrina esclude che la natura squisitamente tecnica dei poteri di alcune *authorities* giustifichi un totale affrancamento dal modello delineato dall'art. 95 Cost.: sul punto, v. E. CASETTA, F. FRACCHIA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2019, 250.

⁹⁴ Se la definizione delle finalità dell'attività delle Autorità è sostanzialmente rimessa alle Autorità medesime sembra necessario un rafforzamento dei limiti al ricorso di potestà implicite, alla luce della carenza di legittimazione democratica di tali soggetti, che li rende di fatto immuni sul piano della responsabilità politica.

⁹⁵ A. TRAVI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, cit., 4. Come peraltro ricordato da M. RAMAJOLI, *Consolidamento e metabolizzazione del modello delle Autorità di regolazione nell'età delle incertezze*, cit., 179, «un'eccessiva enfasi sulla legalità procedimentale rischia di depotenziare la centralità che invece deve continuare a possedere la norma attributiva del potere nel nostro ordinamento democratico».

⁹⁶ Cfr., ancorché con riferimento all'Agcm (ma l'assunto può, beninteso, essere esteso anche alle altre *authorities*), A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, cit., 135.

tà⁹⁷.

La legittimazione democratica potrebbe essere, piuttosto, parzialmente recuperata attraverso il rapporto di legittimazione politica delle *authorities* con il Parlamento⁹⁸, che è l'organo costituzionale che, in effetti, investe tali soggetti di pubbliche funzioni, ne nomina i vertici e ne controlla l'operato, non solo attraverso l'esame della relazione annuale sull'attività svolta che le Autorità hanno l'obbligo di predisporre e illustrare annualmente all'organo parlamentare, ma anche mediante il ricorso a ulteriori meccanismi di controllo⁹⁹.

10. Anomalie e matrice della legalità per principi.

In dottrina è emersa un'ulteriore “matrice” della legalità come soggezione del potere ai principi generali del diritto amministrativo così come elaborati dalla giurisprudenza. D'altra parte, se la mancata fissazione di regole scritte poste previamente per disciplinare l'esercizio del potere costituisce una facoltà concessa al legislatore, viceversa costituzionalmente imposta, ai sensi dell'art. 113, Cost., è la garanzia minima della sua giustiziabilità per il tramite dell'eccesso di potere¹⁰⁰, e i principi possono assolvere anche a questa funzione (pur se l'eccesso di potere subisce l'erosione della violazione di legge, nel senso che vi è la tendenza a qualificare il mancato rispetto di un principio come violazione di legge).

In mancanza di un quadro normativo certo e immediatamente intelligibile come quello in cui sono “costrette” ad operare le *authorities*, la giurisprudenza amministrativa si è meritoriamente fatta carico del compito di esercitare, da una parte, un più penetrante sindacato attraverso i principi, tra cui, in particolare, quelli di ragionevolezza e proporzionalità; dall'altra, a valorizzare l'elemento fattuale allo scopo di verificare se l'azione delle Autorità fosse retta da criteri di razionalità scientifica: gioca in tal senso un ruolo decisivo l'*iter* motivazionale, che ha lo scopo di esplicitare la consequenzialità della specifica regolamentazione ai fini assegnati dalla legge¹⁰¹. È dunque evidente la particolare funzione compensativa svolta dalla matrice della legalità per principi al fine di tentare di

⁹⁷ Un simile approccio è, però, particolarmente utile in chiave di superamento di asimmetrie informative che possono affliggere l'amministrazione: in argomento, v. M. CLARICH, *I procedimenti di regolazione*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle autorità indipendenti*, Quaderni del Consiglio di Stato, Torino, 1999, 12-13; G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2014, 88-89.

⁹⁸ Sul punto, v. M. DE BENEDETTO, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, cit., 384 ss.; ID., voce «*Autorità indipendenti*», cit., 589-590; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, cit., 152.

⁹⁹ Si pensi, in tal senso, alla istituzione, nel corso della XVII^o legislatura, di una commissione parlamentare d'inchiesta al fine di accertare eventuali responsabilità delle Autorità di vigilanza sul sistema bancario e finanziario (*in primis*, Banca d'Italia e Consob), in ordine alle note vicende legate alla sottoscrizione di obbligazioni subordinate emesse da alcuni istituti di credito poi risultati insolventi.

¹⁰⁰ R. CAVALLO PERIN, *Il contenuto dell'art. 113 Costituzione fra riserva di legge e riserva di giurisdizione*, cit., 540 ss.

¹⁰¹ D. SIMEOLI, voce «*Contratto e potere regolatorio (rapporti tra)*», cit., 143.

ovviare all'indeterminatezza della legge e ai "difettosi" parametri normativi di "raffrontabilità" del potere di regolazione.

La legalità per principi si rivela, invero, particolarmente confacente alle peculiarità del sottosistema delle Autorità indipendenti¹⁰². Incidentalmente va notato come la necessità di ricondurre a sistema un materiale giuridico molto disparato e di effettuare un penetrante sindacato muovendo dai principi possa essere uno degli argomenti a favore della sopravvivenza della giurisdizione del giudice amministrativo, in quanto soggetto giurisdizionale all'uopo più attrezzato (in ragione della propria storia, cultura, e preparazione).

Per converso, non si può non evidenziare come il principio di legalità "filtrato" esclusivamente attraverso il sindacato giurisdizionale sul vizio di eccesso di potere non sembri del tutto adeguato a fornire una tutela certa ed effettiva delle situazioni giuridiche soggettive incise dal potere. Esso comporterebbe un elevato tasso di creatività giurisprudenziale. È noto, infatti, che i fini affidati dalla legge alle *authorities* sono spesso confliggenti, non coordinati, non omogenei, né predeterminabili, determinando rischi di sovrapposizione delle decisioni giurisdizionali alle valutazioni discrezionali dell'Autorità: in definitiva, il giudice rischia di diventare esso stesso un regolatore¹⁰³.

11. La verifica *a contrario* partendo dalle funzioni.

Giunti a questo punto dell'analisi, occorre ora procedere *a contrario*, verificando per i poteri regolatori delle *authorities* le matrici della legalità che risultano rispettate e quelle che si reputano necessarie a rendere sostenibili le anomalie più volte ricordate.

Intanto, la legalità riferita alla istituzione (con legge) del soggetto (su cui non ci si è soffermati, in quanto essa è chiaramente desumibile dall'art. 97 Cost.) è rispettata, atteso che tutte le *authorities* rinvencono il proprio fondamento in una fonte di rango primario.

Procedendo con il resto dei poteri, premesso che in ogni caso non può essere varcato il limite della non contraddittorietà con la legge e che occorre comunque un'attribuzione pur generica del potere, si può osservare che quelli – an-

¹⁰² Riveste cruciale importanza il principio di proporzionalità quale "parametro" a disposizione del giudice amministrativo per eventualmente arginare una potenziale deriva regolatoria implicita dell'Agcm attraverso lo strumento degli impegni. Oppure, si ponga mente alla rilevanza del principio di ragionevolezza per il sindacato giurisdizionale sulle linee guida (specie quelle non vincolanti) dell'Anac in materia di contratti pubblici. Se si vuole, su questi temi, cfr. P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, cit., 170 ss. e 269 ss.

¹⁰³ Secondo M. RAMAJOLI, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, cit., 280 ss., «la conformazione spiccatamente finalistica della normativa di liberalizzazione, l'essere quest'ultima un processo che si dispiega per gradi in un lungo arco temporale e la funzione stessa della regolazione, essenzialmente rivolta a mantenere questo processo entro il solco degli obiettivi fissati dalla legge, sono tutti elementi che paiono inclinare quasi naturalmente il sindacato giurisdizionale in materia verso una trasformazione creativa delle finalità della regolazione in un sistema di principi giuridici atti a condizionarne lo svolgimento». Analogamente, e in termini senz'altro positivi, v. F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac*, cit., 382-383; C. DEODATO, *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo. Il caso delle linee guida dell'Anac*, cit., 27.

corché molto ampi – para-normativi devono conformarsi alla legalità-indirizzo, che rappresenta il livello di garanzia minimo al di sotto del quale i poteri in questione sarebbero considerati inammissibili. Il rispetto di tale matrice (che è assicurato dalla verifica positiva circa la strumentalità del potere implicito alla finalità legislativamente prefissata) risulta pertanto certamente necessario ai fini del giudizio di sostenibilità delle “anomalie” in esame. Il mancato rispetto della legalità-garanzia (come conformità-formale) può essere, invece, tollerato, a condizione che vi sia la portata generale e astratta del contenuto dei suddetti poteri.

I medesimi poteri para-normativi non devono conformarsi alla legalità-prevedibilità almeno accedendo alla tesi secondo cui le più pregnanti garanzie Cedu assistono soltanto le libertà convenzionalmente protette (come la proprietà), mentre devono conformarsi alla legalità-raffrontabilità, laddove essa sia predicabile. Essi, infine, devono conformarsi alla legalità-procedurale e alla legalità per principi¹⁰⁴.

Si può dunque affermare che le matrici necessarie al fine di esprimere un giudizio di sostenibilità circa il cedimento oggettivo (o anomalia) della legalità – costituito dalla regolazione e dai poteri impliciti che su di essa si innestano – sono la legalità-indirizzo, la legalità-raffrontabilità, la legalità-procedurale e la legalità per principi.

12. Attenuazioni e compensazioni tra matrici diverse. Dall'oggetto al soggetto.

L'indagine ha mostrato che i poteri di regolazione delle *authorities* si conformano soltanto a talune delle matrici della legalità sopra individuate.

Questa incompiutezza non appare sufficiente a compromettere seriamente la sostenibilità delle suddette “anomalie”, nella misura in cui le matrici che sono in concreto rispettate siano idonee a “compensare” quelle mancanti o deficitarie. Ad esempio, quando non operi la legalità-raffrontabilità, diviene essenziale la legalità per principi al fine di compensare la pur “debole” presenza della legalità-indirizzo¹⁰⁵ e di garantire comunque un accettabile sindacato.

¹⁰⁴ Volgendo l'attenzione ai poteri (impliciti) provvedimentali delle *authorities*, pur non esaminati in questa sede, essi non paiono ammissibili nell'ordinamento in quanto non possono legittimamente essere ricavati da una finalità, ancorché legislativamente prefissata. La portata puntuale e concreta del contenuto di tali poteri, unita alla possibile compressione della sfera giuridica dei suoi destinatari, infatti, richiede non soltanto il rispetto della legalità-indirizzo, ma anche l'osservanza della legalità-garanzia (almeno intesa nel senso di “conformità formale”). In ogni caso, anche se espliciti (in quanto rispettosi della legalità-garanzia), i poteri provvedimentali devono conformarsi alla legalità-raffrontabilità (ove predicabile), alla legalità-procedurale e alla legalità per principi. In altri termini, i poteri impliciti provvedimentali, in quanto non rispettosi della legalità-garanzia, non sono sostenibili e ciò esime da ulteriori indagini circa il rispetto delle altre matrici. Sono sostenibili, invece, poteri provvedimentali espressamente previsti dalla legge, nella misura in cui si conformano alla legalità-raffrontabilità, alla legalità-procedurale (nell'ottica della Cedu) e alla legalità per principi.

¹⁰⁵ “Debolezza” che è, appunto, ravvisabile nell'elevata incertezza del parametro di “raffrontabilità” del potere (che coincide, per l'appunto, con uno o più obiettivi indeterminati).

In aggiunta alla spiegazione fondata sulla logica della “compensazione”, può anche essere di qualche utilità riprendere la suggestione che guarda all’oggetto come momento costitutivo del soggetto¹⁰⁶.

Si è infatti messa in luce la stretta contiguità tra i poteri affidati alle *authorities* e la “fisionomia” delle *authorities* stesse, nel senso che l’eventuale censura nei confronti dell’attività (o di parte di essa) delle Autorità indipendenti potrebbe inevitabilmente ripercuotersi sulla loro stessa ragione di esistenza.

Il rilievo potrebbe dunque indicare una via diversa per ulteriormente spiegare l’allentamento di alcune matrici¹⁰⁷: sembra evidente la cruciale rilevanza, ai fini dell’adempimento della *mission* affidata dall’ordinamento, dell’ampio potere di regolazione che alcune Autorità esercitano nei settori di loro competenza.

Al riguardo, si può aggiungere che proprio la considerazione congiunta del binomio soggetto-oggetto giustifica l’attenuazione della matrice della legalità-prevedibilità con riferimento alla regolazione. Mentre, infatti, la prevedibilità presuppone la “stabilità” dell’oggetto interessato dall’azione, la regolazione, che incida su un ambito complesso aperto e in divenire (proprio perché forgiato dalla regolazione medesima), non consente di per sé di prefigurare in modo puntuale le premesse e i contenuti della medesima. Si conferma, dunque, che siamo al cospetto di un potere al contempo molto ampio, non privo di una “ti-

¹⁰⁶ V. par. 3.

¹⁰⁷ Più in generale (soprattutto con riguardo ai poteri di carattere para-normativo), prevale, come già anticipato, un tipo di “controllo” sul rispetto del principio di legalità meno inflessibile di quello esercitato su altri comparti dell’attività amministrativa. Invero, non possono tacersi alcuni ulteriori profili critici, estranei alla questione della legalità. Un uso poco sorvegliato di potestà para-normative, ad esempio, potrebbe sia produrre fenomeni di *regulatory inflation* per scopi non necessariamente pertinenti al ruolo di “arbitri” neutrali dei mercati o settori di rispettiva competenza, con il conseguente rischio di intrusioni sproporzionate rispetto agli obiettivi legislativamente assegnati (il rischio è stato particolarmente avvertito in materia di contratti pubblici alla luce dell’ampio potere di regolazione affidato all’Anac: cfr. Cons. Stato, comm. spec., 1 aprile 2016, n. 855; 2 agosto 2016, n. 1767), sia determinare rischi di sovrapposizione di competenze tra più Autorità. Emblematico è il caso dell’Autorità di regolazione dei trasporti. Alla luce della rilevanza e dell’ampiezza delle funzioni e dei poteri attribuiti a tale Autorità, le competenze della stessa entrano, infatti, in contatto con le competenze di altri organismi (es. enti pubblici territoriali, enti strumentali, enti parastatali, altre Autorità indipendenti). In proposito, l’art. 37, c. 4, d.l. n. 201/2011, conv. in l. n. 214/2011 (che ha istituito l’Autorità di regolazione dei trasporti) stabilisce che: «(r)estano ferme tutte le altre competenze diverse da quelle disciplinate nel presente articolo delle amministrazioni pubbliche, statali e regionali, nei settori indicati; in particolare, restano ferme le competenze in materia di vigilanza, controllo e sanzione nell’ambito dei rapporti con le imprese di trasporto e con i gestori delle infrastrutture, in materia di sicurezza e standard tecnici, di definizione degli ambiti del servizio pubblico, di tutela sociale e di promozione degli investimenti (...)». Con riferimento specifico ai rapporti con altre Autorità indipendenti, lo stesso d.l. riconosce la possibile sovrapposizione o duplicazione di funzioni e poteri tra più autorità relativamente ai settori di competenza dell’Autorità dei trasporti. Infatti, si prevede che restino ferme e che possano essere contestualmente esercitate le competenze dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato, dell’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (ora Autorità nazionale anticorruzione) e dell’Agenzia per le infrastrutture stradali e autostradali di cui all’art. 36, d.l. n. 98/2011. La composizione della fitta e disordinata trama di competenze pubblicistiche nel settore dei trasporti è, dunque, sostanzialmente rimessa all’interprete, il quale deve farsi carico di riunire e comporre i numerosi “frammenti” di competenze in materia di trasporti.

pizzazione” e i cui esiti non possono essere compiutamente prefigurati prima del suo “farsi”.

13. Dalle matrici della legalità al problema della legittimazione democratica e del ricorso coerente alla logica sistemica.

Dalla sintesi sin qui compiuta è rimasto invero estraneo un profilo essenziale. Emerge cioè che il vero problema relativo alle Autorità indipendenti attiene non tanto ai singoli segmenti dei loro poteri, ma innanzi tutto al fatto che essi sono esercitati da un soggetto che non ha ricevuto una piena investitura politica.

Decisiva è cioè la questione concernente la legittimazione democratica del soggetto. Essa impone di spostare l'indagine dal piano oggettivo a quello soggettivo, atteso che il sistema delle Autorità, anche a prescindere dal tema delle matrici della legalità, deve essere compatibile con l'ordinamento nel suo complesso (e già si è anticipato che, pur a fronte di autorevole voci di segno opposto, la legalità-procedurale – “a valle” – non sembra in grado di colmare e compensare la lacuna “a monte” di democraticità).

Per altro verso, allargando lo sguardo, si intravede un ulteriore problema: se l'ordinamento “si appoggia” a un modello sistemico (nel senso che pone una disciplina ispirandosi a esso), adottandone la logica, quel modello deve essere utilizzato in modo coerente.

Dal primo punto di vista, è sufficiente ricordare che, se nel modello sistemico l'ampia gestione adattativa e flessibile dei “processi” giuridici da parte delle Autorità indipendenti di regolazione è fondata sull'*accountability* tecnica di tali soggetti, lo stesso rilievo non può valere nella logica ordinamentale, ove la sola legittimazione tecnica non risulta sufficiente, essendo viceversa necessaria una qualche *accountability* politica (art. 95, Cost.), ed è significativo che sia appunto questo il profilo meno convincente che emerge applicando le matrici della legalità¹⁰⁸.

Passando al secondo corno del problema (relativo all'impiego non coerente del modello e dell'approccio sistemico da parte dell'ordinamento che pure a esso pare ispirarsi), si può ricordare come l'utilizzo, da parte di talune Autorità, di strumenti di regolazione flessibile sia da salutare con favore in sostituzione di regole rigide e puntuali poste “dall'alto”, a condizione che tali strumenti consentano al soggetto chiamato ad applicarli la possibilità di discostarsi alla luce delle specificità della fattispecie concreta.

Con specifico riferimento alla regolazione dell'Anac in materia di contratti pubblici, si è criticata la circostanza che taluni atti regolatori (come le linee guida vincolanti) non potessero essere derogati dalle stazioni appaltanti¹⁰⁹. Ciò in-

¹⁰⁸ La stessa giurisprudenza ha più volte evidenziato che «nei settori regolati dalle Autorità, in assenza di un sistema completo e preciso di regole di comportamento con obblighi e divieti fissati dal legislatore, la caduta del valore della legalità sostanziale deve essere compensata, almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio» (corsivo dell'A.).

¹⁰⁹ Sia consentito rinviare a P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, cit.,

fatti implicava un ritorno alla logica istituzionale delle “regole” a discapito di una minore “competenza” del soggetto tecnicamente più attrezzato. In questa logica, le linee guida (vincolanti) trasfigurano in poteri para-normativi rispetto ai quali si (ri)attivano necessariamente le matrici della legalità¹¹⁰. L’obbligatorietà delle indicazioni contenute in questi atti non sembra peraltro del tutto coerente né con gli obiettivi di semplificazione ed efficienza del sistema, né con l’idea che un soggetto specializzato, pur autorevole e indipendente come l’Anac, deve dialogare con altri soggetti competenti che, in un sistema aperto, complesso e in divenire, devono poter decidere. Il disegno del legislatore sarebbe stato forse più coerente se avesse attribuito all’Anac la facoltà di emanare (solo) strumenti di regolazione non vincolanti: apparirebbe, infatti, più in linea col sistema la previsione di un soggetto molto specializzato che raccomanda e consiglia, piuttosto che un soggetto che si comporta come un “badante” che decide al posto dei soggetti sottoposti alla sua “cura”¹¹¹.

Infine, posto che il modello postula una marcata competenza tecnica, esso entrerebbe in crisi nell’ipotesi in cui le Autorità, smarrendo questo carattere, esprimessero propri indirizzi in senso lato politici.

Se il ricorso al modello sistemico non può giustificare deroghe sul piano dell’ordinamento generale, occorre nondimeno considerare che un assetto adeguato di sistema può anche essere raggiunto e/o preservato con l’uso sorvegliato dei poteri da parte delle Autorità all’interno di una corretta e continua “dinamica di processo”, secondo un incessante adattamento, sostenibile e responsabile, dell’esercizio delle funzioni, che tenga in debito conto i rapporti tra (e le esigenze di) politica, tecnica e mercato.

312 ss.

¹¹⁰ La dottrina sembra infatti concorde nel qualificare le linee guida vincolanti alla stregua di atti soggettivamente e oggettivamente normativi: cfr., G. MORBIDELLI, *Linee guida dell’Anac: comandi o consigli?*, cit., 287 ss. In termini analoghi, anche in ordine ai riflessi sul sindacato giurisdizionale, v. F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac*, cit., 403 ss.; M. TRIMARCHI, *Le fonti del diritto dei contratti pubblici*, cit., 864 ss.; M. P. CHITI, *Il nuovo codice dei contratti pubblici. Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, cit., 436 ss.

¹¹¹ Non è un caso che con il d.l. n. 32/2019, conv. in l. n. 55/2019, il legislatore sia nuovamente intervenuto per “restituire” alla fonte governativa rilevanti ambiti materiali della disciplina attuativa del codice dei contratti pubblici originariamente sottoposti alla regolazione vincolante dell’Anac: v. par. 1.

DONATO VESE
University of Oxford, Faculty of Law, Centre for Socio-Legal Studies
donato.vese@cls.ox.ac.uk

**STATO, MERCATO, NOMOS.
SULLA FUNZIONE DELL'AMMINISTRAZIONE NEL
SISTEMA PRODUTTIVO GLOBALE***

**STATE, MARKET, NOMOS:
RETHINKING THE ROLE OF ADMINISTRATION IN THE
GLOBAL PRODUCTION SYSTEM**

SINTESE

L'articolo mira ad analizzare le relazioni tra stato e mercato nel diritto amministrativo. In particolare, si intende sostenere come interessi legali di uguale o maggiore valore rispetto ad interessi economici nel sistema di produzione globale sono fondati sulla legislazione nazionale, europea e internazionale. In questa prospettiva, l'ecologia rappresenta un caso paradigmatico. Da questo punto di vista, si guarderà al rapporto tra economia ed ecologia a partire dalla derivazione comune (l'*oikos*) che lega i due termini ed attraverso l'opera di intermediazione del diritto (il *nomos*).

ABSTRACT

The article aims to analyse the relationship between state and market in the administrative law. I emphasise that the legal interests of equal or greater value than economic interests in the system of the global production are grounded on International, European and Italian legislation. Ecology matters as a paradigmatic case. From this point of view, I intend to stress the relationship between economics and ecology by discussing the common derivation (*i.e. oikos*) that links the two terms through the intermediation of law (*i.e. nomos*).

PAROLE CHIAVE: Potere economico, mercato, amministrazione, cattura del regolatore, ecologia.

KEYWORDS: Economic power, market, administration, regulatory capture, ecology.

INDICE: 1. Introduzione – 2. Mercato e potere economico – 3. Lo stato “catturato” dal mercato: il caso TAP – 4. Economia *versus* Ecologia: il dato ecologico nelle norme internazionali, europee ed italiane – 5. La giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo: la vicenda ILVA – 6. Conclusioni. Economia ed Ecologia?

* Desidero ringraziare Luca Perfetti e i due revisori anonimi per la loro lettura e i loro preziosi suggerimenti su una versione precedente di questo testo. Il testo, per la parte dedicata al diritto europeo e internazionale, è frutto dell’intenso dialogo che l’autore ha avuto con gli studiosi del Centre for Socio-Legal Studies dell’University of Oxford; anche a loro va il mio più sincero ringraziamento. Un sentito ringraziamento va, infine, a tutti i relatori del X Convegno di Studi Giuridici Urbino e particolarmente a Massimo Monteduro e Massimiliano Bellavista per le preziose indicazioni al testo della relazione da cui ho tratto spunto per l’elaborazione del presente articolo.

«Per quanto egoista si possa ritenere l'uomo, sono chiaramente presenti nella sua natura alcuni principi che lo rendono partecipe delle fortune altrui, e che rendono per lui necessaria l'altrui felicità, nonostante da essa egli non ottenga altro che il piacere di contemplarla».

A. SMITH, *Teoria dei sentimenti morali*,
(tr. it. a cura di S. Di Pietro), Milano, Bur, 1995, p. 81

«Moltiplicando la violenza attraverso la mediazione del mercato, l'economia borghese ha moltiplicato anche i propri beni e le proprie forze al punto che non c'è più bisogno, per amministrarle, non solo dei re, ma neppure dei borghesi: semplicemente di tutti».

M. HORKHEIMER - T.W. ADORNO, *Dialettica dell'illuminismo*,
(tr. di Renato Solmi), Torino, Einaudi, 2010, p. 49.

«Esiste un dominio sugli uomini che si regge su un fondamento economico. Se poi gli sfruttati e gli oppressi iniziano a difendersi, è ovvio che non lo possono fare con gli strumenti economici. Ed è altrettanto ovvio che i detentori del potere economico bollino come violenza e delitto ogni modifica «extraeconomica» della loro posizione di potere, e cerchino di impedirla».

C. SCHMITT, *Il concetto del politico*, in *Stato, Grande spazio, Nomos*,
(ed. it. a cura G. Gurisatti), Milano, Adelphi, 2015, p.72.

1. Introduzione.

In questo articolo mi propongo di ricostruire le dinamiche e valutare gli esiti che risultano dal confronto, oggi sempre meno trascurabile per il diritto amministrativo, tra la dimensione dell'amministrazione e dello stato da una parte e la dimensione economica e del mercato dall'altra.

Scopo del mio lavoro è di mostrare come nel sistema produttivo globale, a fronte della crescente sopravvalutazione dell'interesse economico, interessi di uguale se non di maggiore rilievo trovano oggi espressione nel diritto positivo internazionale, europeo ed italiano ed iniziano ad essere riconosciuti e tutelati anche dalla giurisprudenza.

Questo è il caso dell'interesse alla tutela delle risorse naturali del pianeta, dunque dell'ecologia.

Attraverso l'analisi di alcuni casi nazionali particolarmente esemplificativi si proverà a ricomporre il rapporto tra economia ed ecologia a partire dalla radice comune ad entrambe le dimensioni, l'*oikos*, e si tenterà di dimostrare come ciò possa realizzarsi attraverso l'opera mediatrice del diritto, il *nomos*.

Di ciò si terrà conto al fine di chiarire la funzione che l'amministrazione dovrebbe assumere nel sistema produttivo globale, in vista di salvaguardare le risorse naturali del pianeta ed assicurare la protezione dei diritti che su quelle risorse fanno inevitabilmente affidamento.

2. Mercato e potere economico.

È opportuno chiarire che, nel corso della trattazione, parlando di mercato intendo fare riferimento più precisamente al potere economico, di cui il mercato è una forma, evidentemente quella più importante e, se si vuole, per certi versi, più tangibile.

Del mercato ha offerto un'analisi fondamentale il filosofo scozzese Adam Smith che vale la pena riprendere almeno nei suoi snodi fondamentali. Secondo Smith il mercato è da considerarsi un sistema di decisioni decentrate fondate sulle molteplici negoziazioni degli operatori che in esso vi operano. In ogni negoziazione c'è una offerta e una domanda, e venditori e compratori prendono le loro decisioni sulla base di quello che gli stessi ritengono sia il proprio interesse. Dall'egoismo di ciascun individuo trarrebbe beneficio la società, perché il risultato ultimo di tale sistema di decisioni risulterebbe quello di tener bassi i prezzi, di assicurare un incentivo alla produzione di una grande varietà di beni e servizi e, infine, di consentire una distribuzione ottimale delle risorse. L'azione, come è noto, di quella che Smith definisce una *invisibile hand*¹.

Ma, che il potere economico sia in grado di agire in misura assai rilevante su altri poteri è un fatto che non può essere ignorato e che va al di là della presunta bontà della mano invisibile smithiana.

¹ A. SMITH, *The Wealth of the Nations*, tr. it. *La ricchezza delle nazioni*, Torino, UTET, 1975. Ciò che Smith intende porre in risalto è che, indipendentemente dalle motivazioni sottese al comportamento dei singoli individui, l'economia di mercato nel suo complesso riesce a funzionare in modo più o meno soddisfacente. I meccanismi di mercato operano come una «mano invisibile» che guida l'economia in modo da garantire quel benessere materiale che è precondizione indispensabile per una vita civile. In questa prospettiva l'impostazione smithiana sembra rifarsi alla celebre *Favola delle api* (1714) di Bernard de Mandeville, il quale sostiene che i vizi privati indirizzano le azioni dei singoli individui in modo da avere come esito le pubbliche virtù; di conseguenza non vi è da preoccuparsi se gli uomini non sono mossi da stimoli altruistici, ma dall'interesse personale. Proprio la tesi della mano invisibile, peraltro, ha dato adito ai suoi più duri critici di ritenere Smith uno strenuo sostenitore dell'*homo oeconomicus* moderno. Si tratta, in realtà, di una critica troppo severa e per certi versi non veritiera se si confronta l'opera sulla *Ricchezza* alla luce di quella sulla *Teoria dei sentimenti morali* dove il filosofo scozzese avanza una «morale della simpatia», per la quale l'individuo ricerca continuamente l'approvazione dei suoi simili. Tale propensione morale agisce da contrappeso alle motivazioni più egocentriche, così che il perseguimento dell'interesse personale si manifesta all'interno di un quadro di regole morali e giuridiche, dove queste ultime, secondo Smith, hanno purtuttavia scarsa efficacia se non sostenute dalle prime. Non è, d'altra parte, lo stesso Smith (cfr. *La ricchezza delle nazioni*, cit., 1. I, c. IX, p. II) a sostenere che il mercato è il luogo in cui «il desiderio delle comodità e degli ornamenti della casa, del vestire, dell'equipaggio e del mobilio» sembra non avere alcun limite o confine certo, nonostante «in ogni uomo il desiderio di cibo» risulti «limitato dalla limitata capacità dello stomaco». Fra i giuristi, per una reinterpretazione e riabilitazione di Smith si v. A. GIULIANI *Giustizia e ordine economico*, Milano, Giuffrè, 1997.

PA PERSONA E AMMINISTRAZIONE

Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia

In *Power. A new social analysis*, Bertrand Russell dedica a tal proposito un capitolo al potere economico². Russell spiega come il potere economico all'interno di uno stato, sebbene derivi da una legge e dall'opinione pubblica, acquisti agevolmente una certa indipendenza. Si osserva, in particolare, come il mercato possa influire con la corruzione sulla legge e con la propaganda sull'opinione pubblica; esso può, inoltre, costringere gli uomini politici ad obblighi che interferiscono con la loro libertà³.

In *The Modern Corporation and Private Property*, Bearle e Means spiegano come agli inizi del '900 negli Stati Uniti metà dell'industria sia controllata da poco più di duemila individui e come il concentramento dei poteri in vaste organizzazioni economiche permetta a queste società di trattare con lo stato ad un livello di sostanziale parità⁴.

Recentemente si è osservato che lo spazio globale, ove il mercato opera, non è governato da volontà, ma piuttosto da interessi ed è fondato essenzialmente su convenienze di tipo economico. Secondo questo condivisibile punto di vista, in sostanza, lo spazio globale opererebbe secondo il modello del mercato e non secondo il modello dello stato⁵. Questa su tutte, dunque, sarebbe la ragione per cui nel sistema produttivo globale non sarebbero gli stati a controllare il mercato ma, al contrario, sarebbe il mercato a controllare gli stati e le loro amministrazioni⁶.

Del resto, già Carl Schmitt aveva lucidamente previsto come l'egemonia del mercato fosse destinata a cancellare ogni distinzione e pluralità spaziale in un mondo unitario totalmente amministrato dalla tecnica e dalle strategie economiche transnazionali⁷. Un mondo dove la politica avrebbe ceduto il passo all'economia, lo stato al mercato.

² B. RUSSELL, *Power. A new social analysis*, tr. it. *Il potere. Una nuova analisi sociale*, Milano, Feltrinelli, V ed., 1981, pp. 88-99.

³ B. RUSSELL, *op. ult. cit.*, p. 91.

⁴ A.A. BEARLE - G.C. MEANS, *The Modern Corporation and Private Property*, New York, Revised Edition, Harcourt, Brace & World, Inc., XLVI, 1968, *passim*.

⁵ S. CASSESE, *C'è un ordine nello spazio giuridico globale*, in *Politica del diritto*, 1/2010, p. 139.

⁶ S. CASSESE, *Territori e potere*, Bologna, Il Mulino, 2016, p. 37. Sul punto, vale la pena di ricordare come per le agenzie di *rating* non sia mai stata adottata, né in ambito internazionale, né comunitario, né nazionale, una disciplina organica, preferendo un sistema di *self-government* (autoregolamentazione) basato sulla collaborazione delle agenzie, anche nell'adozione di un codice di autodisciplina che dovrebbe garantire autonomia e indipendenza di giudizio e che ha trovato sbocco nella formazione dell'*International Organization of Securities Commissions* (IOSCO). Tuttavia, il *Committee of European Securities Regulators*, ossia il Comitato delle Autorità europee di regolamentazione dei valori mobiliari, importante organo tecnico a livello comunitario, ha dato avvio ad una fase di studio e sperimentazione per mettere in campo una disciplina puntuale che regoli compiti, funzioni e limiti di tali agenzie.

⁷ C. SCHMITT, *Il concetto di politico*, in *Stato, Grande spazio, Nomos*, a cura di G. Gurisatti, Milano, Adelphi, 2015, pp. 33 ss., part. cap. VIII, pp. 66-74. Schmitt attacca apertamente l'«universalismo», la pianificazione e la globalizzazione che mirano all'unità tecnico-capitalistica del mondo e lasciano sullo sfondo non solo lo «Stato», ogni nazionalismo, ogni politica, ma anche ogni aspirazione ai «grandi spazi». La tesi di Schmitt è che l'uomo sia intimamente legato alla terra e che questo legame rappresenti il *nómos* supremo, vale a dire la suprema «legge» che viene distrutta dall'«universalismo» tecnico.

Non è un caso che il mondo del XXI secolo è teatro di alcune fra le più laceranti tensioni della storia: la globalizzazione e la crisi economica che ne è scaturita; gli ingenti flussi migratori di individui poveri che “bussano alle porte” del mondo ricco; il conflitto fra la forma culturale dell'Occidente, fino a poco tempo fa predominante, e il terrorismo di matrice islamica. La politica non è capace di offrire soluzioni efficaci a tali problemi; non sul piano internazionale, dove ogni sistema di collaborazione fra stati viene messo in discussione; né su quello interno, in cui lo stato e le sue organizzazioni amministrative hanno ceduto all'economia la gestione della società, limitandosi ad assicurare il funzionamento del mercato⁸.

Poi vi è l'enorme concentrazione della ricchezza che in tempi recenti ha raggiunto livelli mai verificatisi in passato. Sebbene già in tempi non sospetti lo stesso Russell⁹ aveva icasticamente notato che «[i]n ogni paese progredito la massa del potere economico appartiene a un piccolo gruppo di individui», recentemente l'OXFAM Oxford Committee for Famine Relief, organizzazione attiva nella lotta alla povertà e alle disuguaglianze, fornisce dati inquietanti sulla situazione relativa alla concentrazione della ricchezza nel Rapporto del 2019 dal significativo titolo *Public Good or Private Wealth?* diffuso alla vigilia del *meeting* annuale del *World Economic Forum* di Davos¹⁰.

Il Rapporto OXFAM 2019 è estremamente significativo ed esemplificativo perché mostra come il potere economico abbia raggiunto un grado di concentrazione senza precedenti. Secondo tale studio, a dieci anni dall'inizio della crisi finanziaria del 2008, i miliardari hanno notevolmente incrementato i loro patrimoni e la ricchezza si è sempre più concentrata in poche mani¹¹. Nel 2017 la ricchezza era concentrata nelle mani di 61 individui e nel 2018 nelle tasche di 46 miliardari. Nel 2019 solo 26 individui possedevano la ricchezza di 3,8 miliardi di persone, la metà più povera della popolazione mondiale. Il *trend* è netto e sembra inarrestabile. Si tratta di una situazione che, contrariamente a quanto si può pensare, non riguarda solo i paesi in via di sviluppo. In Italia, ad esempio, la tendenza all'aumento della concentrazione della ricchezza è evidente, tant'è che nel 2018 il 20% più ricco tra gli italiani possedeva circa il 72% dell'intera ricchezza nazionale, mentre salendo più in alto nella scala, il 5% della popolazione più ricca era titolare da sola della stessa quota di ricchezza posseduta dal 90% della porzione più povera della società.

A partire da quest'ultimi dati, occorre esaminare (i) la dimensione del rapporto tra stato e mercato, (ii) l'influenza che il potere economico esercita sullo stato e sull'amministrazione pubblica nel sistema produttivo globale, (iii)

⁸ Il declino della politica nello stato del XXI secolo è lucidamente analizzato da E. SEVERINO, *Il tramonto della politica. Considerazioni sul futuro del mondo*, Milano, BUR, 2018, 13 ss.

⁹ B. RUSSELL, *Power. A new social analysis*, cit., p. 94.

¹⁰ Cfr. Rapporto OXFAM *Bene pubblico o ricchezza privata?* (gennaio 2019) reperibile on-line al link: https://www.oxfamitalia.org/wp-content/uploads/2019/01/Bene-Pubblico-o-Ricchezza-Privata_Executive-Summary_Oxfam-2019.pdf, consultato in data 23 ottobre 2019.

¹¹ Per una documentata analisi sulla disuguaglianza mondiale dei patrimoni cfr. T. PIKETTY, *Le capital au XXI^e siècle*, tr. it. *Il capitale nel XXI secolo*, Milano, Bompiani, 2014, part. pp. 665 ss.

la logica per la quale ad oggi lo stato e con esso anche l'amministrazione pubblica sembrano assumere sempre più la funzione di apparati serventi essenzialmente il mercato anziché l'individuo.

3. Lo stato “catturato” dal mercato: il caso TAP.

Nelle pagine che seguono, proverò a dimostrare come il potere economico spesso agisca sull'amministrazione per un fine che non sembra essere quello di adempiere la soddisfazione e la protezione dei diritti delle persone, ma che potrebbe essere quello di escludere ogni altra logica che regoli i rapporti tra gli individui in una società all'infuori di quella economica¹².

In altre parole, scopo del mercato sembrerebbe essenzialmente quello di funzionalizzare i rapporti tra gli individui nella società alla sola logica dello scambio economico.

Per suffragare questa tesi sul versante giuridico si proverà a guardare alle leggi e ai provvedimenti emanati dagli organi dello stato centrale che consentono la realizzazione, da parte di un attore economico (privato o impresa), di un'opera di rilievo nazionale e che tuttavia abbia un certo impatto in termini di esternalità negative sulle comunità locali¹³.

¹² Cfr. G. ALPA, *La c.d. giuridificazione delle logiche dell'economia del mercato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, pp. 728-729, secondo il quale si può parlare anche di giuridificazione nel senso di «riduzione in termini formali di indirizzi economici, maturati dalle scelte politiche di natura macroeconomica». Secondo l'A., se l'idea è che il mercato possa esprimere delle “logiche”, si apre la questione se il legislatore – e gli altri attori della produzione normativa – debbano seguirlo, traducendo gli indirizzi economici, e le “esigenze del mercato” in disposizioni vincolanti, oppure se i produttori di norme possano (o debbano) correggere il mercato per prevenire effetti politicamente o socialmente non desiderabili. Sempre in argomento, cfr. G. ALPA, *Diritto e giuridificazione*, in M. COSTANZA (a cura di), *Oltre il diritto*, Padova, Cedam, 1994, p. 177 ss. Sulla giuridificazione in generale si v. G. TEUBNER, *Aspetti, limiti, alternative della legificazione*, in *Soc. dir.*, 1985, p. 7 ss.; G. TEUBNER, *Juridification of Social Spheres. A Comparative Analysis in the Areas of Labor, Corporate, Antitrust, and Social Welfare Law*, Berlin/New York, Walter de Gruyter, 1987, p. 4 ss.; G. TEUBNER, *Il Trilemma regolativo. A proposito della polemica sui modelli giuridici post-strumentali*, in *Pol. dir.*, 1987, p. 85 ss. Per il diritto amministrativo cfr. M. RAMAJOLI, *La giuridificazione del settore alimentare*, in *Dir. amm.*, 2015, p. 657.

¹³ Nella letteratura economica, il problema delle esternalità negative o diseconomie esterne viene affrontato essenzialmente secondo due punti di vista. In particolare, secondo la nota impostazione di A.C. PIGOU, *The Economics of Welfare*, London, Macmillan, 1920, al problema delle esternalità negative va posto rimedio attraverso l'intervento pubblico e autoritativo dello stato, mediante la tassazione delle esternalità medesime in modo da correggere l'inefficiente allocazione delle risorse in presenza di costi privati e sociali divergenti e fissando l'importo dei tributi sul danno stimato. Secondo un'altra e altrettanto nota impostazione, di cui è fautore G.J. STIGLER, *The Theory of Price*, New York, Macmillan, 1966, in tema di esternalità negative occorre fare leva sui meccanismi di (auto)regolazione del mercato come soluzione al fenomeno delle diseconomie esterne, applicando il teorema di Coase sui costi di transazione (per il citato teorema si può consultare l'edizione italiana, R.H. COASE, *Impresa, mercato e diritto*, Bologna, Il Mulino, 1995, p. 199 ss.). In particolare, in base all'impostazione stigleriana, se il fine è quello di evitare il maggior danno (il costo sociale), allora l'attenzione non deve incentrarsi esclusivamente sul produttore delle esternalità, ma deve focalizzarsi anche sul soggetto che subisce i costi dell'altrui attività, tenendo conto delle capacità negoziali potenziali di en-

Nella letteratura economica, come noto, tale fenomeno viene spiegato in modo convincente dalla teoria della *regulatory capture* di Georg Stigler. Secondo la teoria stigleriana, in questi casi accade spesso che l'attore privato, per via della forza di mercato di cui dispone, "catturi" gli organi istituzionali (stato e amministrazioni locali), che così sono spinti ad emanare leggi o provvedimenti favorevoli all'interesse perseguito dall'attore economico; e ciò anche se l'interesse economico privato vada palesemente a scapito di altri interessi della collettività¹⁴. La cattura del regolatore da parte del regolato consisterebbe nella legislazione favorevole che il primo emana per il secondo.

Che lo stato e l'amministrazione pubblica possano divenire preda del mercato è un'ipotesi tutt'altro che remota oggi¹⁵. Si possono fare molti esempi. Per limitare l'attenzione un caso significativo, la recente vicenda italiana del gasdotto *Trans Adriatic Pipeline* (TAP) è particolarmente esemplificativa del meccanismo appena descritto, anche perché coinvolge in una prospettiva multilivello organizzazioni nazionali, europee e internazionali. Concentrando l'attenzione sulle organizzazioni italiane coinvolte nella vicenda, possiamo osservare come l'emanazione di vari provvedimenti da parte degli organi centrali dello stato italiano, si inserisca in una logica in cui gli attori istituzionali vengono continuamente catturati dall'attore privato. E ciò, come è facile intuire, avviene per via del forte potere economico che l'attore privato esercita sui soggetti pubblici. Più in dettaglio, dunque, si può dire che il potere di mercato della società TAP, influenzando in modo considerevole l'attività di regolazione amministrativa, ha

trambi i soggetti. Per Stigler la presenza di esternalità negative non significa necessariamente che vi sia una inefficiente allocazione delle risorse. Egli sostiene che, se i privati sono in grado di contrattare volontariamente l'eliminazione degli effetti esterni, si possono raggiungere miglioramenti pareto-efficienti indipendentemente dall'intervento dei pubblici poteri. Tuttavia, per un'aspra critica all'impostazione stigleriana del teorema di Coase si v. D. MCCLOSKEY, *The Good Old Coase Theorem and the Good Old Chicago School: A Comment on Zerbe and Medema*, in S.G. MEDEMA, (ed.), *Coasean Economics: Law and Economics and the New Institutional Economics*, Boston, Kluwer, 1998, p. 239 ss.

¹⁴ Cfr. G.J. STIGLER, *The Theory of Economic Regulation*, in *Bell Journal of Economics*, 2, 1, 1971, 3-21; G.J. STIGLER, *Public Regulation of The Securities Markets*, in *The Journal of Business*, 1964, 117-142. Con la locuzione "cattura del regolatore" si suole indicare una situazione in cui gli organismi preposti alla regolamentazione di determinate attività (in genere *authorities* amministrative, ma anche altri enti all'uopo previsti), anziché perseguire l'interesse pubblico, agiscono invece in favore degli interessi privati o speciali dominanti nel settore oggetto della regolamentazione. La *regulatory capture* è essenzialmente una forma di *market failure*, poiché può generare gravi e incontrollati fenomeni di esternalità negative. La conseguenza immediata che tale fenomeno provoca è la perdita di neutralità, terzietà e oggettività, da parte degli organismi di regolamentazione, appannaggio di una spiccata interpretazione dei fenomeni e delle dinamiche di mercato molto vicina a quella delle imprese regolate.

¹⁵ G.J. STIGLER, *Mercato, informazione, regolamentazione*, 1994, Bologna, Il Mulino, pp. 349 ss. La teoria di Stigler si limita a parlare di cattura del regolatore da parte del regolato, ma si potrebbe ampliare la portata di tale teoria sino a immaginare un meccanismo di cattura dell'intera regolazione da parte del detentore del potere di mercato.

spinto gli attori istituzionali verso una sopravvalutazione degli interessi dell'attore privato e ad una sottovalutazione dell'interesse pubblico generale¹⁶.

Nella vicenda in questione, tra i principali provvedimenti emanati dal governo italiano che sono esemplificativi della *regulatory capture*, vanno menzionati:

i) il decreto del Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare n. 223 del 11 settembre 2014, con cui l'opera ha ricevuto il giudizio favorevole di compatibilità ambientale;

ii) il decreto del Ministero dello Sviluppo Economico, del 20 maggio 2015 con cui il gasdotto viene definito formalmente un'opera «strategica», «di interesse nazionale» ai sensi dell'art. 37, co. 1, del d.l. 12 settembre 2014, n. 133 (convertito in l. n. 164/2014) e di «pubblica utilità», in quanto permette l'arrivo in Italia di una nuova fonte di approvvigionamento di gas e incrementa «la sicurezza degli approvvigionamenti di energia per l'Italia e l'Europa»;

iii) la deliberazione del Consiglio dei Ministri del 29 aprile 2015 con cui si considera prevalente l'interesse economico alla realizzazione dell'opera rispetto all'interesse ambientale e turistico della popolazione locale.

Vero è che non può sottacersi come dietro il caso TAP si celi un potente fenomeno di mercato costellato da cospicui interessi economici dei vari attori in gioco. Basta operare una breve ricognizione del sistema societario di TAP per rendersene conto. Il progetto del gasdotto TAP fa parte del c.d. Corridoio meridionale del gas, un'infrastruttura internazionale che consentirebbe l'approvvigionamento energetico degli Stati europei tramite i giacimenti dell'Azerbaijan, affrancando così l'UE dalla fornitura di gas da parte di Russia e Libia. Dal punto di vista giuridico, il Corridoio meridionale del gas è costituito da una infrastruttura privata gestita da diverse società multinazionali aventi compiti di approvvigionamento, conduzione e manutenzione del gas proveniente dal giacimento azero di Shah Deniz. Tale giacimento è posseduto per la maggior parte (90% delle estrazioni) da un consorzio di importanti società petrolifere a livello mondiale¹⁷. A ciò va aggiunto che TAP, a sua volta, è una società partecipata da alcune importanti multinazionali¹⁸.

Da questa breve ricognizione, non è difficile comprendere come l'infrastruttura giuridica di TAP rappresenti un leviatano economico e giuridico il cui potere di mercato è senz'altro in grado di condizionare e vincolare lo stato e l'amministrazione pubblica in vista di raggiungere un obiettivo di mercato. E ciò, come detto, a prescindere dalla considerazione di qualsiasi altro interesse. Nella vicenda gli organi centrali dello stato italiano, nonostante la richiesta

¹⁶ Tant'è che in modo provocatorio si è condivisibilmente parlato di «strategia nazionale per utilità altrui». In questi termini, con ampi riferimenti e documentazione, sul caso TAP cfr. M. CARDUCCI, *Il gasdotto TAP e la «tirannia delle piccole decisioni»*, in *Poliarchie*, 2/2018, pp. 216-240.

¹⁷ Di queste fanno parte, la *State Oil Company Azerbaijan* (SOCAR), la *British Petroleum* (BP), la *Lukoil* e la *Turkish Petroleum*. A sua volta, la conduzione e la manutenzione dell'infrastruttura del megagasdoto lunga 4.000 km è affidata a diverse multinazionali: la *South Caucasus Pipeline* (SCP) per il territorio della Georgia; la *Trans-Anatolia Gas Pipeline* (TANAP) per quello della Turchia; ed infine la TAP per quello compreso fra Grecia, Albania e Italia.

¹⁸ La società TAP A.G. è partecipata dalle società BP per il 20%, SOCAR per 20%, SNAM per il 20%, da FLUXYS per il 19%, da ENAGAS per il 16% e infine da AXPO per il 5%.

avanzata in più occasioni e sedi dalle comunità e dagli enti locali di porre al centro dell'azione governativa la questione ambientale, hanno preferito salvaguardare l'interesse alla realizzazione dell'opera in nome della strategicità economica della stessa¹⁹.

Come abbiamo appena visto, dunque, il meccanismo per cui leggi o provvedimenti sono emanati dall'attore pubblico a beneficio dell'attore privato potrebbe essere spiegato alla luce della teoria della *regulatory capture*. Tuttavia, ciò che tale teoria non è in grado di spiegare nitidamente è il fine per il quale l'attore privato si risolve a catturare l'attore pubblico.

Ciò ha a che fare con la tesi che qui sto provando a sostenere, ossia quella in base alla quale nel sistema produttivo globale l'amministrazione e più in generale lo stato, quando è in gioco un forte interesse economico, divengono apparati essenzialmente serventi il mercato.

In termini più precisi, quando sono in gioco forti interessi economici, il mercato e la sua logica si servono degli apparati istituzionali, rendendoli in misura rilevante strumenti per un fine egoistico. Fine che, evidentemente, non è quello di adempiere il soddisfacimento dei diritti e dei bisogni della collettività, ma che sembra essere quello di sostituirsi a qualunque altra logica che governa i rapporti tra gli individui in una società, elevando così l'interesse economico a interesse preminente e riducendo gli altri interessi ad interessi recessivi²⁰.

Se si guarda nuovamente al caso TAP, si potrà osservare come nella vicenda in questione è sempre il potere economico ad informare l'azione degli attori istituzionali e ciò in vista di assicurare il soddisfacimento degli interessi esclusivi dell'attore privato che di quel potere è il portatore. A livello giuridico, come abbiamo visto, ciò si traduce nell'adozione di leggi, provvedimenti ed altre decisioni da parte dello stato e delle amministrazioni che, a fronte della presenza di altri interessi di pari importanza, privilegia esclusivamente l'interesse economico²¹.

Non è secondario ricordare come nel caso TAP il Governo italiano, nell'adottare i provvedimenti favorevoli alla realizzazione dell'opera, chiami in

¹⁹ Sul punto è interessante la lettura dell'articolo di R. MORINI, *TAP, la lobby del gas all'assalto dei politici per attraversare la Puglia col gasdotto*, pubblicato on-line sul giornale il FattoQuotidiano.it al sito <https://www.ilfattoquotidiano.it/2014/04/13/tap-la-lobby-del-gas-allassalto-dei-politici-per-attraversare-la-puglia-col-gasdotto/947267/>, consultato in data 13 febbraio 2020, dove si spiega la strategia di *lobbying* politica esercitata da Giampaolo Russo, *country manager* per l'Italia di TAP, sul Governo italiano per portare il metano dall'Azerbaijan nella penisola, attraverso il *Southern gas corridor*, il corridoio meridionale.

²⁰ Una lucida analisi di tale condizione è condotta da H. MARCUSE, *One-Dimensional Man. Studies in the Ideology of Advanced Industrial Society*, tr. it. *L'uomo a una dimensione: l'ideologia della società industriale avanzata*, Torino, Einaudi, 1967, p. 182, il quale osservava che «[s]oltanto nel medium della tecn[ica] l'uomo e la natura diventano oggetti fungibili di un'organizzazione. L'efficacia e la produttività universali dell'apparato nel quale essi sono inclusi occultano gli interessi particolari che organizzano l'apparato [...]. Il mondo tende a diventare materia di amministrazione totale, che assorbe in sé anche gli amministratori».

²¹ Per la rilevanza dell'interesse ecologico nella teoria delle decisioni amministrative, cfr. M. MONTEDURO, *Le decisioni amministrative nell'era della recessione ecologica*, in *Rivista AIC*, 2/2018 (05/04/2018) pp. 1-74, https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/1_2018_Monteduro.pdf, consultato il 29 ottobre 2019.

causa solo gli «*interessi economici e finanziari*», come avviene, ad esempio, per la valutazione di impatto economico dell'opera alla stregua dell'analisi costi-benefici, e non consideri invece importantissimi interessi, come quelli ecologici, che sono potentemente in via di emersione nel diritto internazionale, europeo e nazionale.

4. Economia versus Ecologia. Il dato ecologico nelle norme internazionali, europee ed italiane.

La vicenda italiana del gasdotto TAP rappresenta verosimilmente solo un piccolo tassello di un mosaico ben più ampio. Ciò che più interessa, a questo punto, è porre in luce il problema di ordine teorico che è alla base del fatto concreto che si è scelto di portare all'attenzione e di molte altre simili vicende.

Il processo attraverso il quale un interesse di livello pari o superiore all'interesse economico possa essere sacrificato con lo scopo di funzionalizzare l'amministrazione pubblica e con essa lo stato alla sola logica del mercato diviene un problema di non poco conto per la scienza giuridica. Tale processo chiamerebbe in causa il giurista, al quale si chiede di mettere in campo soluzioni in grado di risolvere, per quanto possibile, il funzionamento di un sistema (quello amministrativo) che appaia informato ad una simile logica.

Vero è che uno snodo fondamentale in questo contesto è rappresentato dai dati del diritto costituzionale, europeo e internazionale. Ed è qui, nel tessuto normativo della Costituzione e delle altre fonti europee e internazionali²², che si deve provare a ricercare una soluzione al problema. Ad oggi, se si guarda alle fonti internazionali, si può notare come il dato economico debba essere necessariamente confrontato con il dato ecologico. Su più livelli le fonti del diritto internazionale affermano l'indiscutibile centralità della questione ecologica, tanto da elevare la stessa ad obiettivo comune nell'agenda globale degli stati. Si pensi alla recente risoluzione sul *Global Pact for the Environment*²³, adottata

²² Nella letteratura internazionale cfr. P.M. DUPUY-J.E. VIÑUALES, *International Environmental Law*, II ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2018, pp. 8-12; P. SANDS et al., *Principles of International Environmental Law*, IV ed., Cambridge, Cambridge University Press 2018, pp. 29-32; U. BEYERLIN-T. MARAUHN, *International Environmental Law*, Oxford, Hart, 2011, pp. 7-8; D. HUNTER-J. SALZMAN-D. ZAELKE, *International Environmental Law and Policy*, IV ed., New York, Foundation Press, 2011, pp. 140-145; P. BIRNIE, A. BOYLE-C. REDGWELL, *International Law and the Environment*, 3 ed., Oxford, Oxford University Press, 2009 pp. 48-50.

²³ Cfr. General Assembly Resolution, *Towards a Global Pact for the Environment*, A/72/L.51 & Add.1(as amended by A/72/L.53), Doc A/RES/72/277 (10 May 2018), reperibile sul sito dell'ONU al seguente link: <https://undocs.org/en/A/72/PV.88> consultato in data 8 novembre 2019. La risoluzione è scaturita dall'iniziativa di un gruppo di oltre cento esperti di vari paesi, presieduto da Laurent Fabius, presidente del Consiglio Costituzionale francese, e coordinato da Yann Aguila, presidente della Commissione di diritto dell'ambiente dell'associazione Le Club des Juristes, che ha poi formalmente presentato un progetto per un trattato internazionale approvato il 23 giugno 2017. Il progetto sul Patto per l'Ambiente era stato fatto proprio dal Presidente della Repubblica Francese, Emmanuel Macron, che lo ha ufficialmente presentato all'ONU il 19 settembre 2017.

dall'ONU il 10 maggio 2018, dove viene dichiarato il ruolo centrale dell'ecologia per lo sviluppo economico degli stati²⁴. L'ecologia, dunque, assumerebbe nei propositi dell'ONU una rilevanza se non maggiore almeno pari a quella di altri valori²⁵.

Un altro documento internazionale fondamentale è rappresentato dall'Accordo di Parigi del 12 dicembre 2015 che, in vista di contenere l'aumento della temperatura media mondiale ben al di sotto di 2°C rispetto ai livelli preindustriali (art. 2, par. 1, lett. a), pone espressamente al centro dell'agenda comune dei paesi sviluppati la drastica riduzione delle emissioni in tutti i «settori dell'economia» (art. 4, par. 4)²⁶. A questo scopo nell'Accordo di Parigi si stabilisce che ciascuna parte, ove opportuno, dovrà impegnarsi in processi di pianificazione dell'adattamento e nell'attuazione di misure per la messa a punto e il rafforzamento di piani, politiche e contributi pertinenti, che, fra gli altri obiettivi, dovrebbero ottenere di «rendere resilienti i sistemi socioeconomici e ecologici» specialmente attraverso «la diversificazione economica» e «la gestione sostenibile delle risorse naturali» (art. 7, par. 9, lett. e).

Sul versante delle fonti UE, l'art. 3 TUE e l'art. 191 TFUE rappresentano senza dubbio norme basilari nelle politiche ecologiche e ambientali dell'Unione. L'art. 3, par. 3, TUE nel supportare le politiche del mercato interno negli stati membri, pone i valori dell'ecologia al centro del principio dello sviluppo sostenibile, che così dovrà basarsi su di una «crescita economica equilibrata» e su di «un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente». L'art.

Sul Patto mondiale per l'ambiente cfr. Y. AGUILA, J.E. VIÑUALES, *A Global Pact for the Environment: Conceptual foundations*, in *RECIEL*, 2019, pp. 1-10; nonché Y. AGUILA and J. E. VIÑUALES (eds.), *A Global Pact for the Environment: Legal Foundations* (Cambridge: C-EENRG, 2019); <https://www.terraqui.com/blog/wp-content/uploads/2019/07/Aguila-Vinuales-A-Global-Pact-for-the-Environment-Cambridge-Report-March-2019.pdf>, consultato in data 30 giugno 2020.

Inoltre, sempre sul Patto, cfr. *Global Perspectives on a Global Pact for the Environment*, Sabin Center for Climate Change Law, Columbia University, 20 September 2018; <http://blogs.law.columbia.edu/climatechange/2018/09/20/global-perspectives-on-a-global-pact-for-the-environment/>; consultato in data 30 giugno 2020.

²⁴ Cfr. General Assembly Resolution, *Towards a Global Pact for the Environment*, cit., che, riprendendo la Dichiarazione ONU sull'ambiente umano di Stoccolma del 1972, afferma: «*human development, anchored in the environment, at the centre of the economic development of countries*». In tal senso, particolare importanza rivestono le parole della rappresentante per la Siria Mrs. Shurbaji, dove si afferma come tutte le nazioni «*must focus on achieving sustainable development in its three dimensions: economic, social and environmental*», collocando, quindi, il dato ambientale sullo stesso piano di quello dell'economia.

²⁵ Un altro importante documento è il *Transforming the World: the 2030 Agenda for Sustainable Development* (c.d. Agenda 2030) adottato dall'ONU nel settembre 2015. L'Agenda 2030 riunisce le politiche ecologiche degli stati al fine di garantire, nell'arco temporale 2015-2030, uno sviluppo capace di raggiungere obiettivi di prosperità e benessere condivisi e a beneficio dell'intera società, senza compromettere l'ambiente e garantendo un mondo pacifico e solidale.

²⁶ Cfr. Accordo di Parigi, GU L 282 del 19 ottobre 2016, pp. 4-18, reperibile al link <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/the-paris-agreement>, consultato in data 11 novembre 2019.

191, par. 3, TFUE è altrettanto rilevante perché indirizza la sua politica in materia ambientale tenendo conto, tramite una scala di valori di crescente importanza, delle «condizioni dell'ambiente nelle varie regioni dell'Unione», prima che dell'interesse degli stati allo «sviluppo socioeconomico».

Per quanto riguarda le fonti e gli altri atti comunitari più recenti, è particolarmente interessante l'Agenda Strategica dell'UE 2019-2024,²⁷ adottata dal Consiglio europeo il 20-21 giugno 2019, dove, in un'ottica innovativa, l'Unione europea pone al centro della sua azione politica «una profonda trasformazione dell'economia» come scopo comune dei Paesi membri in vista di «raggiungere la neutralità climatica».²⁸

Di indubbia rilevanza sono anche la Comunicazione della Commissione europea dell'8 marzo 2011²⁹ e il Regolamento UE n. 347/2013,³⁰ che pongono le basi giuridiche per sviluppare, entro il 2050, un'economia a basse emissioni di carbonio. La Comunicazione del 2011 tocca tutti i settori dell'economia, stabilendo in dettaglio gli obiettivi di riduzione di CO₂, mentre il Regolamento UE n. 347/2013 prevede, in modo particolarmente innovativo, che lo sviluppo delle interconnessioni energetiche debba avvenire tenendo conto non solo dei profili economici, ma anche degli aspetti ecologici e ambientali, così ponendo i

²⁷ Su cui si può cfr. il documento “Una nuova Agenda strategica 2019-2024” reperibile al link <https://www.consilium.europa.eu/media/39937/a-new-strategic-agenda-2019-2024-it.pdf> consultato in data 8 novembre 2019.

²⁸ Nell'Agenda strategica si legge: «ora che gli effetti dei cambiamenti climatici stanno diventando più visibili e pervasivi, dobbiamo intensificare urgentemente le nostre azioni per gestire questa minaccia esistenziale. L'UE può e deve svolgere un ruolo guida al riguardo, intraprendendo una profonda trasformazione dell'economia e della società per raggiungere la neutralità climatica [...]. La transizione climatica offrirà una reale opportunità per modernizzarci e al tempo stesso diventare leader globali in un'economia verde».

²⁹ Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni: «Una tabella di marcia verso un'economia competitiva a basse emissioni di carbonio nel 2050», (COM(2011) 112 final, dell'8 marzo 2011. La Comunicazione prevede che tutti i settori dovranno contribuire alla transizione verso un'economia a basse emissioni di carbonio e la Tabella di marcia per il 2050 stabilisce i contributi di diversi settori. Il settore energetico dovrà eliminare quasi totalmente le emissioni di CO₂ entro il 2050, soprattutto producendo elettricità da fonti rinnovabili usando tecnologie esistenti e più all'avanguardia. Il settore dei trasporti dovrà ridurre le emissioni di più del 60 % diventando più sostenibile grazie a una maggiore efficienza dei veicoli, all'uso di veicoli elettrici e di energia più pulita. Il settore immobiliare dovrà ridurre le sue emissioni attuali di circa il 90 % attraverso miglioramenti nell'efficienza energetica degli edifici. Il settore industriale dovrà ridurre le proprie emissioni di gas serra di più dell'80% attraverso processi più efficienti, efficienza energetica, riciclo e nuove tecnologie. Il settore agricolo dovrà ridurre le emissioni del 42-49 % attraverso un insieme di nuove tecniche, fra cui una dieta più sana con meno consumo di carne.

³⁰ Cfr. Regolamento UE n. 347/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 aprile 2013 sugli orientamenti per le infrastrutture energetiche transeuropee e che abroga la decisione n. 1364/2006/CE e che modifica i regolamenti (CE) n. 713/2009, (CE) n. 714/2009 e (CE) n. 715/2009.

secondi esattamente sullo stesso gradino dei primi nella procedura di valutazione costi-benefici³¹.

Particolare rilievo rivestono anche la Comunicazione del 27 aprile 2017 dal titolo «*Un piano d'azione per la natura, i cittadini e l'economia*»³² e la Comunicazione del 13 febbraio 2012 dal titolo «*Bioeconomia per l'Europa*»³³. Questi documenti hanno il pregio di delineare una strategia di ampio respiro che mira a portare gli Stati dell'UE verso un uso maggiore e più sostenibile delle risorse rinnovabili per far fronte alle sfide ambientali, energetiche e sulla sicurezza alimentare. Nelle Comunicazioni emerge nitidamente un nuovo ruolo dell'Europa: costruire un'economia più innovativa e a basse emissioni inquinanti, ponendo sempre più al centro della sua azione l'ecologia attraverso un uso sostenibile delle risorse biologiche rinnovabili nell'industria e garantendo la biodiversità e la tutela dell'ambiente sul tutto il territorio comunitario.

Va ora posta l'attenzione sul dato costituzionale³⁴. Se si guarda alle norme della Costituzione italiana si troverà conferma del fatto che in nessun caso la carta fondamentale abbia inteso assegnare un valore preminente alla dimensione economica e al mercato, tale da rivolgere interamente i compiti dello stato e dell'amministrazione alla realizzazione di uno scopo meramente economico e tale per cui l'amministrazione e lo stato stessi diventassero essenzialmente strumenti in mano al mercato per fini suoi propri³⁵.

³¹ In tal senso cfr. Regolamento UE n. 347/2013, cit., considerando n. 27 dove si afferma come nella pianificazione delle diverse reti europee occorre «*ridurre al minimo gli impatti negativi socio-economico-ambientali e finanziari*».

³² Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni: «*Un piano d'azione per la natura, i cittadini e l'economia*» COM(2017) 198 final del 24 aprile 2017.

³³ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni: «*L'innovazione per una crescita sostenibile: una bioeconomia per l'Europa*» COM(2012) 60 final del 13 febbraio 2012.

³⁴ Va dato atto di come sul fronte delle fonti ordinarie anche il legislatore italiano si sta muovendo nella direzione della rivalutazione dell'interesse ecologico. In tal senso va richiamata, ad esempio, la legge 28 dicembre 2015, n. 221 riguardante le «*Disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di green economy e per il contenimento dell'uso eccessivo di risorse naturali*» (G.U. n. 13 del 18 gennaio 2016), dove all'art. 71, nella prospettiva della rivalutazione del rapporto interesse economico/interesse ecologico prevede l'istituzione e la promozione della «*oil free zone*», ossia un'area territoriale nella quale, entro un determinato arco temporale e sulla base di specifico atto di indirizzo adottato dai comuni del territorio di riferimento, si prevede la progressiva sostituzione del petrolio e dei suoi derivati con energie prodotte da fonti rinnovabili. È interessante notare come la legge dica espressamente che la *oil free zone* serva per la «*progressiva fuoriuscita da una economia basata sul ciclo del carbonio*», oltre che per raggiungere gli standards europei in materia di sostenibilità ambientale.

³⁵ Che l'amministrazione non (debba) risponde(re) unicamente a logiche di mercato viene affermato non solo in campo giuridico, ma anche in ambito economico. In tal senso, cfr. L. VON MISES, *La burocrazia*, Milano, Rusconi, 1991, p. 65 ss., dove si ricorda come la gestione burocratica è una gestione tenuta ad osservare norme e regolamenti dettagliati, fissati dall'autorità di un organismo superiore. Compito del burocrate è di «*eseguire ciò che queste norme e regolamento gli ordinano di fare [...]. La gestione di mercato, o sistema di profitto, è la gestione guidata della ricerca del profitto. Il fine della gestione di mercato è la realizzazione di un profitto [...]. [I]l successo o il fallimento nel conseguire questo fine possono essere accertati mediante la contabilità [...]. Gli obiettivi della P.A.*

Se si leggono le disposizioni dell'art. 41 Cost., ci si accorgerà come la Costituzione non abbia inteso assegnare al potere economico e al mercato un valore di tal fatta³⁶. Sebbene la norma esordisca stabilendo il principio della libera iniziativa economica dei privati, al capoverso successivo è precisato come tale iniziativa non possa mai svolgersi in contrasto con «l'utilità sociale», né in modo da arrecare danno alla «sicurezza», alla «libertà» e alla «dignità umana».

Se poi si inserisce tale norma in un quadro interpretativo globale e unitario della Costituzione, non si potrà non cogliere la straordinaria forza che i principi costituzionali contenuti nei primi articoli della carta fondamentale esplicano a sostegno di un generale ripensamento e ridimensionamento del posto assegnato alla dimensione economica e al mercato da parte della Costituzione repubblicana.

Da questa prospettiva, l'art. 41 andrebbe interpretato alla luce dell'art. 2, dove la Costituzione stabilisce il principio solidaristico con il quale la Repubblica, nell'ambito del riconoscimento («riconosce») e della garanzia («garantisce») dei diritti inviolabili dell'uomo, «richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale», collocando il potere economico e il

non possono essere misurati in termini monetari e non possono essere sottoposti a controllo per mezzo di metodi di contabilità [...]. Nella pubblica amministrazione non c'è alcuna connessione fra entrate e uscite» (p. 66). Nella pubblica amministrazione «non c'è alcun prezzo di mercato per i risultati conseguiti» (p. 66). Questo rende indispensabile far funzionare gli uffici pubblici secondo «principi del tutto differenti da quelli applicati nel sistema di profitto» (p. 67). Secondo Von Mises, infine, «sistema burocratico è il metodo applicato nella condotta degli affari amministrativi il cui risultato non ha, sul mercato, valore in moneta» (p. 67).

³⁶ L'art.41, comma 2, della Costituzione Italiana, non dovrebbe essere interpretato come 'limite' che restringe l'ambito entro il quale la libertà di iniziativa economica è destinata ad operare, ma intende piuttosto affermare la priorità di valori che dovrebbero essere salvaguardati nelle modalità con cui si svolge l'attività economica. Si pensi, nel diritto amministrativo, al caso della segnalazione certificata di inizio attività (s.c.i.a.) disciplinata agli artt. 19 ss. della Legge 8 agosto 1990, n. 241. In questo istituto, il procedimento di controllo delle attività sottoposte a s.c.i.a. è finalizzato a dirimere i possibili 'conflitti' cui può dare origine il perseguimento dell'utilità economica da parte dei privati. Tuttavia, il perseguimento del fine economico da parte dei privati interessati all'avvio delle proprie attività si dovrà confrontare in modo 'dialettico' con gli interessi individuali e sociali di altri soggetti, fra cui, evidentemente, quelli dei cc.dd. terzi controinteressati, facendo così dell'autorità preposta a ciò (la pubblica amministrazione nazionale o locale) l'organo giuridico cui la legge demanda il controllo delle attività economiche dei privati. Su questo argomento, si v. F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, III ed., Torino, Giappichelli, 2012, pp. 28-29. Più in generale, sull'argomento del "terzo" nei rapporti amministrativi si v., fra gli altri, R. RESTA, *L'efficacia riflessa degli atti amministrativi negoziali e la competenza del giudice civile*, in *Giur. it.*, 1937, 642 ss.; F.P. MASTROPASQUA, *Il concetto di "terzo" in diritto amministrativo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1940, 372 ss.; U. FRAGOLA, *Eccesso di potere e riflessione degli atti amministrativi*, in *Foro it.*, 1948, p. 74 ss.; A. TIGANO, *Considerazioni critiche in tema di intervento del terzo nel processo amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, p. 1988 ss.; G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1962, *passim*; L. DE LUCIA, *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi. Saggio sul diritto amministrativo multipolare*, Torino, Giappichelli, 2005, *passim*; F. TRIMARCHI BANFI, *Il "terzo" nel diritto amministrativo: a proposito di semplificazioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 25 ss.; G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo. Dalla legalità ai diritti*, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli, 2016, *passim*.

mercato all'interno di un progetto più ampio, teso a realizzare proprio quei doveri oltre che a livello politico e sociale anche a livello economico.

Vero è che non si può più negare, come emerge nitidamente dalla letteratura giuridica, che la tutela dell'ambiente³⁷ e più in generale dell'interesse ecologico³⁸ costituiscano diritti inviolabili dell'uomo, oltre che degli altri esseri viventi, costituzionalmente tutelati (sulla base dell'interpretazione che si può ricavare dagli artt. 9, 32 e 117, comma 2, lett. s Cost.).

Se così è, rileggendo la disposizione dell'art. 2 Cost., ritengo che debba considerarsi un dovere inderogabile dello stato e della sua organizzazione amministrativa quello di adempiere al soddisfacimento dei diritti legati alla tutela dell'ambiente e dell'interesse ecologico.

³⁷ Sull'argomento della tutela dell'ambiente nella letteratura italiana, si v. M.S. GIANNINI, *Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, p. 15 ss.; E. CAPACCIOLI, F. DAL PIAZ, *Ambiente (Tutela dell')*, *Nss. D. I., App.*, 1980, p. 258; A. PREDIERI, *Paesaggio, Enc. dir.*, Milano, 1981, XXXI, p. 502 ss.; M. CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano, Giuffrè, 2000; B. CARAVITA DI TORITTO, *Diritto dell'ambiente*, Bologna, Il Mulino, 2005; M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente. Come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino, Giappichelli, 2007; D. PORENA, *La protezione dell'ambiente tra Costituzione italiana e "Costituzione globale"*, Torino, Giappichelli, 2009; G. CORDINI, *Diritto ambientale comparato*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, P. Dell'Anno e E. Picozza, (a cura di), Padova, Cedam, I, 2012, p. 101 ss.; S. GRASSI, *Problemi di diritto costituzionale dell'ambiente*, Milano, Giuffrè, 2012.

Nella letteratura straniera, si v. P.-M. DUPUY, *Où en-est le droit de l'environnement à la fin du siècle?*, in *Revue générale de droit international public*, 1997, p. 873 ss.; A. EPINEY, M. SCHEYL, *Strukturprinzipien des Umweltvölkerrechts*, Baden-Baden, Nomos, 1998; A. BOYLE, D. FREESTONE (eds), *International Law and Sustainable Development*, Oxford, Oxford University Press, 1999; N. DE SADELEER, *Essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes en droit de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 1999; D.R. BOYD, *The Environmental Rights Revolution, A Global Study of Constitutions, Human Rights, and the Environment*, University of British Columbia Press, 2011; K. GEHNE, *Nachhaltige Entwicklung als Rechtsprinzip*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011; C. VOIGT, *Sustainable Development as a Principle of International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009; J.R. MAY, E. DALY, *Global Environmental Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014; J.E. Viñuales, *La Protección Ambiental en el Derecho Internacional Consuetudinario*, in *Revista Española de Derecho Internacional*, 69/2, 2017, p. 71 ss.; J. JUSTE RUIZ, V. BOU FRANCH, F. PEREIRA COUTINHO (eds.), *Desarrollo Sostenible y Derecho Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018;

³⁸ Sul tema della tutela dell'interesse ecologico nella letteratura italiana, anche per l'ampia letteratura (nazionale e non) che vi si può trovare, si v. M. MONTEDURO, *Environmental Law and Agroecology. Transdisciplinary Approach to Public Ecosystem Services as a New Challenge for Environmental Legal Doctrine*, in *European Energy and Environmental Law Review*, 2013, 22, 1, p. 2 ss.

Nella letteratura straniera si v. C. MERCHANT, *The Death of Nature: Women, Ecology, and the Scientific Revolution*, San Francisco, Harper & Row, 1980; tr. it. *La morte della natura. Le donne, l'ecologia e la rivoluzione scientifica*, Milano, Garzanti, 1988; F. OAKLEY, *Natural Law, Laws of Nature, Natural Rights: Continuity and Discontinuity in the History of Ideas*, New York, Continuum, 2005; L. DASTON, M. STOLLEIS, *Natural Law and Law of Nature in Early Modern Europe*, Farnham, Ashgate, 2008; M. PRIEUR, G. SOZZO, *La Non-Régression en Droit de l'Environnement*, Bruxelles, Bruylant, 2012; N. ROBINSON, *Evolved Norms: A Canon for the Anthropocene* in C. Voigt (ed), *A Rule of Law for Nature*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 46-72; L. NADER, *Naked Science: Anthropological Inquiry into Boundaries, Power, and Knowledge*, London-New York, Routledge, 2014.

5. La giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: la vicenda ILVA.

Il dato fornito dal diritto positivo appena esaminato è rafforzato dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (d'ora in poi Corte EDU).

Per limitare l'esposizione ad un caso particolarmente significativo per l'Italia, si può prendere in esame la recentissima vicenda che ha interessato la Corte EDU nella causa *Cordella and Others v. Italy*³⁹. In questa causa, la Corte EDU ha affrontato la spinosa questione della contrapposizione fra interessi economici e interessi ambientali ed ecologici, rimarcando l'importanza dell'interesse ambientale/ecologico a fronte dell'interesse economico in vista della tutela di ulteriori interessi, come quello alla salute, che poggiano sulla salvaguardia del primo⁴⁰.

Nel caso di specie, la Corte di Strasburgo⁴¹, decidendo all'unanimità sulla base di un'altra vicenda italiana⁴², ha dichiarato la violazione dell'art. 8 della

³⁹ Cfr. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, causa 24 gennaio 2019, nn. 54414/13 e 54624/15, *Cordella e al. v. Italia*.

⁴⁰ Va detto, sul punto, come anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE), sentenza del 31 marzo 2011, caso C-50/10, *Commissione v. Italia*, ha dichiarato responsabile l'Italia per essersi sottratta agli obblighi cui era tenuta in forza della direttiva 2008/1/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla prevenzione e alla riduzione integrate dell'inquinamento. La CGUE, nel caso di specie, rilevò che l'Italia aveva ommesso di adottare le misure necessarie che avrebbero permesso alle autorità competenti di controllare che gli impianti industriali esistenti funzionassero conformemente a un sistema di autorizzazioni previsto da questa stessa direttiva.

⁴¹ La Corte EDU ha spiegato come i ricorrenti non abbiano a loro disposizione un rimedio efficace che consenta loro di sollevare dinanzi alle autorità nazionali dei ricorsi riguardo al fatto che sia impossibile ottenere misure per garantire la decontaminazione e la bonifica delle aree pertinenti.

⁴² Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, causa 19 febbraio 1998, n. 14967/89, *Guerra e altri c. Italia*. Il caso in questione trae origine da un ricorso presentato alla Commissione, nell'ottobre 1988, da quaranta cittadine italiane. Le ricorrenti risiedono nella città di Manfredonia (Foggia), ad un chilometro dalla quale si trova lo stabilimento chimico Enichem Agricoltura S.p.A., situato nel territorio del comune di Monte Sant'Angelo. Nel 1988, la fabbrica fu classificata ad alto rischio, in applicazione dei criteri stabiliti dal d.P.R. del 18 maggio 1988, n. 175, con il quale era stata recepita la nota direttiva Seveso (Dir. 82/501/CEE), riguardante i rischi di incidenti gravi connessi a determinate attività industriali pericolose. Le ricorrenti affermano che durante il suo ciclo produttivo la fabbrica avrebbe liberato nell'atmosfera grandi quantità di sostanze pericolose e per tale motivo lamentavano dinanzi alla Corte EDU, fra gli altri, la violazione dell'art. 8 CEDU. Secondo la Corte EDU l'incidenza diretta di emissioni nocive sul diritto dei ricorrenti al rispetto della propria vita privata e familiare porta a concludere per l'applicabilità dell'articolo 8 (§58). Va osservato come la Corte di Strasburgo, nella vicenda in questione, abbia avuto il merito di ampliare l'applicazione dell'art. 8 CEDU non solo ai comportamenti dolosi dello stato, ma anche a quelli omissivi. Secondo la Corte EDU, infatti, se l'art. 8 ha essenzialmente ad oggetto la tutela dell'individuo contro le arbitrarie ingerenze dei pubblici poteri, esso non si limita ad imporre allo stato di astenersi da tali ingerenze: a questo impegno meramente negativo, possono aggiungersi degli obblighi positivi inerenti ad un rispetto effettivo della vita privata o familiare (cfr., sul punto, sentenza la Corte EDU, causa 9 ottobre 1979, *Airey c. Irlanda*, serie A, n. 32, §32).

Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (d'ora in poi CEDU) sul «Diritto al rispetto della vita privata e familiare» e dell'art. 13 della CEDU sul «Diritto a un ricorso effettivo»⁴³ nella nota vicenda dell'acciaieria ILVA di Taranto.

Nella vicenda in questione, numerosi ricorrenti avevano denunciato gli effetti delle emissioni tossiche prodotte dall'acciaieria ILVA sull'ambiente e sulla loro salute, portando all'attenzione dell'opinione pubblica e delle autorità competenti l'inefficacia dei rimedi posti in campo dalla legislazione italiana.

La Corte EDU, risolvendo il caso in favore dei ricorrenti, ha affermato come la persistenza di una situazione di inquinamento, derivante dall'intensa attività economica di produzione da parte dell'acciaieria ILVA, abbia compromesso gravemente l'ambiente e messo a repentaglio la salute dei ricorrenti e, più in generale, quella dell'intera popolazione residente nelle aree a rischio. In quest'ottica, la Corte EDU, ha osservato come i danni gravi arrecati all'ambiente possano compromettere il benessere delle persone e privarle del godimento del loro domicilio in modo tale da nuocere alla loro vita privata⁴⁴.

A questo proposito, la Corte di Strasburgo rammenta anche che, nelle cause in cui la nozione di soglia di gravità è stata specificamente esaminata in materia ambientale, la Corte ha ritenuto che una pretesa legale dal punto di vista dell'art. 8 CEDU può sorgere laddove un rischio ecologico raggiunga un li-

Per la versione italiana del caso *Guerra e altri c. Italia* si v. il seguente link <http://www.dirittiuomo.it/sentenza-19-febbraio-1998> consultato in data 7 marzo 2020.

⁴³ Sulla rilevanza della CEDU per il diritto amministrativo e processuale amministrativo italiano cfr. ad es. C.E. GALLO, *La Convenzione europea per i diritti dell'uomo nella giurisprudenza dei giudici amministrativi*, in *Dir. amm.*, 1996, p. 499 ss.; G. GRECO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto amministrativo in Italia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2000, p. 25 ss.; A. TRAVI, *L'influenza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sull'evoluzione del controllo giurisdizionale*, in *AIPDA, Il diritto amministrativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Annuario 2007, Milano, Giuffrè, 2008, p. 291 ss.; S. MIRATE, *Giustizia amministrativa e Convenzione europea dei diritti dell'uomo. L'«altro» diritto europeo in Italia, Francia e Inghilterra*, Napoli, ESI, 2007; F. MANGANARO, *Il potere amministrativo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, p. 428 ss.; M. ALLENA, *L'art. 6 cedu come parametro di effettività della tutela procedimentale e giudiziale all'interno degli stati membri dell'unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2012, p. 267 ss.

Nella dottrina europea, cfr. ad es. P. CRAIG, *The Human Right Act, Article 6 and Procedural Rights*, in *Publ. L.*, 2003, p. 753 ss.; C. FORSYTH, *Procedural Justice in Administrative Proceedings and art. 6(1) of European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms*, in *Cambr. L. Journ.*, 2003, p. 244 ss.; F.J. RODRIGUEZ PONTÓN, *Las articulaciones de las garantías administrativas y jurisdiccionales en el sistema del CEDH*, Navarra, 2005; D.J. HARRIS, M. O'BOYLE, C. WARBRICH, *Article 6: the Right to a Fair Trial*, in *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2009; J.C. BONICHOT, *L'application de l'article 6 § 1 de la C.E.D.H. aux autorités de régulation : la position du Conseil d'Etat*, in *Petites Affiches*, 2000, p. 3 ss.; J.F. BRISSON, *Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation et l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *AJDA*, 1999, p. 847 ss.; G. POLIS E M.R. STAFFEN, *Circulação de modelos jurídicos: a influência da corte europeia de direitos humanos na ideia brasileira de razoável duração do processo*, in *Rev. da Univ. Católica de Brasília*, 2017, p. 237 ss.

⁴⁴ Cfr. Corte EDU, *Cordella e al. v. Italia*, 24 gennaio 2019, nn. 54414/13 e 54624/15, § 157 dove è detto «*La Cour rappelle que des atteintes graves à l'environnement peuvent affecter le bien-être des personnes et les priver de la jouissance de leur domicile de manière à nuire à leur vie privée*». Nello stesso senso cfr. Corte EDU, *López Ostra c. Spagna*, 9 dicembre 1994, serie A n. 303-C, § 51.

vello di gravità tale dal ridurre la capacità del ricorrente di godere del proprio domicilio o della propria vita privata o familiare⁴⁵.

Nella vicenda ILVA, la Corte EDU ha affermato che le autorità nazionali non sono riuscite a prendere tutte le misure necessarie per proteggere efficacemente il diritto dei ricorrenti al rispetto della loro vita privata, sacrificando gli interessi ambientali e sanitari a fronte degli interessi di natura economica.

In base al diritto convenzionale europeo, è evidente che gli stati ed i loro governi abbiano anzitutto l'obbligo positivo, specialmente nel caso di un'attività pericolosa, di mettere in atto una legislazione adattata alle specificità di tale attività e al livello di rischio che potrebbe derivarne. Tale legislazione deve disciplinare «*l'autorizzazione, la messa in funzione, lo sfruttamento, la sicurezza e il controllo dell'attività in questione*», nonché imporre l'adozione di misure di ordine pratico idonee ad assicurare la salvaguardia effettiva dei soggetti «*la cui vita rischia di essere esposta ai pericoli inerenti al settore in causa*»⁴⁶.

Va osservato come, a fronte di numerose raccomandazioni scientifiche in campo ambientale e sanitario fornite da organismi indipendenti in vari report ufficiali, il Governo italiano abbia adottato molteplici provvedimenti amministrativi tesi a preservare gli interessi economici della società privata ILVA⁴⁷, incorrendo nel problema della *cattura del regolatore* descritto nel caso TAP⁴⁸.

⁴⁵ Cfr. Corte EDU, *Cordella e al. v. Italia*, § 157, dove è aggiunto «*L'appréciation de ce niveau minimum dans ce type d'affaires est relative et dépend de l'ensemble des données de la cause, notamment de l'intensité et de la durée des nuisances ainsi que de leurs conséquences physiques ou psychologiques sur la santé ou la qualité de vie de l'intéressé*». Sull'argomento anche cfr. Corte EDU, *Fadeïeva c. Russie*, n. 55723/00, précité, §§ 68 et 69; Corte EDU *Dubetska et autres c. Ukraine*, n. 30499/03, § 105, 10; Corte EDU, février 2011, et *Grimkovskaya c. Ukraine*, n. 38182/03, § 58, 21 juillet 2011.

⁴⁶ Cfr. Corte EDU, *Cordella e al. v. Italia*, cit., § 159. Sullo stesso punto cfr. Corte EDU, *Oneryildiz c. Turchia*, n. 48939/99, § 90; Corte EDU, *Brincat e altri c. Malta*, 24 luglio 2014, nn. 60908/11, §§ 101-102.

⁴⁷ La CEDU ha esaminato diversi rapporti scientifici che ponevano al centro l'attività economica di produzione di acciaio da parte di ILVA s.p.a. ed i rischi per l'ambiente e la salute degli abitanti di Taranto e delle altre zone limitrofe. Tra questi documenti degni di nota sono:

1. Il Rapporto del Centro europeo ambiente e salute (organismo dell'OMS) che nel 1997 pubblicò una relazione che mostrava una situazione di rischio per la salute della popolazione residente nei comuni che erano stati classificati «*ad elevato rischio di crisi ambientale*», soprattutto a causa dell'inquinamento industriale generato dall'Ilva per il periodo 1980-1987. Un altro rapporto dello stesso organismo, pubblicato nel 2002, aggiornò i risultati di questo primo rapporto fino al 1994. In base a questo secondo rapporto, il tasso di mortalità maschile per tumori nella zona di Taranto era superiore del 10,6% rispetto a quello osservato nella regione, e anche il rischio di mortalità femminile era più elevato rispetto alla media regionale, tra l'altro per cause tumorali.

2. I Rapporti SENTIERI del 2012 e del 2014 (Studio Epidemiologico Nazionale del Territorio e degli Insediamenti Esposti a Rischio Inquinamento), redatti a cura dell'Istituto Superiore di Sanità su richiesta del Ministero della Salute. Tali rapporti hanno formulato alcune raccomandazioni per gli interventi di sanità pubblica sulla base dei dati riguardanti le cause di mortalità nei siti di bonifica di interesse nazionale (SIN) per il periodo 1995-2009. Dallo studio risultava che, tenuto conto dell'inquinamento ambientale della regione interessata causato dalle emissioni dello stabilimento ILVA, in funzione della distanza tra il luogo di residenza delle persone interessate e i siti di emissioni nocive presi in considerazione, esisteva un nesso causale tra l'esposizione ambientale ad agenti cancerogeni inalabili e lo sviluppo di tumori dei polmoni e

Nessuno dei piani raccomandati a più livelli scientifici dagli organismi indipendenti nei vari report ufficiali è stato implementato da parte del Governo italiano, generando una situazione di disagio e di incertezza all'interno della popolazione locale. Tale sentimento è stato ulteriormente alimentato quando il Governo, nell'ottica di preservare gli interessi economici di ILVA, ha approvato il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 29 settembre 2017, prorogando sino al 2023 la scadenza per l'attuazione del piano ambientale. Sono stati avviati vari procedimenti dinnanzi alla giustizia amministrativa e penale contro quest'ultimo decreto e contro i dirigenti di ILVA per la loro incapacità di prevenire il danno ecologico, oltre all'avvelenamento di sostanze alimentari ed ai gravi incidenti sul luogo di lavoro.

In conclusione, il caso ILVA dimostra come il Governo italiano, con l'emanazione di importanti provvedimenti amministrativi tesi alla salvaguardia dell'acciaieria più grande d'Europa⁴⁹, abbiano privilegiato la salvaguardia dell'interesse economico privato rispetto alla protezione dell'interesse ambientale/ecologico e sanitario della collettività⁵⁰.

della pleura e di patologie del sistema cardiocircolatorio. Più in dettaglio, si mostrava che i decessi di uomini e donne che risiedevano nella regione per tumori, malattie del sistema circolatorio e altre patologie erano numericamente superiori alla media regionale e nazionale.

3. I Rapporti ARPA (Agenzia regionale per la protezione ambientale) degli anni 2002, 2016 e 2017, che hanno rilevato la permanenza di una situazione di criticità sanitaria nella zona «ad elevato rischio ambientale» e nel SIN di Taranto, dove il tasso di mortalità e di ricoveri ospedalieri per alcune patologie oncologiche, cardiovascolari, respiratorie e digestive era superiore rispetto alla media regionale. Inoltre, secondo gli studi condotti da ARPA, non poteva mettersi in dubbio l'esistenza di un nesso di causalità tra le emissioni industriali e i danni alla salute nella zona di Taranto. Di conseguenza, veniva raccomandato di continuare il monitoraggio epidemiologico della popolazione e di mettere in atto tutte le misure idonee a garantire la salute della popolazione, compreso l'uso delle «migliori tecniche disponibili» per il contenimento delle emissioni industriali inquinanti.

4. Lo studio di COORTE dell'agosto 2016 riguardo al nesso fra le esposizioni ambientali e la mortalità della popolazione residente a Taranto per patologie tumorali. Condotta dal Dipartimento di Epidemiologia del Servizio Sanitario della Regione Lazio, dall'ARPA, dal Centro Salute e Ambiente Puglia e dalla ASL di Taranto, lo studio di coorte riguardò 321.356 persone residenti nei comuni di Taranto, Massafra e Statte tra il 1° gennaio 1996 e il 31 dicembre 2010. Tale studio dimostrò un nesso di causalità tra l'esposizione al PM¹⁰ e al SO₂ di origine industriale, dovuta all'attività produttiva dell'ILVA, e l'aumento della mortalità per cause naturali, tumori, malattie renali e cardiovascolari tra i residenti di Taranto e delle zone limitrofe.

5. Il rapporto del Registro Tumori di Taranto del 2016, relativo agli anni 2006-2011, che ha fatto seguito ad un primo studio del 2014, confermò una maggiore incidenza neoplastica nel comune di Taranto rispetto al resto della provincia, tra l'altro per il cancro dello stomaco, del colon, del fegato, del polmone, dei reni, della vescica, della tiroide, del seno, dell'utero e della prostata.

⁴⁸ Cfr. *supra* par. 3.

⁴⁹ Cfr. Il sole 24 Ore del 18 luglio 2012, reperibile on-line al link <https://st.ilssole24ore.com/art/impresa-e-territori/2012-07-18/lacciaieria-grande-europa-064230.shtml?uuiid=AbgNBY9F>, consultato in data 6 marzo 2020.

⁵⁰ A partire dalla fine del 2012, il governo ha adottato diversi testi, tra cui i cc.dd. decreti «Salva-ILVA», riguardanti l'attività produttiva della società ILVA, di cui diamo conto di seguito.

1. Il d.l. 3 dicembre 2012, n. 207 (convertito nella l. 24 dicembre 2012, n. 231) recante «*Disposizioni urgenti a tutela della salute, dell'ambiente e dei livelli di occupazione, in caso di crisi di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale*», autorizzò ILVA a proseguire la propria attività per un periodo non superiore a trentasei mesi, fermo restando il rispetto delle prescrizioni imposte dall'AIA del 2012.

2. Il d.l. 4 giugno 2013, n. 61 (convertito nella l. 3 agosto 2013, n. 89) tenuto conto dei gravi e significativi pericoli per la salute e per l'ambiente derivanti dall'attività produttiva dell'ILVA oltre che del mancato rispetto delle prescrizioni contenute nell'AIA del 2012, constatato nel frattempo dalle autorità competenti, prevede la nomina di un commissario straordinario incaricato della gestione della società per un periodo fino a trentasei mesi. Dispose anche che dovesse essere nominato un comitato di esperti. Una volta istituito, quest'ultimo propose al Ministero dell'Ambiente un piano che prevedeva delle misure per la tutela dell'ambiente e della salute dei lavoratori e della popolazione («*il piano ambientale*»), contenente anche le azioni da intraprendere e le scadenze per la loro attuazione al fine di garantire il rispetto dell'AIA.

3. Il d.l. 31 agosto 2013, n. 101 (convertito in l. 30 ottobre 2013, n. 125) recante «*Disposizioni in materia di imprese di interesse strategico nazionale*», autorizzò, tra l'altro, la costruzione di discariche per rifiuti speciali, pericolosi e non pericolosi localizzate nel perimetro dell'impianto produttivo dell'ILVA al fine di garantire l'attuazione delle misure previste dal piano di tutela ambientale.

4. Il d.l. 10 dicembre 2013, n. 136 (convertito nella l. 6 febbraio 2014, n. 6) recante «*Disposizioni urgenti dirette a fronteggiare emergenze ambientali e industriali e favorire lo sviluppo delle aree interessate*», e che prevedeva che le misure del piano ambientale si dovessero intendere come attuate se: (i) alla data di inizio della gestione commissariale, la qualità dell'aria nella zona esterna allo stabilimento non fosse peggiorata e (ii) fossero stati avviati gli interventi necessari ad ottemperare ad almeno l'80% delle prescrizioni contenute nell'AIA.

6. Il d.l. 5 gennaio 2015, n. 1 (convertito nella l. 4 marzo 2015, n. 20) prevedeva che le misure poste in essere nell'ambito del piano ambientale non potessero dar luogo a responsabilità penale o amministrativa del commissario straordinario, in quanto le stesse costituivano adempimento delle migliori regole preventive in materia ambientale, di tutela della salute e dell'incolumità pubblica e di sicurezza sul lavoro.

7. Il decreto del Ministero dello Sviluppo Economico del 21 gennaio 2015 ammetteva l'ILVA alla procedura di amministrazione straordinaria a causa del suo stato di insolvenza nel frattempo accertato.

8. Il d.l. 4 luglio 2015, 92 (non convertito in legge) autorizzò la prosecuzione dell'attività dell'impianto per un periodo di dodici mesi a decorrere dalla data di sequestro dell'altoforno, in attesa degli adeguamenti alle norme di sicurezza sui luoghi di lavoro. Questo testo fu poi oggetto della sentenza della Corte Costituzionale del 23 marzo 2018, n. 58 che ne dichiarò l'illegittimità costituzionale in quanto le autorità avevano finito per privilegiare in modo eccessivo l'interesse alla continuazione dell'attività produttiva a scapito della protezione dei diritti alla salute e alla vita tutelati dalla Costituzione. Nel frattempo, le disposizioni di questo decreto, decaduto per mancata conversione, erano state reinserite nella legge n. 132 del 2015.

9. Il d.l. 4 dicembre 2015, n. 191 (convertito nella l. 1° febbraio 2016, n. 13) che prevedeva «*Disposizioni urgenti per la cessione a terzi dei complessi aziendali del Gruppo ILVA*», venne disposta in favore dell'amministrazione straordinaria l'erogazione della somma di 300 milioni di euro per far fronte alle indilazionabili esigenze finanziarie del gruppo ILVA. Inoltre, sempre in applicazione di questo decreto, il termine per l'attuazione del piano ambientale fu rinviato al 30 giugno 2017.

10. Il d.l. 9 giugno 2016, n. 98 (convertito nella l. 10 agosto 2016, n. 151) con cui ILVA è stata oggetto di una procedura di vendita attraverso una gara d'appalto internazionale, attualmente in corso. Nell'ambito delle «*Disposizioni urgenti per il completamento della procedura di cessione dei complessi aziendali del Gruppo ILVA*» previste dal d.l. n. 98/2016 si è deciso che il futuro acquirente avrebbe potuto differire il termine per l'esecuzione del piano ambientale per un periodo

6. Conclusioni. Economia ed Ecologia?

In questo articolo ho inteso mostrare come, in presenza di forti interessi, il mercato si serva spesso dello stato e della amministrazione per un fine suo proprio, che potrebbe essere quello di sostituirsi interamente a qualunque altra logica che governa i rapporti tra gli individui nella società⁵¹, come accade nel rapporto fra economia ed ecologia⁵².

Da questo punto di vista, la sopravvalutazione dell'interesse economico sembra escludere che economia ed ecologia possano agire sinergicamente⁵³. Ciò nonostante, come ho provato a spiegare, le fonti internazionali, comunitarie e nazionali svelano una diversa realtà, dove l'economia non diviene interesse prevalente rispetto all'interesse ecologico.

Più precisamente, in queste brevi riflessioni conclusive voglio mostrare come, al contrario delle apparenze, esista un elemento comune ad entrambe le dimensioni.

Economia ed ecologia, ipoteticamente in antitesi, condividono infatti lo stesso termine per indicare lo spazio entro il quale ciascuna di esse esercita la propria logica e dispiega la propria azione, vale a dire l'*oikos*⁵⁴.

non superiore a diciotto mesi. Si è inoltre deciso che tale termine sarebbe applicato a ogni altra misura di gestione ambientale riguardante ILVA e che avrebbe sostituito qualsiasi altro termine non ancora scaduto alla data di entrata in vigore del decreto. Si è stabilito anche che il futuro acquirente dell'Ilva avrebbe potuto subordinare l'offerta di acquisto a modifiche del piano ambientale, che sarebbero state sottoposte ad un comitato di tre esperti. Infine, sempre secondo il decreto, le immunità amministrative e penali erano estese al futuro acquirente dello stabilimento.

11. Il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 29 settembre 2017 ha rinviato ad agosto 2023 il termine per l'esecuzione delle misure previste nel piano ambientale. Con un ricorso volto all'annullamento e alla sospensione dell'esecuzione di questo decreto, la Regione Puglia e il Comune di Taranto hanno denunciato al TAR Puglia le conseguenze ambientali e sanitarie della continua proroga dei termini per l'adempimento degli obblighi ambientali. Su questo argomento è stata sollevata anche una questione di legittimità costituzionalità ed i relativi procedimenti sono attualmente pendenti.

⁵¹ K. MARX, *Das Kapital. Kritik der politischen Ökonomie*, Hamburg, Otto Meissner, 1867, pp. 5-17, come è noto, ha prospettato come il dominio dell'uomo sulle forze della natura da un lato e lo sviluppo delle forze produttive dall'altro siano i principali argomenti che contraddistinguono il capitalismo.

⁵² Cfr. C. CALAME, *Humans and Environment in Ancient Greece: for an Eco-poiesis*, in *Journal of History of Medicine*, 28, 3, 2016, p. 862, secondo il quale per accrescere e massimizzare i profitti, lo sfruttamento delle risorse naturali si raddoppia nello sfruttamento di ciò che è considerato in modo significativo come semplici "risorse umane". Attraverso un estrattivismo forsennato e delle attività produttive dipendenti quasi esclusivamente dal consumo di idrocarburi, il capitalismo produttivista mondializzato è insomma giunto ad eliminare la separazione artificiale tra gli uomini e il loro ambiente, tra la cultura e la natura, ma per la distruzione degli uni e dell'altra.

⁵³ Cfr. J.M. HARRIBEY, *La richesse, la valeur et l'inestimable. Fondements d'une critique socio-écologique de l'économie capitaliste*, Paris, Les Liens qui Libèrent, 2013, pp. 158-205, il quale muove una forte critica ai tentativi di valutare economicamente il valore della natura.

⁵⁴ Va osservato come la *nomia* appartenga in modo evidente più all'*oikos* (casa) che alla *polis* (città). Nonostante gli sviluppi che hanno portato all'ampliamento degli spazi e delle di-

Se si guarda poi al secondo elemento del termine economia, ossia al *nomos*⁵⁵, (in un'accezione giuridica evidentemente diversa da quella proposta da Carl Schmitt)⁵⁶, si dovrebbe pensare al diritto, cui l'amministrazione dell'*oikos*⁵⁷

mensioni, sorprendentemente si continua a fare riferimento ancora alla parola *oikos*. Tuttora il termine che ne designa la moderna scienza, l'*oikonomia* rimane legato all'*oikos*.

⁵⁵ È. Benveniste, *Noms d'agent et noms d'action en indo-européen*, Paris, Adrien-Maisonneuve, 1948, pp. 79 ss., dove si mostra come il verbo *nemein* rinvia all'idea di un'attribuzione regolare, di una spartizione regolata dall'autorità del diritto consuetudinario. Questo senso dimostrerebbe le due grandi serie nella storia semantica della radice *nem*. *Nómos*, attribuzione regolare, regola d'uso, consuetudine, rito religioso, legge divina o civica, convenzione; *nomós* attribuzione territoriale fissata dalla consuetudine, pascolo, provincia. L'espressione *ta nomizomena* designa l'insieme di ciò che è dovuto agli dei; *ta nomina* le norme con valore religioso o politico; *ta nomismata* le consuetudini o la moneta avente corso in una città.

⁵⁶ Nel diritto pubblico, il termine *nomos* è stato oggetto di una pregevole indagine filologica da parte di C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus publicum Europaeum*, Berlin, Duncker & Humboldt, 1974, tr. it. *Il nomos della terra. Nel diritto internazionale dello «jus publicum europaeum»*, a cura di F. Volpi, Milano, Adelphi, 2006, p. 54 ss.; C. SCHMITT, *Appropriazione/Divisione/Produzione: un tentativo di fissare correttamente i fondamenti di ogni ordinamento economico-sociale, a partire dal «nomos»*, in *Le categorie del politico. Saggi di teoria politica*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, Bologna, Il Mulino, 2013, p. 295 ss.; C. SCHMITT, *Nomos – Presa di possesso – Nome*, in *Stato, Grande spazio, Nomos*, cit., pp. 339 ss. Scopo di Schmitt è stato quello di restituire alla parola greca *nomos* «la sua forza e grandezza primitiva» che risiederebbe nell'identificazione di essa con un «principio fondamentale della suddivisione dello spazio». Attraverso la rilettura delle fonti greche classiche, soprattutto di Pindaro ed Eraclito, Schmitt mette in evidenza come il sostantivo greco *nomos* derivi dal verbo greco *nemein* e ad esso corrispondano principalmente tre significati: prendere, dividere, produrre. Secondo il giurista tedesco, ciascuno di questi tre significati appartiene completamente all'essenza di ciò che, sino ad oggi, nella civiltà umana, è apparso come ordinamento giuridico e sociale. In ogni stadio della vita associata, in ogni ordinamento economico e di lavoro, in ogni settore della vita del diritto si è, in un modo o nell'altro, «diviso, preso, prodotto». In altre parole, il significato originario di *nomos* sarebbe da identificarsi con il processo della «occupazione di terra» da parte degli uomini. Nel corso della storia e particolarmente a partire dai sofisti, secondo Schmitt, tale significato è andato via via perdendosi e con *nomos* si è iniziato ad intendere, in modo assai generico e privo di sostanza, ogni tipo di regolamentazione o disposizione normativistica. Non è un caso che egli affermi come la parola *nomos*, da «atto concreto di costituzione di un ordinamento e di una localizzazione nello spazio», vale a dire da «ordo ordinans», quale essa è, venga ridotta unicamente a posizione prescrittiva di imposizioni e, in base alla mentalità di un sistema positivisticò della legalità, venga resa con il termine «legge».

⁵⁷ Un importante studio del filologo E. LAROCHE, *Histoire de la racine NEM- en ancien Grec*, Paris, Klincksieck, 1949, p. 141, dimostra come *oikonomos* rappresenti una perfetta sintesi tra i concetti di organizzazione ed economia. Secondo Laroche, infatti, il verbo *nemo* significa «administrer» e «gouverner». Il termine *oikonomos* fa la sua comparsa nel VI secolo, in un'epoca in cui il verbo *nemein* significa correntemente governare o amministrare. Sino alla fine del IV secolo, in autori quali Senofonte, Platone e Aristotele, il termine rimane riservato all'economia domestica e quindi al governo (*nomos*) della casa (*oikia*). L'*oikonomia*, in quest'accezione non contempla ancora la moderna antitesi tra produzione e consumo. In Platone (*Apologia*, 36b; *Repubblica* 498a), compare l'endiadi *chrematismos kai oikonomia*, ma l'*oikonomia* è identificata in senso polemico con il *chrematismos*, ossia il guadagno. Rimane comunque inteso che la funzione dell'uomo nell'amministrazione della casa è procurare beni, ed aumentare il patrimonio (*auxein ton oikon*). Si deve soprattutto ad Aristotele (*Politica*, 1253b) la differenza fra l'*oikonomia* e la *chrematistica*. Quest'ultima è la tecnica che serve a liberarci dalla povertà, dunque l'arte di produrre risorse, ricchezze (*chremata*), mentre l'*oikonomia* è il governo (*nomos*) della casa (*oikos*) e delle sue

dovrebbe essere sottoposta nella prospettiva di armonizzare gli obiettivi di qualunque altra iniziativa, anche di quella economica⁵⁸, ai fini che le norme (*nomoi*) – internazionali, comunitarie e nazionali – perseguono per garantire il godimento e la protezione dei diritti fondamentali della collettività.

Fra questi diritti spicca il diritto alla salvaguardia dell'*oikos*, dunque l'interesse ecologico⁵⁹, che è condizione imprescindibile per il godimento e la protezione di tutti gli altri diritti che su quell'elemento evidentemente poggiano.

Nel moderno stato democratico, alla salvaguardia dell'*oikos* e dunque dell'interesse ecologico è deputata l'amministrazione (art. 2 Cost.), che, attraverso il suo potente apparato (l'organizzazione), diviene strumento fondamentale per il buon governo delle risorse economiche ed ecologiche.

Agendo sull'*oikos*, l'economia⁶⁰, attraverso la mediazione del diritto, del *nomos*⁶¹, può tornare a dialogare con l'interesse ecologico, non mirando più a funzionalizzare lo stato e l'amministrazione ad una logica essenzialmente servente gli interessi del mercato.

Lo stato e l'amministrazione, al contrario, serviranno per circoscrivere l'azione dell'economia sull'*oikos* in vista di rendere il mercato strumento per la realizzazione e la protezione dei diritti della collettività, fra questi quello basila-

risorse. Quando la crematistica viene praticata sotto il governo dell'economia, dice Aristotele, questa è buona; quando, invece, si rende autonoma e fa delle ricchezze il proprio fine, essa degenera in sconsiderata e immorale accumulazione di beni che provoca la distruzione della casa e delle sue risorse.

⁵⁸ Platone (*Leggi*, 743c-d; ma cfr. anche 631b e 729a) aveva affermato che il criterio ispiratore delle leggi fosse da rinvenirsi nella massima felicità e concordia di tutti i cittadini e che la cura delle ricchezze fosse a quest'ultime subordinata. Secondo Platone, infatti, «*alla cura delle ricchezze deve essere attribuito l'ultimo posto nella gerarchia dei valori*» (cfr. Platone. *Tutte gli scritti*, tr. a cura di R. Radice, Milano, Bompiani, 2001, p. 1558). Non è un caso che si affermi come la legge sia una forma di attuazione del "Bene" (*Leggi*, 644c). Sul punto si v. T.J., SAUNDERS, *Notes on the Law of Plato*, in *University of London, Institute of Classical Studies*, Bulletin supplement 28, London, Institute of Classical Studies, 1972, p. 3.

⁵⁹ Secondo E.P. ODUM, *Basic Ecology*, CBS College Publishing, Philadelphia, 1983, p. 1, il termine ecologia, dal greco *oikos* (casa) e *logos* (discorso), si identificherebbe con lo studio della «*vita nella casa*» e atterrebbe specialmente alle relazioni ed ai modelli di relazione fra gli organismi viventi ed il loro ambiente. La prima definizione si deve, come è noto, a E. HAECKEL, *Generelle Morphologie der Organismen: allgemeine Grundzüge der organischen Formen-Wissenschaft, mechanisch begründet durch die von Charles Darwin reformirte Descendenz-Theorie*, Berlin, Geor Reimer, 1866, vol. II, p. 286.

⁶⁰ In questo senso, secondo Aristotele (*Politica*, 1253b, 1278b) l'*oikonomia* è soprattutto un'arte di governo, di amministrazione, di organizzazione e non un'arte di fare denaro. Non è un caso che egli parli di *oikonomia* nel senso di 'amministrazione' e di 'buon ordinamento' (*Politica*, 1288a, 1308b, 1315b), contrapponendo quest'ultima, come visto (cfr. *supra* nota 53), alla *chrematistica* che viene definita parte (*meros*) e ausiliaria (*huperetike*) dell'*oikonomia* vera e propria (*Politica*, 1256a-b).

⁶¹ Cfr. E. LAROCHE, *Histoire de la racine NEM- en ancien Grec*, cit., p. 141, che sull'origine del termine *nomos* spiega come «*Le philosophes se sont dépensés laborieusement pour définir la place de l'économie dans l'ensemble des connaissances pratiques utiles à la sociétés*». Sul termine *nomos* come diritto cfr. G.P. SHIPP, *Nomos. Law*, Sidney, Siewert, 1978.

PA PERSONA E AMMINISTRAZIONE

Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia

re alla preservazione delle risorse naturali del pianeta, base comune su cui poggiano tutti gli altri.

III
OPINIONI E RECENSIONI

GIUSEPPE TROPEA

Professore ordinario presso il Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Scienze Umane
dell'Università degli Studi di Reggio Calabria
giuseppe.tropea@unirc.it

**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)**

1. Chi sa? Chi decide? Chi decide chi decide?

Mai come in questa drammatica fase d'emergenza e paura è importante leggere il libro della Zuboff, che prova a rispondere a queste capitali domande. Il *Panopticon* di Bentham fa capolino, evidentemente. Come anche i dispositivi di controllo del potere secondo Michel Foucault.

Ma siamo ben al di là, si potrebbe dire nella post-biopolitica, più e meglio che nella psicopolitica¹.

È un lucido manifesto dei nostri tempi. È un ausilio importante per il giurista, pur essendo scritto da una economista versata nella filosofia e nello studio delle scienze sociali². Ha una straordinaria attualità e ricchezza di spunti, specie nella misura in cui tratta anche degli intrecci pubblico-privato di quell'inedito fenomeno che l'autrice definisce la «renderizzazione del profondo».

In questo senso, il pensiero va al dibattito di questi mesi sulla profilazione come metodo, definito “alla coreana”, per limitare e/o prevenire il diffondersi del Covid-19. Un altro versante, fra i tanti, in cui si è oggi chiamati dall'epidemia, ciascuno per le proprie competenze e responsabilità³, alla “scelta tragica” del bilanciamento. Qui, evidentemente, fra privacy e tutela della salute, declinata nel senso di interesse pubblico dall'art. 32 Cost.; allo stesso modo l'art. 2 Cost. non parla solo di diritti inviolabili, tra i quali proprio quello all'essere “lasciati soli”, ma anche di inderogabili doveri di solidarietà⁴.

2. Il Capitalismo della Sorveglianza è composto di quattro parti, ciascuna delle quali a sua volta strutturata in quattro o cinque capitoli.

Nella prima parte si affrontano “le origini” del capitalismo della sorveglianza, in particolare la “scoperta” del cd. “surplus comportamentale”. Un ruolo fondamentale è svolto da Google, che avrebbe codificato una serie di

¹ BYUNG-CHUL HAN, *Psicopolitica*, Milano, 2016.

² Dichiarata l'influenza di autori come DURKHEIM, ARENDT, ADORNO, POLANYI.

³ Politico, giurista pratico o teorico, intellettuale, cittadino.

⁴ F. FRACCHIA, *Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e diritto amministrativo: nulla sarà più come prima?*, in *www.dirittodelleconomia.it*, n. 3/2019, 575 ss.

strategie per istituzionalizzare il capitalismo della sorveglianza, con totale disprezzo per la privacy degli individui e in assenza di adeguate leggi in grado di fermarla, nella comunione di interessi con le agenzie di servizi segreti e con alcuni governi, specie dopo l'11/9. Tali strategie vengono descritte con la suggestiva formula “ciclo dell'esproprio”, suddiviso in quattro fasi: *incurSIONe, assuefazione, adattamento e reindirizzamento*.

Con la prima Google “entra” in uno spazio indifeso (il nostro telefono, una pagina web, la strada dove viviamo, etc.); con la seconda sopravanza la cause e le inchieste che avanzano col passo lento delle società democratiche; con la terza si mettono in atto adattamenti superficiali che soddisfano le richieste più urgenti di autorità governative o indipendenti; con l'ultima l'azienda mette in atto nuovi metodi, ed espedienti retorici, che ridirigono le operazioni contestate così da farle apparire adeguate agli obblighi legali e sociali.

La seconda parte ci descrive il “business della realtà”: il fondamentale passaggio dal mondo online a quello reale, con l'uso di tutti gli aspetti dell'esperienza umana come strumenti (prodotti predittivi) per ottenere dati comportamentali. Molto interessante è, sul punto, la teoria del “non-contratto” che prende ad emblematico esempio il mondo delle assicurazioni automobilistiche. Gli automobilisti vengono persuasi ed incentivati, se non addirittura costretti, a un *do ut des* che collega i prezzi all'espansione di un'architettura dell'estrazione nel mondo reale, finalizzata ad ottenere “surplus comportamentale”. Si tratta di transazioni integralmente mediate dai computer, non osservabili e non scrivibili nei contratti. In tal senso il “non-contratto” viene definito come esecuzione unilaterale che rende superflue le relazioni contrattuali, facendo svaporare una nozione millenaria istituzionalizzante come appunto il contratto.

I nuovi protocolli automatizzati finiscono ormai per influenzare e modificare il comportamento umano, per renderlo mezzo di produzione subordinato a mezzi di modifica del comportamento sempre più sofisticati e intrusivi. Si pensi agli esperimenti di contagio di Facebook o al “gioco” di realtà aumentata Pokémon Go, incubato da Google. L'autrice a questo punto si chiede: «Se il capitalismo industriale ha distrutto l'ambiente in modo tanto pericoloso, che danni può fare il capitalismo della sorveglianza alla natura umana?».

Nella terza parte si esamina l'ascesa del potere strumentalizzante, che implica un'epocale sostituzione: mentre nei totalitarismi novecenteschi lo Stato veniva trasformato in un progetto di possesso totale, l'ideologia strumentalizzante pone al centro il mercato digitale. Si badi, questo non significa che non vi siano persistenti intrecci e “staffette” con la sfera pubblica, come in modo formidabile ha evidenziato la macchina della sorveglianza messa in piedi dopo l'11/9, o, più di recente, la vicenda di Cambridge Analytica e il condizionamento del voto americano nel 2016 o anglosassone nel voto su Brexit nel 2018. E come oggi mostra plasticamente la richiesta di molti governi, compreso quello italiano, di utilizzo delle tecnologie di renderizzazione, profilazione e di “ragionamento” algoritmico in possesso di operatori e banche dati privati, per la lotta al Covid-19.

Peraltro, le origini colte del potere strumentalizzante vengono riscontrate nella prima fisica teoretica di Planck e nei lavori del comportamentista radicale Burrhus F. Skinner, usati – ancora dagli Stati – nella lotta alla minaccia comunista negli anni '50-'60. Un articolo del 1966 della *Harvard Law Review* parlava appunto di tracciamento elettronico, sorveglianza e controllo del comportamento, sostenendo di dover concentrarsi sui tentativi del governo di cambiare atteggiamento, visto che sembrano più probabili di eventuali tentativi privati. Skinner immaginava una “tecnologia del comportamento” che un giorno avrebbe consentito l'applicazione di metodi di modifica del comportamento all'intera popolazione umana.

Si segnala a questo punto un nuovo scarto: la migrazione ulteriore dal mondo virtuale al mondo sociale. La società “strumentalizzata” viene immaginata come la simulazione umana di un sistema di macchine in grado di apprendere: una “mente alveare” nella quale ogni elemento impara ed opera in concorso con gli altri.

Questo è punto fondamentale per ciò che si andrà a rilevare in seguito. Nel paragrafo intitolato «La sindrome cinese» si osserva come il governo di questo Paese stia appunto sviluppando un sistema di “credito sociale” destinato ad essere il “nucleo” del suo approccio ad internet. L'idea è di fare leva sull'esplosione dei dati personali per “migliorare” il comportamento dei cittadini. Il sistema traccia comportamenti “buoni” e “cattivi” in una serie di attività, sociali e finanziarie, assegnando in automatico premi e punizioni al fine di formare un comportamento volto alla costruzione della “sincerità economica, sociale, politica”. L'obiettivo è fare in modo che ogni cittadino cinese lasci una scia di dati ricavabili da fonti pubbliche e private rintracciabili partendo dalle impronte digitali e da altre caratteristiche biometriche. Si tratta dell'apoteosi del potere strumentalizzante foraggiato dai dati pubblici e privati, e controllato da uno Stato autoritario: lo scopo è automatizzare la società, di cui si teme una crescita “pandemica” di sfiducia, per dar vita a comportamenti predefiniti, ritenuti desiderabili dallo Stato, e così prevenire l'instabilità.

Non si può non pensare al sistema capillare di tracciamento dei dati messo in capo dal governo cinese, e poi sud-coreano, nella vicenda Covid-19. Le applicazioni basate sui Big Data in Cina hanno utilizzato principalmente i dati forniti dal sofisticato e criticato sistema di sorveglianza, composto da circa 200 milioni di telecamere di sicurezza. Un *cluster* di software di analisi di immagini è stato e continua ad essere lo strumento utilizzato per far rispettare la quarantena ai pazienti infetti e per mappare i movimenti del virus. Il governo cinese ha utilizzato anche software di riconoscimento facciale nei luoghi di grande affluenza per il monitoraggio e il riconoscimento dei cittadini.

Tali software inoltre sono capaci di sottoporre a uno screening “invisibile” i cittadini per stabilirne la temperatura corporea. Questa immensa quantità di dati generati costituisce l'ingresso del sistema Health Code, in grado di assegnare a ogni cittadino un grado di pericolosità epidemica e ricavare previsioni su possibili nuovi focolai.

Mi pare che tale vicenda rischi di rappresentare, nella immane tragedia “unificante” che la sottende, un fattore di avvicinamento fra cultura occidentale ed orientale ancora sul punto fino a pochi mesi fa piuttosto distanti. Le nuove frontiere dell'automazione e dell'intelligenza artificiale sembrano compatibili con uno dei possibili scenari di consumo che questo virus sta attualizzando in modo devastante.

La stessa Zuboff ne evidenzia(va) le persistenti differenze: mentre nel capitalismo della sorveglianza occidentale lo Stato ha cominciato nel ruolo di incubatore e rifugio, per fare poi un passo indietro rispetto a grandi gruppi privati, dei quali oggi si deve necessariamente servire per avere accesso a un determinato tipo di potere, nel contesto orientale lo Stato continua a “guidare le danze”, proprietario di un progetto politico, e non di mercato: una soluzione informatizzata in grado di dare forma a una nuova società di comportamenti automatizzati capace di garantire esiti politico-sociali predeterminati. La libertà cede il posto alla conoscenza, che appartiene integralmente allo Stato, che la usa per perpetuarsi.

Mi pare di poter dire che fra gli effetti dirompenti su tutte le categorie di pensiero sinora consolidate innescati dall'epidemia che stiamo convulsamente attraversando vi sia proprio questo meccanismo di avvicinamento fra modelli in origine diversi di “società strumentalizzata”, sotto alcune unificanti “teste di capitolo”: *i*) decidere i propri comportamenti in nome di un bene superiore (es. salute pubblica); *ii*) la pianificazione sostituisce la politica; *iii*) l'uso della pressione sociale per ottenere l' “armonia”; *iv*) l'utopia applicata prodotta dal controllo totale dei mezzi di modifica del comportamento; *v*) la fine dell'individualità, vista come minaccia a “collaborazione”, “armonia”, “integrazione”.

Nella parte conclusiva dell'opera viene rimesso al centro il “diritto al santuario”. Si evoca l'*asylon* greco, cioè “che non può essere derubato”, lo spazio inviolabile. Si arriva così alla parte forse più scontata del saggio, almeno per il giurista, nella misura in cui si criticano le leggi statunitensi sulla privacy, che non avrebbero tenuto il passo dell'ideologia strumentalizzante, e da un lato si sostiene la necessità di estendere le tutele del quarto emendamento all'internet delle cose, dall'altro si guarda al modello europeo del regolamento GDPR (*General Data Protection Regulation*) come possibile barriera al “Grande Altro”, potenzialmente idonea a ripristinare una divisione delle conoscenze in linea con valori e aspirazioni di una società democratica, anche se sul punto sarebbe necessaria, più che un'implementazione in sede legislativa e giudiziaria, una robusta presa di coscienza dei movimenti popolari. Ciò in quanto: «La democrazia è vulnerabile a quel che non ha precedenti, ma la forza delle istituzioni democratiche è l'orologio che determina quanto tali ferite siano gravi e durature. In una società democratica il dibattito e il contesto garantito dalle istituzioni ancora solide può orientare l'opinione pubblica contro forme inattese di oppressione e ingiustizia, per mostrare la strada a leggi e giurisprudenza».

3. Cosa può dire al gius-pubblicista italiano questo intrigante pamphlet? Tanto, evidentemente. E il fattore detonante è, in questo come di fatto in tutti i campi della cultura giuridica, l'epidemia.

Di recente si è colta, soprattutto in questo settore, l'importanza della contaminazione tra saperi⁵, e se ne è rimarcata la necessità, in una prospettiva metodologica comparata e attenta al tema della globalizzazione dell'amministrazione e dei suoi giudici, anche con riguardo alle tematiche approfondite nel libro della Zuboff. In particolare, si fa l'esempio della giurisprudenza nazionale che riguarda l'applicabilità degli algoritmi nell'azione amministrativa e le conseguenze che l'impiego di formule matematiche ha sul versante del sindacato giurisdizionale.

Più in generale, ci si chiede: «quali sono i rapporti tra la rivoluzione tecnologica e lo Stato? In che modo le nuove tecnologie dell'informazione e comunicazione influenzano la sovranità che protegge la democrazia? Potrebbe davvero l'unificazione tecnologica del mondo portare alla «scomparsa degli stati?»⁶. Non è questa la sede per aprire la discussione sui rapporti fra l'impatto devastante del Covid-19, sovranità statale e diritto amministrativo globale. Ci limitiamo a constatare come il libro della Zuboff possa consentire nell'attuale contesto post-biopolitico, una rinnovata indagine sul tema degli algoritmi e dei *Big Data*, che inizia a penetrare nel dibattito giuridico, ma solo lambendo le tematiche sopra descritte.

Gli studi si sono sinora concentrati sui settori in cui decisioni amministrative si basano sugli algoritmi⁷, talora spingendosi a valutare l'impatto delle nuove tecnologie sulla tutela di diritti fondamentali, come appunto il diritto alla riservatezza o alla protezione dei dati personali, bollandosi sovente come inadeguata la soluzione del consenso informato.

In alcuni casi, peraltro, il libro della Zuboff viene espressamente citato, ma sempre all'interno delle categorie tradizionali, seppure rivedute. Ad esempio, si osserva come il nucleo duro del contrasto giurisprudenziale in tema di decisioni algoritmiche sia il ruolo e la nozione di potere discrezionale⁸ al tempo del capitalismo "immateriale" o, appunto, "di sorveglianza", e si plaude a quella giurisprudenza amministrativa secondo cui l'utilizzo di procedure robotizzate non può portare all'elusione di principi che conformano l'ordinamento e regolano lo svolgersi dell'attività amministrativa (trasparenza, comprensibilità, motivazione, proporzionalità).

Un passo avanti nella direzione approfondita dalle presenti note è fatto da chi osserva, sempre sulla base del testo della Zuboff, che se i dati in questione sono personali e le predizioni vengono utilizzate per classificare, valutare

⁵ S. VALAGUZZA, *La contaminazione come metodo di conoscenza per la scienza giuridica. Una sperimentazione a partire dal diritto processuale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2019, 1285 ss.

⁶ L. CASINI, *Lo Stato nell'era di Google*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 2019, 1111 ss.

⁷ G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione, analisi predittiva e nuove forme di intellegibilità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019.

⁸ R. FERRARA, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito*, in *Dir. Amm.*, 2019, 780.

e prevedere il comportamento di uomini, donne e bambini — è quello che oggi va sotto il nome di “profilazione” — allora lo scenario cambia drammaticamente e occorrerà che il diritto, ed in primis quello costituzionale, cominci ad occuparsi con attenzione di questi temi. In particolare poi, se ad utilizzare questi algoritmi predittivi sono soggetti pubblici, quali i giudici o le pubbliche amministrazioni, allora l'allerta deve essere massima, anche perché si ritiene che il GDPR, pur affrontando il tema delle decisioni automatizzate che riguardano le persone, presenta un margine di applicazione abbastanza ristretto e non appare sufficientemente incisivo⁹.

Anche lo studio dei *Big Data*, specialmente con funzione predittiva, consente di accostare l'uso che ne hanno fatto, in via pionieristica, aziende come *Google*, *Facebook* e *Amazon*, con l'impiego che iniziano a farne le amministrazioni, ad esempio nella riconfigurazione dei servizi in modo da intervenire efficacemente in via preventiva, nella analisi della concentrazione criminale e misurazione del livello di sicurezza del territorio, nel settore sanitario.

Anche qui il passaggio dal privato al pubblico è indicativo¹⁰. Da un lato il progetto *Flu Trends* con cui Google ha previsto dove si sarebbe diffusa un'epidemia influenzale sulla base delle ricerche fatte dagli utenti sui sintomi influenzali; dall'altro l'uso dei dati nel settore sanitario utile nel determinare le interazioni farmacologiche, per individuare effetti collaterali negativi e specifici farmaci.

Queste ricerche, oltre a mettere in evidenza le potenzialità positive, hanno evidenziato i lati oscuri dei dati. Sempre in ambito sanitario, qualche tempo fa il *Journal of the American Medical Association* suggeriva di integrare i database di cartelle cliniche, formazione scolastica e abitudini alimentari per attuare politiche di prevenzione nei confronti dei pazienti a rischio. La tentazione di usare in maniera più ampia e pervasiva i big data è forte. Sorge una questione di contrasto con la disciplina della riservatezza, in quanto vengono trattate grandi masse di dati di diversa natura, tra i quali dati sensibili. I big data, per spiegare la propria potenza, sembrano destinati a scontrarsi fisiologicamente con la privacy. Ciò comporta che debbano essere ridisegnati i contorni della riservatezza e i confini con gli interessi pubblici: appare necessario un maggiore ricorso alla ponderazione degli stessi, da effettuare a seconda degli interessi di volta in volta coinvolti, e una riconsiderazione della attuale disciplina della riservatezza. E così, se il godimento dei diritti fondamentali e l'importanza di alcuni interessi generali potrebbero giustificare una riduzione della tutela della riservatezza, in ogni caso sotto uno stretto scrutinio del principio di proporzionalità, dall'altro l'ipotesi di forme di controllo per ragioni di sicurezza e ordine pubblico sembrerebbero imporre un incremento della tutela.

Del resto, il duplice volto del diritto costituzionale alla salute, fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, già da tempo induce a ri-

⁹ A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1149 ss.

¹⁰ F. COSTANTINO, *Lampi. Nuove frontiere delle decisioni amministrative tra open e big data*, in *Dir. Amm.*, 2017, 799 ss.

flettere sull'uso dei *big data* in ambito sanitario. Si pensi al loro impiego per studiare il decorso di una malattia su vasta scala oppure all'uso degli stesi in sistemi algoritmici per generare farmaci in grado di offrire una valida risposta a una determinata malattia¹¹.

È l'attuale dilemma che oggi viviamo nella vicenda che vede di fronte la lotta al Covid-19 da una parte e la tutela della privacy dall'altra.

4. I quotidiani di queste settimane, quando il “picco” dell'epidemia pare ormai superato, e ci si avvia alla cd. “fase 2”, pubblicano editoriali, interviste e dichiarazioni di politici, e non solo, in cui si prospetta, anche come modalità di uscita *soft* (cd. *mitigation*) dalle durissime regole imposte dall'emergenza epidemiologica, il tracciamento informatico dei “positivi” (ancorché asintomatici), utilizzando una o più delle centinaia di sistemi e di app proposti da società private al governo.

Peraltro, secondo alcuni rapporti dei media, una startup di intelligenza artificiale dal Canada aveva dato il primo allarme di un focolaio localizzato di una malattia respiratoria pochi giorni prima dell'annuncio ufficiale dell'epidemia in Cina e ciò sarebbe stato possibile proprio utilizzando tecniche di apprendimento automatico per raccogliere dati da chat, social e media nel colloquio con i medici, di persone che riportavano i sintomi di quello che è poi stato conosciuto come Covid-19, la cui diffusione è stata successivamente rappresentata attraverso una varietà di visualizzazioni. Per non parlare della notizia secondo cui i ricercatori dell'*Oak Ridge National Laboratory* del Dipartimento di Energia degli Stati Uniti stanno che stanno usando un “supercomputer” (Summit di IBM) che, con una potenza computazionale pari a duecento milioni di miliardi di calcoli al secondo, ha consentito di simulare ben ottomila composti farmacologici nel giro di pochi giorni per modellare ciò che potrebbe influire sul processo di infezione e identificarne settantasette con il potenziale di compromettere la capacità del Covid-19 di attaccare e infettare le cellule ospiti.

Deve far riflettere che anche il Garante della privacy, Antonello Soro, in marito proprio al cd. *contact tracing* digitale, cioè l'uso dei dispositivi mobili dei cittadini per la mappatura e il tracciamento dei soggetti entrati in contatto con persone infette (il cd. modello coreano), abbia affermato la teorica possibilità di misure in tal senso, essendo ammissibili limitazioni della privacy a tutela di un altro fondamentale diritto individuale e interesse collettivo, quello alla salute, sia pure attraverso una previsione normativa e con garanzie di temporaneità e proporzionalità negli interventi. Nello stesso tempo sempre il Garante, con una nota del 2 marzo 2020, ha stigmatizzato ogni iniziativa “fai da te” nella raccolta dei dati, svolta da soggetti che non esercitano istituzionalmente queste funzioni in modo qualificato.

A livello di normativa interna, in origine l'unica fonte di rango primario sul punto risultava essere l'art. 14 del d.l. 9 marzo 2020, n. 14 (Disposizioni sul

¹¹ M. SINISI, *Uso dei big data e principio di proporzionalità*, in *www.federalismi.it*, n. 8/2020, 359.

trattamento dei dati personali nel contesto emergenziale) che prevede che «fino al termine dello stato di emergenza [...] le strutture deputate pubbliche e private che operano nell'ambito del Servizio sanitario nazionale e i soggetti deputati monitorare e a garantire l'esecuzione delle misure disposte ai sensi del decreto legge 23 febbraio 2020 n. 6 anche allo scopo di assicurare la più efficace gestione dei flussi e dell'interscambio di dati personali, possono effettuare trattamenti, ivi inclusa la comunicazione tra loro, dei dati personali, anche relativi agli art. 9 e 10 del regolamento UE 2016/679, che risultino necessari all'espletamento delle funzioni attribuitegli nell'ambito dell'emergenza determinata dal diffondersi del COVID-19».

Tale disciplina derogatoria è apparsa a taluni¹² rispettosa del dato costituzionale e della disciplina nazionale ed europea in materia di privacy. Infatti, il nostro Codice della privacy (art. 2 *sexies*) e il diritto dell'Unione europea, in particolare agli artt. 9, comma 2, e 23 del GDPR, consentono limitazioni alla privacy per motivi di sanità pubblica.

D'altra parte le iniziative “unilaterali” delle Regioni, al di fuori della copertura normativa, iniziano a manifestarsi. Il vice presidente della regione Lombardia, ha dichiarato, ad esempio, che la Regione ha chiesto e ottenuto da gestori telefonici un numero imprecisato ma rilevante di dati di traffico telefonico di cittadini lombardi o persone viventi nel territorio della Regione e li ha incrociati con dati di altri interessati, prevalentemente risultati positivi a test sul coronavirus, al fine dichiarato di verificare se e in che misura le ordinanze del Governo e della Regione impattavano sui comportamenti dei cittadini. Altre regioni, come l'Umbria, hanno sperimentato “la via del consenso”, tramite la promozione di applicazioni volontariamente utilizzate dai cittadini. Molto delicata, inoltre, è apparsa la posizione delle istituzioni votate alla ricerca scientifica, su tutte le Università. Si osservi che, anche in questo caso al di fuori da una copertura normativa primaria, con nota del 23 marzo 2020 inviata dal Ministro dell'Università ai Rettori, si richiede la comunicazione e condivisione di progetti e ricerche sul Covid-19, stante «l'importanza di avere con estrema urgenza un quadro completo dello stato dell'arte, che ci consenta di capire quali sono gli elementi già noti e pronti ad essere trasformati in “prodotti” ed “azioni” e soprattutto quelli che ancora non sono noti, ma sono necessari per sviluppare nuovi strumenti di *controllo* e di contrasto dell'epidemia» (corsivo di chi scrive). Questo nell'ambito di una “call for action” voluta dalla ministra dell'Innovazione per aziende, università, enti e centri di ricerca pubblici e privati, associazioni, cooperative, consorzi, fondazioni e istituti chiamate, attraverso le proprie tecnologie, a fornire un contributo nell'ambito dei dispositivi per la prevenzione, la diagnostica e il monitoraggio per il contenimento e il contrasto del diffondersi del Coronavirus (SARS-CoV-2) sull'intero territorio nazionale.

Bisogna quindi verificare se, al di là di un dato normativo ancora eccessivamente vago, si possano trovare appigli nella normativa europea in materia.

¹² D. DE FALCO, M.L. MADDALENA, *La politica del tracciamento dei contatti e dei test per covid-19 alla luce delle ultime direttive OMS: nessun ostacolo giuridico impedisce di utilizzare il “modello coreano” anche in Italia*, paper in *www.federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19.

Il richiamato regolamento UE 2016/679 (cd. GDPR) interpreta il trattamento delle informazioni personali (in rapporto al diritto alla riservatezza) anche alla luce della sua funzione sociale, affermando, al considerando n. 4 che: «Il trattamento dei dati personali dovrebbe essere al servizio dell'uomo. Il diritto alla protezione dei dati di carattere personale non è una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va contemperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità (...)».

Inoltre, al considerando 46, prevede in effetti che «alcuni tipi di trattamento dei dati personali possono rispondere sia a rilevanti motivi di interesse pubblico sia agli interessi vitali dell'interessato, per esempio se il trattamento è necessario a fini umanitari, tra l'altro per tenere sotto controllo l'evoluzione di epidemie e la loro diffusione o in casi di emergenze umanitarie, in particolare in casi di catastrofi di origine naturale e umana».

Peraltro, ai sensi dell'art. 9 comma 2, lettera j), del GDPR, il divieto di trattare dati relativi alla salute senza il consenso dell'interessato non si applica quando il trattamento «è necessario per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica, quali gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero o la garanzia di parametri elevati di qualità e sicurezza dell'assistenza sanitaria e dei medicinali e dei dispositivi medici, sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri che prevede misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti e le libertà dell'interessato, in particolare il segreto professionale».

Si comprende, in questo senso, come la posizione del nostro garante della *privacy* sia tendenzialmente conforme a quella registrata in sede europea, dove il Comitato europeo per la protezione dei dati personali (EDPB) sostiene, con statement del 16 marzo 2020, che «l'emergenza è una condizione giuridica che può legittimare limitazioni delle libertà, a condizione che tali limitazioni siano proporzionate e confinate al periodo di emergenza». Preso atto che in alcuni Stati membri i Governi prevedono l'utilizzo di dati di localizzazione da dispositivi mobili per monitorare, contenere o attenuare la diffusione del COVID-19, l'EDPB sottolinea che «le autorità pubbliche dovrebbero innanzitutto cercare di trattare i dati relativi all'ubicazione in modo anonimo (ossia, trattare dati in forma aggregata e tale da non consentire la successiva re-identificazione delle persone), il che potrebbe permettere di generare analisi sulla concentrazione di dispositivi mobili in un determinato luogo (“cartografia”)». Quando non è possibile elaborare solamente dati anonimi, la direttiva europea sulla *privacy* consente agli Stati membri di introdurre misure legislative per salvaguardare la sicurezza pubblica.

Questo passaggio è molto rilevante.

Bisogna infatti chiarire che tuttora sussiste in materia un margine di operatività della direttiva “e-Privacy”, la quale avrebbe dovuto essere trasformata in un Regolamento ed essere approvata in modo da entrare in vigore contemporaneamente al GDPR. Peraltro, anche per questo, il GDPR fa esplicitamente salva la direttiva “e-Privacy” (direttiva 58/2002 CE), come specifica l'art. 95 del GDPR.

Tuttavia, poiché appunto non c'è stato il Regolamento, come sottolinea

nella sua *opinion* la presidente dello EDPB Jelinek, l'eventuale trattamento di dati di traffico telefonico anche a fini di geolocalizzazione ricade ancora sotto quanto previsto dalla direttiva 2002/58/CE, che prevede che gli Stati membri possono adottare disposizioni legislative volte a limitare i diritti e gli obblighi di cui agli art.5 e 6, all'articolo 8 paragrafi da 1 a 4, e dell'articolo 9 della presente direttiva qualora tale restrizione costituisca, ai sensi dell'articolo 13, paragrafo 1, della direttiva 95/46, «una misura necessaria, opportuna e proporzionata all'interno di una società democratica per la salvaguardia della sicurezza nazionale (cioè della sicurezza dello Stato), della difesa, della sicurezza pubblica; e la prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento dei reati, ovvero dell'uso non autorizzato di sistemi di comunicazione elettronica».

Quindi è certamente possibile un intervento sul *contact tracing* digitale, ma esso, per evitare la “sindrome cinese” evocata dalla Zuboff, deve rispettare rigorosamente i seguenti presupposti: deve trattarsi di disciplina di carattere primario e rigorosamente proporzionata¹³.

Il dubbio che si è subito posto, tuttavia, è che, stanti i presupposti emergenziali inediti nei quali ci si è trovati ad operare, questi requisiti non potessero essere rispettati¹⁴.

Quanto alla fonte, il rischio non mi pare che possa tanto configurarsi nell'alternativa fra una legislazione organica che preveda il procedimento da adottare e l'autorità giudiziaria cui eventualmente il cittadino possa rivolgersi, ovvero di un intervento governativo con decreto-legge, posto che nel nostro caso proporzionalità implica il carattere assolutamente temporaneo del trattamento. È vero, infatti, che il fine non può che essere quello dell'uscita dall'emergenza: occorre dunque che gli strumenti messi in campo abbiano solo ed esclusivamente questa finalità ed abbiano una durata limitata nel tempo, tale da garantire che, una volta terminata l'emergenza, i dati vengano distrutti e non siano più utilizzabili se non, eventualmente, in forma aggregata ed anonima, al solo fine di ricerca.

D'altra parte queste due prospettive appaiono conciliabili, nella misura in cui la decretazione d'urgenza possa poi essere eventualmente corretta, migliorata e “messa a regime” attraverso l'ineludibile passaggio parlamentare, che deve evidentemente costituire la sede per realizzare la *accountability* politico-governativa fondamentale in questo settore. Responsabilità che è anche, peraltro, garanzia di pieno controllo giurisdizionale, ma, ancor prima, appunto, regole procedurali chiare di profilazione dei dati. Tutto ciò è fondamentale anche per un altro convitato di pietra, spesso ignorato, rappresentato dalle piattaforme private digitali che potrebbero non dare il proprio consenso, temendo dalla diffusione indiscriminata dei dati un grande danno – quanto meno – reputazionale. Che ciò ben possa accadere è piuttosto scontato, peraltro anche con

¹³ E. CARLONI, “*Fisime per la privacy*” *Protezione dei dati personali e interesse pubblico nella pandemia*, paper pubblicato nel blog www.ridiam.it; F. PIZZETTI, *A rischio le libertà dei cittadini, urgente un intervento giuridico*, in www.agendadigitale.it.

¹⁴ Si rinvia a G. TROPEA, *Il contact tracing digitale e l'epidemia: sindrome cinese?*, in www.lacostituzione.info, 9 aprile 2020.

riguardo ad Enti pubblici: si pensi alla vicenda che ha interessato l'INPS in seguito alla richiesta di massa del bonus di 600 € previsto dal decreto "Cura Italia", con dati sensibili di molti contribuenti esposti online.

Il vero problema è piuttosto un altro. Come si è detto, le iniziative *de facto* o di livello normativo comunque non primario (ancora ci piace parlare di *soft law*, sic!) tendono a moltiplicarsi, evidentemente ponendosi fuori dal sistema tracciato dal combinarsi fra fonte europea e fonte nazionale. Si pensi, ad esempio, alla recente nota ENAC del 23 marzo 2020, prot. 32363, relativa all'uso dei droni per il monitoraggio dello spostamento dei cittadini sul territorio comunale, con la quale si autorizzano tutti gli «Enti di Stato di cui all'art. 744 del Codice della Navigazione e delle Polizie Locali dei Comuni italiani» ad operare in deroga a svariati requisiti di registrazione e di identificazione nonché anche su aree urbane, senza la necessità di alcuna autorizzazione da parte di ENAC. Questa vicenda dovrebbe allarmare tutti, come cittadini. Non si dimentichi, peraltro, che dopo un primo intervento il 16 luglio 2015, l'ENAC ha pensato bene di emendare il proprio regolamento cinque mesi dopo, vale a dire il 21 dicembre di quello stesso anno. Alla luce di queste e altre analoghe esperienze nazionali degli stati membri, la Commissione

europea ha dovuto correre ai ripari, presentando una proposta di revisione del regolamento UE 216/2008, al fine di riappropriarsi dei poteri normativi in materia di droni fin qui delegati, tra gli altri, appunto all'ENAC¹⁵.

Del resto ricerche informate¹⁶ hanno dimostrato come negli scorsi anni l'uso dei droni in pace e in guerra (cd. "targeted killing", cioè l'uccisione mirata di persone ritenute pericolose per lo Stato cui appartiene il drone) sia spesso stato sottratto alle regole della trasparenza, anche in Paesi come gli USA, dove notoriamente è presente il FOIA (*Freedom of Information Act*).

Quanto alla proporzionalità bisogna intendersi. Mi pare che in questa materia la proporzionalità implichi soluzioni pseudo-anonimizzate che evitino trattamenti che esulino da compiti e responsabilità di tipo epidemiologico, carattere assolutamente temporaneo del trattamento, suo legame con strategie di "vigilanza attiva" (tamponi sui soggetti potenziali positivi non sintomatici).

Dal combinato disposto degli articoli 5 e 6 del Regolamento, che determinano le condizioni di liceità e le finalità della raccolta dati, si ricavano i principi generali che il titolare del trattamento deve seguire nella raccolta dei dati personali degli utenti. In particolare, il regolamento europeo sancisce la necessità che i dati personali vengano raccolti per finalità determinate, esplicite e lecite nei limiti di quanto necessario per il raggiungimento dello scopo per i quali sono stati raccolti. L'unione di questi due principi determina la nascita del c.d. principio di minimizzazione del trattamento.

Tale principio è cardine della normativa europea, per cui non può subire ingiustificate limitazioni.

¹⁵ U. PAGALLO, *Intelligenza artificiale e diritto. Linee guida per un oculato intervento normativo*, in *Sistemi intelligenti*, n. 3/2017, 615 ss.

¹⁶ M.G. LOSANO, *Trasparenza e segreto: una convivenza difficile nello Stato democratico*, in *Dir. pubbl.*, 2017, 657.

I principi di pertinenza, adeguatezza e non eccedenza nell'uso dei dati rappresentano gli unici indicatori capaci di guidare verso un uso dei dati corretto e coerente con le esigenze sanitarie, senza valicare gli opposti interessi alla riservatezza del dato: il dato circola in quanto e nella misura in cui esso si renda necessario per i fini posti a tutela della salute (individuale e collettiva).

Più discutibile mi pare invece l'approccio di chi ritiene che in questi casi la proporzionalità deve attuarsi tramite l'immediata adozione di misure di massimo rigore che, se fondate invece su approccio improntato a gradualità potrebbero poi implicare, data la presumibile inefficacia, successivi provvedimenti ben più invasivi dei diritti individuali e della collettività. Una cosa è la valutazione giurisdizionale che in sede cautelare viene effettuata in questi convulsi e tristi giorni, rispetto alla quale può essere comprensibile una particolare attenzione del giudice per l'interesse pubblico alla salute, altra è la proporzionalità e adeguatezza delle misure legislative che determineranno presumibilmente il trattamento digitale dei dati, che deve essere adottata nel rispetto dei principi d'una società democratica, ai sensi dell'art. 15 della direttiva 58/2002 CE. Peraltro può essere utile notare che quando il giudice amministrativo ha affrontato sinora *ex professo* la questione della compatibilità del potere di ordinanza con la privacy (nel caso dell'ordinanza del sindaco di Messina che, fra l'altro, imponeva la registrazione on-line dei dati personali di coloro che intendessero attraversare lo stretto) ha perentoriamente data un parere nel senso dell'illegittimità – anche su questo fronte – del provvedimento, per violazione della potestà legislativa statale¹⁷.

Un altro aspetto problematico ha a che fare con il tema delle decisioni amministrative automatizzate tramite algoritmi, come si è detto sopra molto dibattuto nella giurisprudenza amministrativa¹⁸. È corretto ritenere che, seppure vi siano spiragli in tal senso nel GDPR, il decisore politico non possa far coincidere l'esito dell'algoritmo con una misura limitativa ad applicazione automatica; l'uomo deve poter correggere eventuali errori commessi dall'algoritmo¹⁹.

Infine, i nostri dati debbono confluire in un server di proprietà rigorosamente pubblica, per evitare che la tracciatura venga utilizzata come merce di scambio in una trattativa con i Google di turno, ampiamente esaminati nell'indagine critica della Zuboff, dalla quale hanno preso avvio le presenti note.

¹⁷ Cons. St., sez. I, 7 aprile 2020, n. 735.

¹⁸ Si veda il caso della distribuzione dei posti dei docenti delle scuole secondarie nell'ambito della cd. "buona scuola". Sul punto il giudice amministrativo sembra avere un approccio ancora non univoco: da una parte si registrano sentenze che contestano radicalmente un processo decisionale gestito unicamente da un algoritmo preimpostato e predefinito onde tener conto in automatico di posizioni personali (v. Tar Lazio, sez. III-bis, 27 maggio 2019, n. 6606), dall'altra vi sono decisioni più possibiliste, che pretendono però il rispetto dell'obbligo di motivazione, di trasparenza e di correttezza, oltre all'ampiezza del sindacato giurisdizionale (v. Cons. St., sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270).

¹⁹ G. DE MINICO, *Virus e algoritmi. Impariamo da un'esperienza dolorosa*, in *www.lacostituzione.info*, 1 aprile 2020.

Il recente art. 6 del d.l. 30 aprile 2020, n. 28, è apprezzabile perché ha tenuto conto di molti dei suddetti rilievi, a cominciare proprio dalla fonte del diritto impiegata. Il decreto ha chiarito, inoltre, che i dati personali raccolti dall'applicazione saranno «esclusivamente quelli necessari ad avvisare gli utenti dell'applicazione di rientrare tra i contatti stretti di altri utenti accertati positivi al Covid-19». Così come i dati raccolti non potranno essere utilizzati per finalità diverse, salva la possibilità di utilizzo in forma aggregata o comunque anonima, per soli fini statistici o di ricerca scientifica. Ai sensi del co. 3, lett. c), poi, il trattamento effettuato per allertare i contatti deve essere «basato sul trattamento di dati di prossimità dei dispositivi, resi anonimi oppure, ove ciò non sia possibile, pseudonimizzati; è esclusa in ogni caso la geolocalizzazione dei singoli utenti». Non solo anonimato, ma anche facoltatività dell'installazione, e previsione che la mancata installazione dell'app non comporti alcuna conseguenza pregiudizievole. È quindi imposta la cancellazione dei dati alla data di cessazione dello stato di emergenza, e comunque non oltre il 31 dicembre 2020. Infine si prevede la titolarità pubblica della piattaforma e il coinvolgimento del Garante della privacy da parte del Ministero della salute, ai sensi dell'art. 36, par. 5, Regolamento (UE) 2016/679, nell'adozione delle misure tecniche e organizzative idonee a garantire un livello di sicurezza adeguato ai rischi per i diritti e le libertà degli interessati.

L'accesso dibattito di queste settimane, insomma, sembra aver prodotto i suoi frutti.

Non è possibile, ad ogni modo, abbassare la guardia. Bisogna far attenzione a che la “sindrome cinese” non prevalga, viceversa il “giuridico” non conterrà più l'amara prospettiva della più radicale post-biopolitica²⁰. La quale ci avverte: «Quello che preoccupa è non tanto o non solo il presente, ma il dopo. Così come le guerre hanno lasciato in eredità alla pace una serie di tecnologie nefaste, dai fili spinati alle centrali nucleari, così è molto probabile che si cercherà di continuare anche dopo l'emergenza sanitaria gli esperimenti che i governi non erano riusciti prima a realizzare: che si chiudano le università e le scuole e si facciano lezioni solo on line, che si smetta una buona volta di riunirsi e di parlare per ragioni politiche o culturali e ci si scambino soltanto messaggi digitali, che ovunque è possibile le macchine sostituiscano ogni contatto - ogni contagio - fra gli esseri umani»²¹. L'appuntamento, forse, è solo rinviato.

²⁰ Per una esemplare immagine del giuridico che trova antidoti ai moniti della biopolitica, v. L.R. PERFETTI, *L'imperium colpisce ancora. Riflessione di diritto pubblico sul colpo di Stato durante la XVII legislatura repubblicana*, Soveria Mannelli, Rubbettino Editore, 2020.

²¹ G. AGAMBEN, *L'invenzione di un'epidemia*; ID., *Contagio*, in www.quodlibet.it

ANDREA PANZAROLA
Professore ordinario di diritto processuale civile presso l'Università LUM di Bari
(Casamassima)
panzarola@lum.it

**BREVI CONSIDERAZIONI
A MARGINE DEL VOLUME DI S. VACCARI, IL
GIUDICATO NEL NUOVO DIRITTO PROCESSUALE
AMMINISTRATIVO (CON PREFAZIONE DI G.
PASTORI, TORINO, GIAPPICHELLI, 2017)**

1. Alla base del bel volume di Vaccari vi è la dichiarata aspirazione a un giudicato amministrativo connotato dai caratteri della completezza e della stabilità, felicemente denominato a «*spettanza stabilizzata*». Secondo l'autore un giudicato consimile può essere ottenuto o valorizzando l'antecedente fase procedimentale o incidendo sul giudizio amministrativo. Nel primo caso è ipotizzata l'esistenza di un vero e proprio onere di preclusione procedimentale a carico della amministrazione, sulla scorta di taluni principi che sovrintendono all'esercizio della funzione amministrativa e sul fondamento di specifici istituti di diritto positivo. Nel secondo caso la via prescelta si innesta sulla rimodulazione (soprattutto) della istruttoria che può svolgersi officiosamente nel corso del processo. In entrambi i casi vuole essere soddisfatto l'anelito ad ampliare le preclusioni discendenti dalla sentenza amministrativa e correlati al giudicato che l'accompagna, allo scopo di introdurre limiti più stringenti al rinnovato esercizio *post iudicatum* del potere discrezionale amministrativo per circoscrivere la parte libera che per sua natura lo contraddistingue. L'esaurimento degli spazi residui di discrezionalità in capo alla P.A. viene perseguito nell'un caso onerandola, già nel corso del procedimento amministrativo, ad allegare i titoli costitutivi sottostanti al potere amministrativo esercitato; nell'altro, potenziando l'impiego dei poteri istruttori officiosi del giudice amministrativo, favorendo in vario modo (anche attraverso il trapianto in sede istruttoria dello strumento del cosiddetto *remand*) la emersione nel corso del processo di tutti quei profili implicati nell'esercizio del pubblico potere i quali, per essere stati in questa maniera presenti al giudice al momento della pronunzia, confluirebbero (dilatandolo in misura corrispondente) nel giudicato di accoglimento del ricorso del privato. Qui la estensione dei limiti oggettivi del giudicato amministrativo che conclude il processo è raccordata ai temi decisori che vi sono stati trattati anche, se non solo, attraverso la potenziata iniziativa istruttoria giudiziale. Seguendo viceversa l'altra alternativa delineata, che fa leva sulla determinazione di un onere a carico della P.A. nella antecedente fase procedimentale, la estensione della portata del giudicato è bensì possibile, ma sempre subordinatamente alla prospettazione della parte ricorrente che insorga contro l'atto nel quale si è espresso il pubbli-

co potere (in esito ad un procedimento preventivo nel quale dovrebbe essere stati spesi tutti i titoli costitutivi rilevanti e ad esso sottesi).

Si sa che ogni indagine sul giudicato è difficilissima perché esso campeggia al centro del sistema. Non si contano i rimandi e le interrelazioni con altri argomenti sovente di non minore complessità. Ecco perché, con sensibilità sismografica ai nuovi problemi, in parallelo all'esposizione dell'argomento principale, l'autore traccia la evoluzione dell'oggetto del processo amministrativo dalla mera questione di legittimità dell'atto impugnato alla vera e propria pretesa azionata in giudizio dal ricorrente. Questa evoluzione, propiziata da una risalente riflessione dottrinale – alla quale hanno offerto cospicui contributi anche gli studiosi del processo civile, ad iniziare da Bruno Sassani –, trova corrispondenza nella pluralità di azioni che attualmente figurano nel codice del processo amministrativo (che, pur nella loro varietà, reclamano nondimeno una pronunzia del giudice a spettanza stabilizzata in grado di circoscrivere puntualmente la eventuale riedizione del potere amministrativo discrezionale).

Intimamente connessa al tema centrale del volume è altresì la rimeditazione dell'oggetto della fase successiva alla conclusione del giudizio di cognizione, nella non infrequente ipotesi di mancato spontaneo adempimento della amministrazione al comando giudiziale. Il fatto è che, una volta che si ammetta che la sentenza amministrativa di accoglimento possa elevarsi ad un giudicato a spettanza stabilizzata, la fase successiva della ottemperanza può guadagnare (in contemplazione di una decisione ottemperanda contrassegnata in tesi da cogente puntualità) i connotati di una esecuzione forzata vera e propria (secondo gli auspici espressi, non da ora, fra i processualcivili, in particolare da Giovanni Verde) e così dismettere quel carattere misto che continua tuttora ad esibire (e che fatalmente deriva oggi dalla ben nota usuale incompletezza della sentenza amministrativa – e così dalla simmetrica efficacia oggettiva circoscritta che le spetta –, la quale non può non richiedere una attività di specificazione ad opera del giudice della ottemperanza di taglio sovente schiettamente cognitivo).

2. Scheletro e muscolatura del volume sono perfettamente messi a nudo nella prefazione al volume di Giorgio Pastori. Poco altro si può perciò aggiungere sul versante del processo amministrativo, se non sottolineare il pensiero chiaro e lo stile limpido dell'autore, la completezza delle informazioni e la ponderatezza nelle soluzioni, la sobrietà e misura nella argomentazione. L'equilibrio che pervade lo studio è riflesso nella stessa alternativa che vi è delineata quanto ai presupposti per conseguire il risultato al quale l'autore anela (un giudicato a spettanza stabilizzata): da un verso, il presupposto che vorremmo definire procedimentale (con la costruzione di quell'onere di preclusione procedimentale gravante sulla amministrazione al quale abbiamo accennato), dall'altro il presupposto che si potrebbe denominare processuale (con la enfaticizzazione dei poteri istruttori officiosi in capo al giudice).

La prudenza di Vaccari sul punto non si può che condividere perché evidentemente una cosa è agire – come pure egli mostra di preferire – sul piano

del *procedimento* amministrativo con il concetto dell'*onere* gravante sulla P.A. (in funzione della spendita, reale o fittizia, di tutti i fatti costitutivi alla base del potere pubblico da esercitare), altra e diversissima cosa è agire sul piano del *processo* – sulla sua delicatissima trama interna innervata (come l'autore non smette di segnalare) dal principio dispositivo – immaginando un utilizzo (diciamo così) più “energico” del *potere* del *giudice* in materia istruttoria (una materia per di più rimodulata estensivamente al punto da ricomprendervi l'utilizzo come strumento ordinario del c.d. *remand*). Agendo sul piano del procedimento, alla consumazione dei titoli costitutivi concorrenti del potere (pure tramite l'uso largo del c.d. preavviso di rigetto), si giustapporrebbe la libera (e responsabile) conformazione della domanda di parte (che rispecchia le «*scelte del ricorrente alla base del principio dispositivo*») e la conservazione del ruolo usuale del giudice. Inversamente, l'iniziativa processuale officiosa del giudice nel corso del giudizio amministrativo, mentre ne accentuerebbe i poteri, limiterebbe corrispondentemente la responsabilità della parte in dipendenza del “soccorso” istruttorio giudiziale. In ambito processuale, insomma, il dialogo «*dinamico*» con l'amministrazione (per porre in luce i profili rilevanti dell'azione amministrativa sui quali potrà innestarsi la forza preclusiva del giudicato) sarebbe affidato a meccanismi (anche innovativi) ai quali sovrintenderebbe il giudice. Ciò può forse spiegare la preferenza che l'autore lascia trasparire per l'altra soluzione (che denominammo) procedimentale, nella quale resta centrale il rilievo accordato alla iniziativa di parte (alla quale viceversa si giustappone, se non proprio sostituisce, il potere disimpegnato dal giudice nel processo per «*stabilizzare*» gli effetti della sentenza). In virtù della completezza del procedimento amministrativo (attinta attraverso la postulazione di quell'onere di cui si è detto in capo alla P.A.), il ricorrente sarebbe posto nella condizione (e così graverebbe su di lui la responsabilità esclusiva) di censurare nella sua interezza il potere discrezionale esercitato nei suoi confronti (ottenendo, in caso di esito positivo del ricorso, un giudicato amministrativo con effetto stabilizzante).

La carica problematica sottesa alla menzionata alternativa appare manifesta ed è denunciata anche dal punto di vista formale, con le note che sopravanzano in questa parte del lavoro il testo, con il rischio talora di alterare quella giusta proporzione tra le une e l'altro che si rintraccia nel resto del volume. Su un punto così rilevante, forse Vaccari avrebbe potuto esprimere una preferenza più netta e condurre un esame maggiormente analitico (in queste pagine, si direbbe, la linea prevale sul punto...), soprattutto per porre in risalto le conseguenze sulla complessiva struttura del processo dell'ampliamento dei poteri officiosi del giudice (comunque preminenti sulla iniziativa di parte anche nella prospettiva – suggerita oculatamente dall'autore – del superamento nel giudizio del divieto tratteggio di integrazione postuma della motivazione da parte della amministrazione). Ma è innegabile che, anche in questa parte della sua monografia, la linea disegnata dall'autore e il generale inquadramento dei temi sul tappeto, oltre a rivelarne la spiccata attitudine alla sintesi, appaiono assai utili per chi voglia ricercare un decisivo chiarimento sulle ragioni, se non sulle modalità, per consentire una estensione oggettiva del giudicato amministrativo a

garanzia del singolo che insorga contro l'esercizio del potere discrezionale e a presidio della sua legittima pretesa a non subirne la riedizione *post indicatum*.

3. Per lo studioso del processo civile i motivi di interesse del volume non si esauriscono nelle cose già segnalate. Il primo capitolo è tra l'altro interamente destinato alla trattazione della classica tematica dello «oggetto del giudicato nella teoria generale del processo». La dottrina del processo civile vi è esaminata con completezza e in maniera diligente, nelle sue svariate articolazioni (ad iniziare dai risultati attinti in tema di azioni costitutive). Si dà anche brevemente conto più avanti nel testo della vivacissima discussione avviatasi ultimamente intorno ai limiti oggettivi del giudicato civile al lume delle cosiddette sentenze gemelle della Cassazione del 2014, vere e proprie «sentenze-trattato» delle Sezioni Unite (che vorrebbero riannodarsi alla c.d. *Begründungstheorie* di Zeuner ed in effetti se ne distaccano sensibilmente). Alle numerose voci che hanno autorevolmente plaudito al nuovo indirizzo della Suprema Corte (e che vengono registrate nel testo), se ne contrappongono altre che, con varie sfumature, hanno espresso motivate riserve. In effetti, di contro alla logica (di libertà e responsabilità ad un tempo) sottesa al principio dispositivo, si indovina nelle «sentenze gemelle» la pretesa (ripresa in vario modo in altre sentenze di Cassazione, come per certi versi in quella ben nota del 2015 in tema di modificazione della domanda) a conseguire una decisione quanto più possibile esaustiva della controversia: una decisione “totale”, che regoli tutto quanto, senza lacune o smagliature, nella compiuta fiducia della sua unicità (una decisione alla *Bleak House*, ci è capitato di scrivere sul filo del paradosso ripensando al romanzo di Dickens e alla causa ereditaria «*Jarndyce and Jarndyce*» di fronte alla «*Court of Chancery*», divenuta interminabile – «*tormento, rovina e disperazione*» – perché il Giudice, anziché limitarsi a pronunciare sulle richieste delle parti, volle allargare di sua iniziativa la decisione ad altri e differenti temi decisorii). Ma il principio dispositivo (cardine del «giusto processo») consegna una idea opposta (l'idea per cui non interessa definire tutte le relazioni intercorrenti tra le parti, ma dirimere la concreta e particolare situazione da esse perimetrata siccome controversa). La scelta libera e volontaria della parte, sottesa a quel principio, disegna inevitabilmente uno scenario sfrangiato, improntato alla flessibilità, piegato al particolare anziché slargato alla situazione della vita nel suo complesso (quella situazione della vita che – nella prospettiva qui avvertita delle Sezioni Unite – finirebbe per inghiottire il processo civile di parti a tipo dispositivo e la sua logica di libera e personale modulazione dell'oggetto del giudizio e comunque per stravolgere la misurata strumentalità del processo rispetto al diritto sostanziale). Cosa ancora più rimarchevole, se per ottenere quella sentenza “totale” che tutto decide si arriva addirittura al punto (al punto «*estremo*», ammettiamolo schiettamente) di teorizzare il giudicato implicito (invisibile e a sorpresa) sulla non-nullità del contratto (come vorrebbero, in una certa ben nota situazione, le c.d. sentenze gemelle), si creano le condizioni per fare uscire dal proscenio del processo civile proprio la parte o – per riprendere le parole di Calamandrei (strenuo sostenitore di «*quel principio di iniziativa e di responsabilità che va sotto il nome di principio dispositivo*») – la «per-

sona». Va da sé, poi – a monte (quanto alla latitudine applicativa dell'art. 34 c.p.c.) –, che è tutt'altro che incontrovertibile che la pregiudizialità logica rappresenti una forma impropria di pregiudizialità che incorpori una mera cognizione preliminare solo intellettuale o istruttoria. La relazione che intercede tra i singoli effetti del rapporto contrattuale e il rapporto contrattuale fondamentale non è tale da cancellare l'autonomia degli uni rispetto all'altro, tanto che è del tutto fisiologico che quegli effetti e il rapporto dal quale promanano siano trasformati, per scelta di parte, ad oggetto di diversi processi o di un unico processo cumulativo (cioè con più «cause» distinte, suscettibili di essere decise con altrettante parti di sentenza). Ma la scelta esplicita di parte è essenziale e prescindere (come vogliono prescindere le Sezioni Unite con la azzardata teoria dell'implicito ritagliata sulla validità del contratto) non appare (a numerosi studiosi che meriterebbero di essere rammentati) condivisibile.

4. Su questo profilo rimane la differenza tra i due processi, amministrativo e civile. Quanto è praticabile nel primo (in vista di un giudicato stabilizzato) a garanzia del singolo che si confronti con l'inesauribile potere discrezionale della Autorità che lo sovrasta, non è detto che lo sia nel secondo, in un processo (tra eguali, cioè) «di parti a tipo dispositivo». Qui non serve il richiamo ai “nuovi” valori funzionali del processo (incentrati sul «rispetto della non illimitata risorsa-giustizia», imperniati sulla «concentrazione processuale», coordinati alla «corrispettività sostanziale», alla «stabilità» ed «armonizzazione» delle decisioni, ecc.). Si tratta di valori altrettanto vaghi che sforniti di un saldo puntello normativo qual è – dal lato opposto – quello che si rinviene alla base del principio dispositivo. Certo si comprende che – dinanzi alla tutto sommato recente entrata in vigore del c.d. codice del processo amministrativo, ai principi processuali che vi figurando, alla introduzione di azioni ulteriori rispetto a quella tradizionale di annullamento, ecc. – Vaccari si riferisca (già nel titolo del suo volume) sovente al «nuovo» diritto processuale amministrativo. Nulla di simile si potrebbe evidentemente affermare – dinanzi all'enorme peso di secoli di esperienza – per il processo civile. È vero che la Corte di cassazione recentemente (a far data dalle sentenze gemelle, passando per la successiva decisione del 2015 sulla modificazione della domanda) è solita richiamarsi a quei “nuovi” valori funzionali. Ma questa scelta, se ha trovato diffusi consensi (opportunamente inventariati nel volume), ha conosciuto non minori obiezioni fra gli studiosi del processo civile (che percepiscono, in vario modo e con differente intensità, il pericolo di una autentica «tirannia dei valori»). Rispetto ai «valori» sono comunque prevalenti i principi generali del processo contemplati dal codice di rito e assicurati dalle norme costituzionali (dal principio dispositivo al diritto di azione, ecc.). Se poi nel processo civile quei valori sono *ex abrupto*, senza il conforto di norme espresse e in maniera unilaterale, innalzati a principi processuali, quale premessa per ardite operazioni di bilanciamento, i rischi per la tutela giudiziale dei diritti non sono trascurabili. È a tutti presente il fatto che oggi il «*principlismo*» all'opera nella giurisprudenza della Cassazione civile comporta – con il declassamento delle regole processuali contrastanti con quei principi di “nuovo” conio (che in altra oc-

casione abbiamo voluto denominare principi «utilitaristici») – la retrocessione di altri epocali principi generali a una posizione di minore (se non proprio trascurabile) importanza. Ciò è rispecchiato anche nella complessa relazione oppositiva che intercede – per le ragioni dianzi sintetizzate – fra (eteronoma se non automatica) estensione oggettiva del giudicato civile e principio dispositivo. Ma la tendenza, come si diceva, è ben più ampia (chi non ricorda, ad esempio, la creazione *ex nihilo* del temibilissimo cosiddetto «principio di autosufficienza» nel ricorso per cassazione?). In altri contributi (e da ultimo nella *Rivista trimestrale di diritto pubblico* del 2020, in un lavoro dedicato a Fabio Merusi) abbiamo noi stessi motivato le ragioni di dissenso rispetto alla operazione solitaria della Suprema Corte di inserimento – nel “recinto” del giudizio civile – di “nuovi” principi «utilitaristici» (da quello di proporzionalità a quello di sinteticità, passando per quello che si riannoda al c.d. abuso del processo, ecc.) in grado di limitare le garanzie del contraddittorio, della difesa e della azione in giudizio (cioè delle irrinunciabili componenti del principio «eterno» del giusto processo). Crediamo più ampiamente che il compito dello studioso del processo sia di vigilare che nel *temenos* del giudizio civile non siano introdotti arbitrariamente dei principi nuovi – di carattere organizzativo e impronta utilitaristica – per far fronte, con soluzioni di emergenza, alla situazione di crisi nella quale ci troviamo. Questo beninteso non vuol dire che vi siano posizioni definitive e concetti intangibili. I concetti sono fabbricati per la conoscenza del diritto processuale, per consentirne una visione più profonda o meno incompiuta. Ma se si abbracciano i «valori funzionali» i fondamenti del processo, invece che chiariti, vengono oscurati dietro formule generiche e polivalenti, dalle quali potrebbe discendere pure una certa commistione fra nozioni distinte. Per dirne una, la «concentrazione» è adesso evocata da Vaccari (addirittura alla stregua di principio) per denotare l'esaurimento in sede processuale di ogni residuo spazio di discrezionalità amministrativa. Il civilista è invece abituato a pensare da lungo tempo che per «concentrazione» sia da intendere uno dei cinque profili (il più importante in effetti) in cui si suddivide la oralità chiovendiana, vale a dire la trattazione della causa in un unico periodo (dibattimento) da svolgersi in un'udienza o in poche udienze vicine. Cosa notevole, in una accezione non dissimile la «concentrazione» è richiamata anche di recente dallo stesso legislatore (nell'art. 54, co. 4, lettera b, n. 1, della legge 18 giugno 2009, n. 69, sulla base della quale è stato adottato il c.d. decreto sulla semplificazione dei riti, d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150).

5. Vaccari esamina meticolosamente le teorie in competizione – mettendone in evidenza le assunzioni soggiacenti, gli interessi in gioco, i rapporti fra parti giudice ed amministrazione – saggiandone la accettabilità e i disvelandone i limiti. Ragguardevole appare specialmente (nella prospettiva del processualcivilista) il secondo capitolo del volume dove vengono ripercorsi (avendo ben presenti i più rilevanti contributi apparsi negli anni ed in particolare quello di Marcello Clarich) genesi e sviluppo del dibattito sul giudicato amministrativo. Per la sua importanza, spicca la attenta e sottile rivisitazione compiuta dell'opera sul punto di Federico Cammeo, che può essere additato come esem-

plare anello di congiunzione fra i due processi, amministrativo e civile. Non è casuale che egli possedesse – come nota, non senza ragione, Vaccari – una «grande conoscenza» della «migliore dottrina» del processo civile. Il fatto è che Cammeo era parte, e parte rilevante, di tale dottrina. Soprattutto grazie a Franco Cipriani, anche agli studiosi del processo è adesso noto che – per dirla con Carnelutti – «quella lama di Damasco che è Federico Cammeo» ricoprì sin dal 1905 la cattedra di “Procedura civile e ordinamento giudiziario” dell’Università di Padova (che lasciò nell’ottobre del 1911 per passare all’Ateneo bolognese, dove continuò ad insegnare la stessa materia sino al 1915, quando riprese ad insegnare Diritto amministrativo). Fra «i grandi clinici del diritto» (e sono parole ancora una volta di Carnelutti), il “discepolo” di Lodovico Mortara fu anche componente della Sottocommissione C (quella per il codice di procedura civile e presieduta dal Maestro mantovano), una delle quattro in cui era articolata la Commissione reale per la riforma dei codici costituita con r.d. 3 giugno 1924. Non è inoltre inutile ricordare che alcuni anni fa sono state riproposte da Alberto Trabucchi le *Lezioni di procedura civile*, pubblicate da Cammeo, in edizione litografica, nel 1910. Fra l’altro Cammeo ha impresso il segno del suo talento di studioso e di maestro anche nello studio della Cassazione civile: non tanto e non solo allorché si pose ad investigare la estensione del vincolo mediato della decisione delle Sezioni Unite per il giudice di rinvio, ma soprattutto quando (e ci capitò di evidenziarlo nel volume del 2005 sulla *Cassazione civile giudice del merito*) teorizzò – oltre se non contro la legge vigente, sotto la ardita veste del «principio generale di procedura» – l’uso largo della pronunzia di cassazione *senza* rinvio. Infine, anche quando il suo multiforme ingegno si esercitò (come ha ricordato tra gli altri Nicola Picardi) nell’alta funzione consultiva per la elaborazione della legislazione vaticana, la attenzione di Cammeo per le tematiche processuali fu sempre notevole. Una conferma di quanto si va dicendo la si rinviene nel celebre volume del 1932 (frutto diretto di quella esperienza consultiva) su *L’ordinamento giuridico dello Stato della città del Vaticano* (nel quale – oltre che una sezione riservata allo «ordinamento giudiziario» – compaiono due sezioni dedicate alla legislazione di «procedura penale» e a quella di «procedura civile»).

Non intendiamo qui neppure avviare l’esame della teoria («proto-civilistica», la chiama efficacemente Vaccari) di Cammeo, un esame che esigerebbe, di volta in volta, di dire di più, e di dire altro. Vorremmo limitarci a segnalare la somiglianza – se si guarda all’essenziale e si pongono in secondo piano differenze esteriori e secondarie pure sussistenti – fra i caratteri della azione costitutiva di annullamento di Cammeo e gli elementi rilevanti della calamandreiana azione (costitutiva) di annullamento sottesa al ricorso per cassazione (ricostruito notoriamente in chiave di azione di impugnativa autonoma e distinta rispetto al processo nel quale si inserisce, in dipendenza del carattere di rimedio «straordinario» assegnatogli dalla legge del tempo). Basti qui sottolineare che, come per Cammeo in rapporto al provvedimento amministrativo impugnato, così per Calamandrei in relazione alla sentenza oggetto di ricorso per cassazione, vi sono tante (e diverse) azioni quanti sono i motivi di ricorso (indifferentemente *in iudicando* o *in procedendo*) prospettati dagli interessati, giacché la *causa petendi* della

azione di impugnativa sarebbe da ravvisare nello specifico motivo fatto valere e varierebbe al variare di questo. Per entrambi gli autori – e mutato quel che c'è da mutare nelle rispettive tesi (elaborate significativamente l'una a distanza di pochi anni dall'altra) –, la funzione disimpegnata dal Giudice che accogliesse l'impugnativa (ora il Consiglio di Stato ora la Cassazione) non poteva che esibire un carattere eminentemente negativo. Per Cammeo, l'annullamento giurisdizionale dell'atto amministrativo sulla base di un certo motivo non poteva precludere la riedizione del medesimo potere sulla base di un diverso titolo. Per Calamandrei, l'annullamento della sentenza oggetto di ricorso, pur quando pronunciato in seconda battuta dalle Sezioni Unite della Cassazione (e quindi vincolante *de iure ex art. 547, cpv., c.p.c. 1865*), non si sarebbe imposto al giudice di rinvio se non attraverso la (indiretta e non poco equivoca) via della c.d. preclusione. Ad accomunare le prestazioni intellettuali dei due Maestri vi è infine il fatto che le rispettive teorie, per quanto oggi in larga parte superate, continuano non solo ad essere ammirate nella comunità dei giuristi per la loro non comune sagacia e chiarezza, ma sono spesso riprese e, per così dire, aggiornate per riconciliarle con quadri normativi ed istituzionali mutati.

6. In conclusione, non si può non apprezzare che un giovane e valoroso studioso come Vaccari sottolinei energicamente, con piena ragione, il contributo determinante di Elio Fazzalari nella elaborazione di una «*teoria generale del processo*». Si può solo aggiungere che nella sua opera si rintraccia notoriamente – fra le altre cose – la dimostrazione decisiva (attraverso il riferimento alla struttura dialettica come a *ratio distinguendi*) della differenza tra procedimento e processo. Il secondo è una sottospecie del primo, è cioè un procedimento a struttura policentrica ed a svolgimento dialettico (cfr. adesso artt. 111 e 24 Cost. e 101 c.p.c.). Senz'altro il procedimento è uno schema concettuale che può essere impiegato per l'espletamento delle attività più diverse (e naturalmente per lo svolgimento delle attività amministrative). Ma le attività giurisdizionali richiedono qualcosa in più, e qualcosa di diverso: il processo, per l'appunto, con il tessuto connettivo che lo innerva (il contraddittorio nelle sue articolazioni). È grazie a Fazzalari, insomma, se oggi – rispondendo all'interrogativo che si pose Benvenuti in un celebre scritto del 1952 – possiamo sostenere che *non* vi può essere «*funzione giurisdizionale svolta nelle forme di un procedimento*».

FABRIZIO FRACCHIA
Professore ordinario dell'Università L. Bocconi di Milano
fabrizio.fracchia@unibocconi.it

ELIO CASETTA

1. “Persona e amministrazione”: l’espressione, prescelta per indicare il nome della Rivista che ospita questo contributo, ben si presta a costituire la traccia su cui innestare una riflessione volta a tratteggiare sinteticamente la figura di Elio Casetta, uno dei Maestri del nostro diritto amministrativo.

Il binomio, infatti, ordinandole gerarchicamente, indica due delle Sue principali passioni.

In Lui, nel Suo modo di essere, erano prioritariamente evidenti l’interesse e la considerazione per la persona e per il profilo umano delle situazioni, che indagava con trasporto insaziabile.

E poi, al centro della sua incessante curiosità, vi era appunto l’Amministrazione e il suo diritto.

Tuttavia, l’attenzione (ché l’interesse non era disgiunto – ma anzi da ciò risultava alimentato – dall’empatia e dalla vicinanza) per il dato umano, completava e arricchiva la speculazione scientifica rivolta al settore che (lo) aveva prescelto (il diritto amministrativo), costituendo un continuo richiamo alla necessità di confrontare le indagini teoriche con la realtà e risolvendosi in un salutare monito a non dimenticare che il diritto è un prodotto culturale dell’uomo e deve restare al servizio dello stesso.

Anche per questa ragione, prima di accennare alle Sue opere (che sono moltissime e tutte importanti) e al Suo profilo scientifico, voglio rimarcare il tratto umano del mio Maestro.

Le Sue opere, infatti, possono essere lette da tutti; non tutti hanno avuto la fortuna di conoscerLo.

2. L’orizzonte di Elio Casetta era sempre sereno e illuminato, mosso da riflessioni profonde e armoniche, senza apparenti affanni.

Questa la cifra dell’uomo (che, peraltro, affiora anche nell’opera scientifica).

La Sua cultura era profonda e amplissima, i Suoi interessi sconfinati (come non ricordarne la passione per l’arte, per la pittura e per la musica), la Sua memoria infallibile, le sue valutazioni ferme e difficilmente ritrattabili.

Egli aveva poi avuto la grande fortuna, percependone tutta la responsabilità, di formarsi in un mondo totalmente diverso dal nostro (come non mancava mai di ribadire), meno frenetico, ma costellato da figure di assoluto rilievo, veri e propri giganti del diritto se raffrontati ad alcuni personaggi del nostro tempo.

E i Suoi racconti sovente si spingevano a illustrare episodi che coglievano quei protagonisti in una dimensione particolare, per così dire “umana” e “quotidiana”: spesso esaltandone le qualità personali e di studiosi (e allora

l'episodio era sintomatico della grandezza del soggetto), magari, subito dopo, argutamente e per contrasto, riportando le piccolezze di altri, soprattutto i più vanitosi e tronfi; e il racconto non poteva che sfumare così nell'aneddotica più godibile.

Il Suo giudizio era sempre sofisticato e acutissimo (del tutto privo di ingenuità): mai maligno o venato da rancori. Tutto questo non certo (soltanto) per bonomia, ma per distacco sereno; verrebbe da dire per superiorità. Una superiorità, tuttavia, non praticata nei confronti degli individui – non era quello il metro con cui misurava i rapporti con le persone – ma adottata nei confronti delle piccinerie del mondo (anche nel campo universitario, dove non mancano le scorrettezze accademiche).

Un disinteresse sincero verso il beccero tramestio che in nessun modo lo poteva scalfire o lambire.

Sempre interessato alla persona, come dicevo innanzi: lo capiva immediatamente chi avesse la fortuna (ciò capitava anche e soprattutto ai più giovani e alle persone più semplici, per cui aveva un atteggiamento di grande benevolenza) di rapportarsi con Lui, in qualsiasi contesto.

Egli soppesava le parole, le usava con sincerità e con umanità, sicché il colloquio si concludeva sempre, per l'interlocutore, con la sensazione di essere stato esposto a una salutare lezione di buon senso, impartita da una persona di non comune educazione e di grande signorilità.

Sono le doti di un galantuomo piemontese, di forti affetti e legatissimo anche alla famiglia.

Sono le doti di un uomo di cultura attaccato alla città di Torino (la cui Università non volle mai abbandonare, dopo che vi era giunto da Trieste, che onorò e servì con dedizione, passione e attenzione, anche rivestendo la carica di Preside in anni difficili) e alle Sue istituzioni (fu membro dell'Accademia delle Scienze, di cui assunse con generosità il compito di Presidente), non senza perdere occasione di ricordare le proprie origini (la Sua famiglia era di Canale d'Alba).

Sono le doti di una persona dotata di intelligenza sopraffina, di sensibilità e di grande ironia, di un Maestro disponibile, garbato e rispettoso, di un equilibrato servitore dello Stato, di un uomo che ha saputo affrontare con coraggio le prove della vita.

Aveva una sola parola, manteneva le proprie idee e le proprie convinzioni, ma era sempre propenso a trovare soluzioni ragionevoli e condivise, impegnato a stemperare i contrasti.

3. Allievo di Pietro Bodda, si formò nell'Università di Torino.

Qui fu apprezzato didatta, Maestro di molti colleghi (i quali, certamente, mai hanno avvertito imposizioni gerarchiche, veti o forzature, giovandosi dello spirito squisitamente liberale del prof. Casetta) e punto essenziale di riferimento (anche per il Suo equilibrio e per l'indiscussa autorevolezza) di una comunità accademica nazionale che, quando Egli conseguì l'ordinariato, contava pochi Professori che si riconoscevano scientificamente e si rispettavano personalmente.

Nella Facoltà torinese, in un tempo appunto molto diverso dal nostro, ebbe come Colleghi insigni giuristi, con molti dei quali strinse durature e salde amicizie.

Fu promotore e coordinatore del dottorato di ricerca che consorziava molte e prestigiose Università del Nord Italia, luogo di incontro, di dibattito e di formazione di molti attuali Professori.

Si impegnò per rivitalizzare la Rivista *Diritto dell'Economia* e partecipò al varo della Rivista *Diritto amministrativo*.

Fu protagonista, come commissario, di molte tornate concorsuali, perché era unanimemente stimato e apprezzato.

4. Lasciò molte opere scientifiche, che certamente non possono essere qui tutte ricordate.

Non si può non menzionare almeno la sua monografia: *L'illecito degli enti pubblici*, che vide la luce nel lontano 1953.

Il prof. Casetta amava ricordare la genesi dell'opera e la scelta del tema, narrando di un periodo di vita e di studi percorso dalla consapevolezza di misurarsi con l'esigenza di offrire una costruzione innovativa dell'istituto, a distanza di pochi anni dall'entrata in vigore di una disciplina Costituzionale che poneva regole nuove sulla responsabilità degli enti e dei funzionari.

La lettura dell'importante opera, un vero e proprio classico, disvela le sicure doti del Maestro: una prosa elegante e raffinata, la conoscenza della letteratura e della giurisprudenza, il ragionamento stringente e assolutamente rigoroso, l'originalità delle conclusioni.

L'approdo della sua indagine è costituito dalla tesi, assai nota, della responsabilità indiretta dell'ente, impostazione che, pur non seguita dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritarie, ancor oggi affascina e trova punti di supporto nell'ordinamento, oltre che affiorare nell'elaborazione giurisprudenziale.

Non è ovviamente possibile valutare quel lavoro con gli occhi del giurista moderno, assuefatto all'influenza del diritto eurounitario e conscio dell'evoluzione della dottrina e della giurisprudenza.

Collocandosi nel momento in cui essa è stata concepita, non è chi non veda la tempra dello studioso, che si vuole misurare con un argomento difficile, insidioso, meritevole di una completa rivisitazione.

E la Sua preoccupazione era di mettere in primo piano, anche nella prospettiva dell'illecito, il funzionario con la sua responsabilità diretta.

5. Egli fu sempre un amministrativista nel senso più tradizionale del termine: quello era il Suo terreno maggiormente congeniale, sicché, pur avendone avuto l'occasione, evitò di sconfinare in altri settori disciplinari, che ovviamente ben conosceva.

Nel corso degli anni, infatti, con saggi meditati e profondi, cercando sintesi e chiarezza, Elio Casetta ha toccato molti dei temi classici del diritto amministrativo. Basti ricordare che, nel 1952 e nel 1957, sulla Rivista trimestrale di diritto pubblico comparvero due lavori su argomenti assolutamente centrali

(diritto soggettivo e interesse legittimo; attività e atto amministrativo); nello stesso torno di anni affrontò il nodo delle sentenze di accertamento dinanzi al giudice amministrativo; in seguito si occupò, ad esempio, di provvedimento, diritto amministrativo, sanzioni, ancora responsabilità, redigendo importanti voci enciclopediche.

Negli anni più recenti, tornò a trattare di situazioni giuridiche soggettive e di attività, anche inquadrando la questione della discrezionalità; spesso rivisitò l'istituto della partecipazione, pure analizzando le difficoltà di semplificare; incisi e riusciti alcuni scritti destinati a ricordare importanti figure del passato.

Sarebbero sufficienti queste notazioni per confermare il Suo interesse per le basi portanti del sistema del diritto amministrativo, atteggiamento che dovrebbe suonare come un monito rispetto a certe recenti mode di esplorare territori diversi (o di improvvisarsi esperti nei settori non giuridici), soprattutto allorché esse sembrano costituire la giustificazione per eludere il tecnicismo che deve caratterizzare l'incedere dello scienziato del diritto, dimenticando il fatto che i temi classici e quelli difficili sono i banchi di prova su cui deve misurarsi il giurista e formarsi lo studioso.

6. Una tensione sistematica evidente, la Sua, che è culminata nella pubblicazione di un Manuale che ha oggi raggiunto la XXI edizione, su cui si sono formate ormai generazioni di amministrativisti.

Non è senza significato che quel Manuale, opera della maturità che si colloca nel solco dei classici, sia apparso nel 1999, quando ormai il Professore era in pensione.

Un modo garbato per lasciare una traccia profonda senza però imporre alcun condizionamento: una sorta di lascito, consegnato ad "allievi" e "studenti" (cui l'opera è dedicata) in ottemperanza a una delle massime della Sua vita, caratterizzata dalla volontà di non "esagerare" per nessuna ragione, delimitando così una dimensione esistenziale e professionale in cui, proprio perché impegnati a praticare tatto e misura, solo gli spiriti più elevati, senza mai scomporsi, possono raggiungere risultati tanto originali e notevoli, tanto da essere ricordati dai posteri, oltre il contingente e il superfluo.

GIOVANNI MODAFFERI
Tecnologo ENEA
giovanni.modafferi@enea.it

**LA RICERCA SCIENTIFICA TRA STATO E
MERCATO:
LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE ALLA SFIDA
DELLA GLOBALIZZAZIONE**

**SCIENTIFIC RESEARCH BETWEEN STATE AND
MARKET:
PUBLIC ADMINISTRATION FACING THE CHALLENGE
OF GLOBALIZATION**

SINTESI

La scienza deve prendersi sostanzialmente cura delle persone, del loro benessere e dell'ambiente in cui esse vivono, sottolineando al contempo il valore della tecnologia per fare innovazione e guardare con fiducia al futuro.

La ricerca scientifica ha avuto da sempre una "visione globale" dei problemi e delle relative soluzioni che essa propone e costituisce pertanto un mezzo attraverso il quale poter costruire un mondo migliore. La globalizzazione della scienza non è quindi da temere ma da incentivare. L'Europa è ben consapevole di ciò e tende a questo obiettivo.

ABSTRACT

Scientific research should essentially take care of people, their well-being and the environment they live in, while underlining the value of history and technology in creating innovation and looking to the future with confidence.

Science moreover has always had a "global perspective" on the problems and related solutions it proposes, and therefore constitutes a means by which to build a better world. The globalisation of science is consequently not to be feared but to be encouraged. Europe is well aware of this and aims to achieve this goal.

PAROLE CHIAVE: diritto pubblico dell'economia, pubblica amministrazione, enti pubblici di ricerca, digitalizzazione, trasferimento tecnologico.

KEYWORDS: public economic law, public administration, public research organisation, digitization, technology transfer.

INDICE: 1. Premessa. – 2. Scienza e innovazione. – 3. Un nuovo modello di amministrazione. – 4. *Open science* e intelligenza artificiale. – 5. Il finanziamento della ricerca. – 6. Il trasferimento tecnologico. – 7. La politica della ricerca in prospettiva unitaria europea.

1. Premessa.

Il futuro ha bisogno di *ricerca* e di *innovazione*. Due fasi diverse di un fenomeno unitario chiamato comunemente “sviluppo”.

Al di là di alcune definizioni che possono risultare fuorvianti si è soliti differenziare la *ricerca di base*, attività meramente scientifica, dalla *ricerca applicata*, attività sostanzialmente interdisciplinare. La prima ha come obiettivo primario l'*avanzamento scientifico*, l'altra l'*avanzamento tecnologico*.

La ricerca applicata metaforicamente parlando consisterebbe quindi nel “luogo di incontro” (da qui il suo carattere interdisciplinare) tra *scienza* ed *economia*, avendo come ultima finalità quella di sostenere le imprese, soprattutto le piccole e medie, nello sforzo di rinnovare se stesse.

L'innovazione d'altronde è uno dei fattori più importanti per il successo imprenditoriale. Solo chi riesce a conoscere i *desiderata* dei clienti, a rimanere al passo con la tecnologia e a reagire rapidamente ai cambiamenti di mercato, è in grado di competere in maniera “sana” e vincente a livello globale. Il sostegno all'innovazione è però qualcosa di più di un fenomeno socio-economico perché ha un riflesso politico importante: sostenere l'innovazione significa sostenere i giovani, ringiovanire la società.

Il futuro di conseguenza ha certamente bisogno di ricerca, e la ricerca va finanziata affinché riesca a far “maturare” i migliori “frutti” dei suoi sforzi. L'investimento in ricerca rappresenta infatti oggi, una delle poche certezze all'interno dell'intero panorama politico internazionale.

L'insieme delle innovazioni dei processi produttivi e, in particolare, l'insieme delle tecnologie impiegate nella produzione di beni e servizi, si ricollegano poi inevitabilmente al “sistema” o modello di sviluppo che la *Società* persegue in quel determinato momento storico.

È ormai evidente, ad esempio, che il surriscaldamento globale, l'inquinamento e il problema dei rifiuti in plastica, abbiano già da diversi anni portato a ripensare il ciclo economico in termini di *economia circolare*. Ovvero riuso, maggiore efficienza dei processi e maggiore durata dei prodotti, grazie soprattutto a nuove tecnologie e nuovi materiali.

In questo contesto lo scopo dell'Amministrazione pubblica, in particolare degli enti di ricerca, è quello di assicurare una rappresentanza adeguata della *collettività nazionale* e di quella internazionale, e di creare dei collegamenti sempre più stretti, proprio in quanto la globalizzazione e soprattutto l'*età digitale*, richiedono un'accelerazione dei tempi di diffusione delle notizie e un rapporto giuridico che va oltre lo “scambio” e deve puntare alla solidarietà.

2. Scienza e innovazione.

In Europa già da tempo si è compiuta una scelta molto chiara in materia di *ricerca* associando alla stessa il fenomeno dello *sviluppo* (R&S). Nei testi ufficiali viene quindi adoperata la locuzione inglese *Research and Development* (R&D o RND), indicata anche come *Research and Technical Development* (RTD).

Si è così messo l'accento sulla relazione che può (ma non necessariamente deve) sussistere fra *attività di ricerca scientifica e innovazione* ossia il processo di cambiamento quantitativo e qualitativo di un sistema economico, in diversi settori quali il capitale umano, le infrastrutture, la competitività, la sicurezza, la salute, ecc.

Associare la *ricerca* allo *sviluppo* e pertanto all'*innovazione* è, in altri termini, una scelta precisa dell'Unione europea (UE), che va compresa chiaramente.

L'Europa nella sua posizione di culla della scienza moderna, ricca di università, centri di ricerca, laboratori industriali, vanta una lunga tradizione di eccellenza nella ricerca e nell'innovazione. Ciascun Paese possiede le sue tradizioni scientifiche, i suoi punti di forza e i suoi aspetti specifici, che devono essere valorizzati e messi a "fattor comune". La maggior parte delle attività di ricerca del settore pubblico sono infatti, condotte a livello nazionale o regionale, e non a livello europeo.

Per superare questa frammentazione l'Unione europea ha contribuito negli anni ad incentivare una migliore integrazione ed organizzazione dei settori scientifici e tecnologici, nonché a creare le migliori condizioni per l'avanzamento della ricerca, al fine ultimo di rafforzare la competitività europea accrescendo la mobilità degli individui e delle idee.

L'Europa è quindi un attore "globale", con una fortissima tradizione scientifica e sociale (filosofica, teologica, politica, economica), che ha sempre associato al concetto di progresso impostosi in ambito scientifico e umanistico, l'ambito politico e soprattutto economico¹.

La scienza sotto questo punto di vista, è sicuramente "finalizzata", al benessere delle persone e alla cura dell'ambiente in cui esse vivono. Per mezzo del mercato, e dei benefici che da esso derivano, la scienza fa o contribuisce a creare *innovazione*, per guardare con fiducia al futuro.

Se perciò la *ricerca* debba essere ulteriormente definita come "*di base*" o "*applicata*", è come si vedrà appresso, una decisione meno semplice di quanto possa sembrare, concorrendo a tal fine questioni rilevanti, anche di carattere costituzionale.

È quantomeno opportuno però sin d'ora, sottolineare il ruolo chiave che la ricerca scientifica ha nella politica europea, ed in chiave di stabilità politica del *Vecchio Continente*. Così come la *diplomazia scientifica* rafforza, ogni giorno, i rapporti internazionali tra gli Stati.

L'eccellenza scientifica, in definitiva, deve essere considerata un imperativo categorico per realizzare l'Europa nel modo migliore, e rimanere competitivi sempre, anche a livello globale.

¹ Si menzionano, tra gli altri, il Charles-Irénée Castel de Saint-Pierre in alcune sue opere, Charles-Louis de Secondat, barone di la Brède e di Montesquieu con *L'Esprit de lois* o le *Lettere persiane* a lui attribuite, F. Marie Arouet Voltaire con le "*Lettres philosophiques*", Gaetano Filangieri, Herbert Spencer, Norberto Bobbio.

3. Un nuovo modello di amministrazione.

L'*innovazione* è concetto che dal latino si traduce in “rendere nuovo” ossia “al passo con i tempi” o meglio in “rinnovare” e pertanto, esprimibile ancora con riacquistare forza, vigore, efficienza. Lo stesso può assumere inoltre il significato di “aggiornamento” o ancora di “riqualificazione”.

L'innovazione può riguardare infatti ambiti completamente diversi, come ad esempio quello professionale o “umano” della Pubblica amministrazione (*human innovation*), ovvero l'ambito organizzativo o tecnico-scientifico della stessa (*technological or technical-scientific innovation*). In questo caso è più corretto però parlare di “riforma” della *Pubblica amministrazione* (PA).

Un nuovo modello di PA, come noto, dovrebbe prevedere innanzitutto, un ampio ricorso alla *digitalizzazione*, la capacità di stare *in rete* e di dialogare con tutte le sue articolazioni (centrali e periferiche), attraverso piattaforme condivise, che velocizzino l'utilizzo dei dati e delle informazioni in possesso della PA. L'applicazione di queste implementazioni sono destinate poi, non solo a favorire la cd. “sburocratizzazione” dei processi, ma in ultima analisi a migliorare la qualità dei rapporti con il cittadino e con l'esterno, in particolare, laddove previste, in ambito internazionale.

A monte di questo *modus operandi*, vi sarebbe poi la piena consapevolezza di dover realmente programmare ogni tipo di attività e a valle, nuove tipologie di reclutamento e formazione del *personale*.

L'importanza della qualità della Pubblica amministrazione e del suo capitale umano dipende infatti, in larga misura, da un buon reclutamento. La PA, ormai è un dato di fatto, deve poter nuovamente contare sulle migliori risorse umane, disponibili all'interno del mercato del lavoro.

La *digitalizzazione della PA* è infatti la “riforma delle riforme”, non essendo possibile invocare lo Stato “moderno” o “imprenditore”, se poi gli apparati amministrativi risultano eccessivamente “macchinosi”.

Va detto che la digitalizzazione e la riqualificazione del personale, non devono peraltro riguardare solo il *pubblico* ma anche il settore del lavoro *privato*, dove però la “modernizzazione” procede, almeno da noi, con passo assolutamente ineguale, essendo indiscutibilmente più progredita nelle imprese private che nella PA.

Ma c'è di più a richiamare la necessità di adottare in tempi brevi un piano nazionale di riqualificazione digitale, che riguardi in maniera diversa lavoro pubblico e privato.

La “robotizzazione” del lavoro avrà inevitabilmente delle conseguenze sulla PA, e non saranno dei semplici “riflessi”.

Sarà perciò necessario “governare il cambiamento” e non subirlo. La PA in quest'ottica, deve saper porre i giovani al centro del proprio cambiamento, e del nuovo modello di sviluppo economico che andrà a perseguire, eliminando definitivamente gli elementi di “staticità” e “incomunicabilità” del sistema.

È necessario acquisire di conseguenza il parametro della centralità del *ca-*

pitale umano e della sua “*qualità*”, quale elemento principale della crescita e della competitività del *Sistema paese*.

Le risorse da impegnare in questa imponente attività (di qualificazione e riqualificazione professionale) sono elevate. Risorse che devono essere recuperate, non solo per il suddetto intervento su personale pubblico e imprese, ma anche per l'elevata formazione tecnologica di un numero ristretto di esperti, addetti alla formazione stessa.

In questo caso, alle università e agli enti di ricerca è possibile riconoscere un ruolo attivo, poiché gli stessi potrebbero fornire almeno in parte, una quota del personale docente già qualificato.

Un'attività di formazione che si deve riferire alla “funzione generale dell'istruzione” dell'ordinamento giuridico, una missione di *pubblico interesse* e rango costituzionale, tarata sulle nuove esigenze lavorative poste dalla rivoluzione digitale.

4. *Open science* e intelligenza artificiale.

Nel contesto storico attuale è forte la spinta verso la libera circolazione delle informazioni e dei dati scientifici, in linea con i dettami dell'Unione europea, che invita già da anni a sfruttare le potenzialità della rivoluzione digitale in atto.

Reale programmazione delle attività e *open science* sono infatti, strumenti irrinunciabili per regolare e favorire sia l'azione amministrativa, che quella più strettamente scientifica, implementando mobilità del personale, e diffusione e condivisione di dati e risultati della ricerca scientifica nel mondo².

La rapida evoluzione dell'*Information & Communication Technologies* (ICT), ha favorito in effetti, la distribuzione su internet dell'informazione scientifica, realizzando una vera rivoluzione sull'accesso e la condivisione dei dati, delle informazioni e dei risultati della ricerca, favorendo l'avanzamento delle conoscenze in molti settori.

La condivisione dei dati costituisce oggi una nuova sfida per la comunità scientifica che può beneficiare quindi di una grande quantità d'informazioni. Entrare in una dimensione di collaborazione e condivisione, di accesso e riuso, significa ridisegnare i processi di gestione dei dati, accogliendo l'invito comunitario ad agire in un'ottica di *open innovation*.

L'elemento digitale sarà cruciale anche per realizzare le ambizioni del *Green Deal* europeo³ e gli obiettivi di sviluppo sostenibile⁴. In quanto potenti strumenti per la transizione verso la sostenibilità ambientale, le soluzioni digita-

² Comunicazione della Commissione “*Plasmare il futuro digitale dell'Europa*”, COM(2020) 67 final, 19 febbraio 2020.

³ Si veda il *Green Deal* europeo, COM(2019) 640 final, 11 dicembre 2019.

⁴ Gli obiettivi di sviluppo sostenibile sono una serie di diciassette obiettivi globali concepiti affinché rappresentino un programma generale per ottenere un futuro migliore e più sostenibile per tutti. Essi sono stati fissati dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, nell'ambito della risoluzione 70/1 delle Nazioni Unite, nel 2015.

li possono difatti favorire l'*economia circolare*, sostenere la *decarbonizzazione* in tutti i settori dell'economia, e ridurre l'*impronta ambientale e sociale* dei prodotti immessi sul mercato europeo.

Un capitolo a parte, sempre più rilevante della storia della *rivoluzione digitale* (in futuro potrebbe essere una *civiltà digitale*, se sapremo trarre le migliori applicazioni), è quello che riguarda l'*Intelligenza artificiale* (IA), in inglese *Artificial intelligence* (AI).

Si tratta di nuovi tipi di *software*, fondati su algoritmi che imparano da sé (*self-learning*) ad analizzare grandi masse di dati, e da cui realizzare in tempi molto rapidi, ovviamente non “umani”, nuovi risultati (tecnologici o artistici), non “predisegnati” nella concreta realizzazione finale da mani umane, e tuttavia rispondenti all'obiettivo funzionale dettato dai creatori dell'algoritmo.

Il problema semmai, potrebbe ravvisarsi nel momento in cui il suddetto “creatore” dell'algoritmo, dovesse essere un non-umano ossia la macchina stessa.

La *creatività artificiale* è, per adesso, un esempio di nuova inedita frontiera della creatività umana. Una frontiera che abbraccia sia la realizzazione di opere di tipo scientifico, di prodotti e processi di uso pratico (in particolare, nella prospettiva dell'internet delle cose), sia ancora di strumenti di ottimizzazione di servizi pubblici e sociali o artistici.

La stessa potrebbe essere sviluppata anche nel campo della formazione delle decisioni giudiziali, “servita” da un'enorme mole di precedenti. L'attuale dominio anglosassone nella raccolta e classificazione dei dati può, sotto questo punto di vista, far temere una progressiva “anglicizzazione” del diritto privato, con la conseguente svalutazione dei principi solidaristici, buona fede oggettiva, e connessi doveri di protezione della controparte, tipici del *civil law* europeo⁵.

L'IA fornisce quindi la possibilità di “mettere al lavoro” progettisti industriali artificiali (non meri esecutori), istruiti per esempio, a ricavare da sé opere derivate, oggetto di un autonomo *copyright*.

Tale realizzazione può avvenire “in serie” (soprattutto in sinergia con le tecniche 3D), e dunque costituire un nuovo settore o capitolo del lavoro dell'industria, sia manifatturiera, che terziaria.

Una questione decisiva per lo sviluppo della creatività artificiale, è quella, assai dibattuta, della titolarità dei diritti di proprietà intellettuale, su opere tecnologiche o artistiche, prodotte direttamente da algoritmi “pensanti” (*self-thinking*).

Una tesi sostiene che, se l'opera possiede oggettivamente i requisiti della protezione brevettuale ovvero di *copyright* secondo le norme generali – che l'opera sia nuova, “non ovvia”, sufficientemente creativa, lecita – il brevetto o il *copyright* dovrebbe essere attribuito all'autore dell'algoritmo, che ha realizzato l'invenzione o l'opera artistica, ovvero nel caso di invenzioni o opere create in ambito “aziendale”, al suo datore di lavoro oppure condivisa tra detti soggetti.

⁵ Cfr. A. STAZI, *Automazione contrattuale e «contratti intelligenti». Gli smart contracts nel diritto contrattuale comparato*, Torino, Giappichelli, 2019, pp. 83 e ss.

Altra tesi è che si possa attribuire un diritto d'autore o un brevetto solo su creazioni di persone fisiche⁶.

Altra questione è chi dovrà rispondere personalmente dei danni causati dall'attivazione del *robot* nel caso in cui il “prodotto dannoso” sia stato specificamente disegnato dall'algoritmo, considerando che il creatore umano ha specificamente dettato l'obiettivo funzionale di quest'ultimo (cd. responsabilità per danni).

L'IA non immagina infatti fini diversi da quelli “prescritti” dall'uomo, i quali corrispondono alle stesse funzioni abitualmente e tradizionalmente chieste a (o svolte da) persone e/o macchine meramente “esecutive”.

Rispetto a questa problematica, si dovranno quindi essenzialmente applicare, adattandoli alla materia, i principi della legge comune in materia di risarcimento di danni derivanti da “attività pericolose” o causati da “cose in custodia” (artt. 2050, 2051 c.c.). Principi ancora una volta derivanti dal diritto romano.

Così, come per gli strumenti tradizionali creati o usati dall'uomo per realizzare certe attività, chi ha creato il *robot* intelligente, oltre al diritto di sfruttare economicamente i risultati leciti, frutto delle azioni dello stesso, dovrà parimenti rispondere delle conseguenze delle azioni medesime.

Di sicuro, fra una tesi e l'altra, c'è la velocità con la quale la digitalizzazione avanza nella vita umana. Nel momento in cui l'IA, in sinergia con le “scienze della vita” – medicina, farmacologia, genomica, biotecnologie, *ecc.* – accelererà talmente tanto le prospettive di progresso diagnostico e terapeutico, da far attendibilmente sperare in giganteschi passi in avanti, per realizzare metodi terapeutici e farmaci capaci di prevenire e curare malattie invalidanti e spesso mortali, nessuna concezione etica particolare potrà fondatamente contestare i nuovi risultati, allorché gli stessi si dimostreranno realmente capaci di lenire sofferenze altrimenti inevitabili.

Il problema starà nel saper regolamentare adeguatamente, anche a livello internazionale, l'utilizzo finale della nuova tecnologia. Un'impresa titanica, in considerazione del fatto che i maggiori *provider* e detentori di dati non risiedono legalmente in Europa.

Questo però non deve far temere per il futuro, ma stimolare le migliori menti a “sviluppare” *in primis*, una maggiore consapevolezza nell'utilizzo dei mezzi scientifici e tecnologici al servizio dell'umanità⁷.

⁶ Si veda F. BANTERLE, *Ownership of Inventions Created by Artificial Intelligence*, in *AIDA*, 2018 pp. 69 e ss.

⁷ Come noto la raccolta dei dati personali è disciplinata in Europa dal *Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016* (GDPR) che vieta la raccolta e l'uso di dati personali “sensibili” – opinioni politiche, preferenze sessuali, stato di salute, *ecc.* – responsabilizzando le imprese che acquisiscono e usano (“trattano”) i dati personali raccolti. Il GDPR tutela i cittadini europei *dovunque* si trovi chi raccoglie e tratta i dati: un netto progresso rispetto alla precedente regolamentazione.

5. Il finanziamento della ricerca.

È appena il caso di ricordare, insieme ai molti altri che lo hanno già evidenziato, quanto una grave situazione di emergenza sanitaria, possa essere determinata anche dai continui “tagli” al finanziamento pubblico della ricerca. A questa situazione, sembra voler porre un freno direttamente la Commissione europea, con un piano di finanziamenti, anche a fondo perduto, che non ha precedenti in Europa (*Next Generation UE*).

Come si avrà modo di evidenziare nel paragrafo successivo, infatti, la prima tra le forme di sostegno alla ricerca, è quella che si ricollega alla capacità di “sfruttare” i finanziamenti europei.

L'Unione europea continua infatti a porre grande attenzione, e soprattutto risorse, nella ricerca e nell'innovazione, come si evince chiaramente dalle linee di azione e dalla dotazione finanziaria del 9° *Programma quadro* europeo in materia di ricerca e innovazione (*Horizon Europe*).

Gli obiettivi sono infatti i seguenti: 1) “rafforzare” la scienza e la tecnologia nell'UE grazie a maggiori investimenti in persone altamente qualificate e ricerche d'avanguardia; 2) “promuovere” la competitività industriale dell'UE e dei suoi risultati in materia di innovazione, in particolare sostenendo l'innovazione in grado di creare “nuovi mercati”, anche attraverso l'azione del *Consiglio europeo per l'innovazione* e dell'*Istituto europeo di innovazione e tecnologia*; 3) “realizzare” le priorità strategiche dell'UE (come l'*Accordo di Parigi sui cambiamenti climatici*).

In relazione all'ultimo punto si rammenta che, in base al suddetto accordo, entro il 2050 l'uso di carbone, petrolio e gas naturale, dovrà essere in gran parte eliminato, riducendo radicalmente le emissioni di CO₂. Compito molto difficile per tutti i Paesi.

Tuttavia la transizione energetica può comportare grandi opportunità, in termini di innovazione, se non addirittura di *leadership* tecnologica sul mercato internazionale, come nel caso della *Energiewende* tedesca.

Gli Istituti Fraunhofer sono molto attivi da questo punto di vista, con numerosi progetti. Uno di questi riguarda la fabbricazione di celle solari altamente efficienti⁸.

Un altro campo che si sta distinguendo per le opportunità in termini di innovazione (e per la possibilità di guadagnare posizioni di mercato), è notoriamente l'elettromobilità (batterie innovative, ricarica dei veicoli in modalità *wireless*, sistemi ad alta efficienza energetica, *ecc.*), da molti considerata come una delle chiavi per realizzare un futuro sostenibile.

Ma il finanziamento della ricerca non può essere affidato soltanto al *Programma quadro* dell'UE. Il finanziamento dello Stato in ricerca, è uno degli elementi chiave della crescita economica, al pari degli altri investimenti pubblici in aree come l'istruzione, la sanità o il progresso tecnologico.

⁸ Il riferimento è alla tecnologia *Laser Fired Contact* (LFC) sviluppando la quale i ricercatori del *Fraunhofer-Institut für Solare Energiesysteme* (ISE) di Friburgo hanno migliorato il processo di produzione delle celle solari *Passivated Emitter and Rear Cell* (PERC).

In tutti questi casi (internet, innovazione sanitaria, rivoluzione verde, ecc.), i fondi pubblici possono garantire quella strategia a lungo termine che, in un secondo momento, sarà il punto di partenza per convincere il settore privato, più avverso al rischio, a investire.

Se l'Europa ha disegnato una "visione comune", che assegna un ruolo centrale alla crescita trainata dall'innovazione, ora sta ai singoli Paesi dell'Unione, il perseguimento di questo obiettivo, ovvero, in caso contrario, la modifica dello stesso nelle opportune sedi istituzionali, *in primis* nel Parlamento europeo che gode di rinnovata vitalità.

I fondi per questi investimenti, in un periodo in cui la crisi economica ha "prosciugato" le casse pubbliche, verranno, come detto, ancora una volta, dall'Europa (*Horizon Europe, Next Generation UE, ecc.*), e in parte, da fondi privati, in particolare dalle imprese private dell'UE.

A patto, ovviamente, che vi siano contesti normativi e istituzionali che consentano l'apporto di capitale privato, collegamenti dinamici fra investimenti nel settore pubblico e privato e tanta stabilità istituzionale. Mi sia consentito un brevissimo inciso: chi non assicura stabilità istituzionale, dovrebbe sottostare, prima o poi, al giudicato della Corte contabile.

Le aziende, pubbliche o private, che dovranno "realizzare" il futuro sostenibile *in oggetto*, nei casi di maggiori successo, ancora una volta la Germania, sono il prodotto di una serie di fattori, fra cui: (a) una banca di investimenti pubblica (KfW)⁹, che metta a disposizione capitali a lunga scadenza per società innovative, che hanno bisogno di tempi più lunghi rispetto all'orizzonte di investimento prediletto da fondi *venture capital* (i quali diversamente prediligono un orizzonte breve, di tre-cinque anni); (b) una rete di Istituti di ricerca, che supporta in un modo coerente e sistematico i collegamenti tra scienza e industria.

A questi fattori si associa la BEI (Banca europea per gli investimenti), che attende di essere ricapitalizzata ai primi segnali di distensione e di "convergenza comunitaria".

Tutto ciò potrebbe probabilmente essere, tra le altre possibili azioni, facilitato da: (a) una gestione dei fondi comunitari conforme ai parametri europei correnti e, quindi, con un valido sistema di controllo pubblico sulla gestione degli stessi; (b) una reale qualificazione della PA in senso "digitale"; (c) una politica di abbattimento delle tasse a favore delle aziende che investono in innovazione; (d) un intervento simile sulla "spesa pubblica" destinata a investimenti di questo tipo, che non dovrebbe andare ad aumentare il debito.

6. Il trasferimento tecnologico.

Il percorso è lineare: dall'idea al mercato. Ed è fatto di tanti piccoli e grandi passi. Ma le "gambe" sono due: scienza e innovazione. Ed entrambe

⁹ La KfW *Bankengruppe* ("Banca per la ricostruzione") nasce nel secondo dopoguerra come Istituto di diritto pubblico con l'obiettivo di amministrare i fondi di ricostruzione previsti dal *Piano Marshall* per l'allora Germania dell'Ovest. È un istituto simile alla *Cassa Depositi e Prestiti* (CDP) che potrebbe seguire l'esempio dell'omologa tedesca, o della francese *Caisse des Dépôts et Consignations* (CDC).

puntano ad un unico obiettivo: migliorare la qualità della vita.

Se mi è concessa questa piccola metafora, vorrei iniziare da qui a porre le basi del ragionamento che verrà. L'*Area Science Park*, che già da anni si occupa in Italia di trasferimento tecnologico, di ciò ne è pienamente consapevole, almeno da un decennio. Anche per la storia peculiare che la riguarda: dalla crisi può nascere un'occasione di rilancio, come da un terremoto (Friuli) è sorto un modello di ricerca di livello globale (*Area Science Park*).

Da questo esempio si ricava che il primo “comandamento” in materia di trasferimento tecnologico è la mappatura del territorio, ossia nel caso specifico, la mappatura del “tessuto industriale” che si intende innovare¹⁰.

Il secondo è individuare i settori maggiormente strategici, importanti e – il terzo – concentrare le risorse dove c'è maggior “impatto”. Il tutto in un'ottica globale, che tradotto sta a intendere che il prodotto finale deve poter “camminare sulle proprie gambe” in giro per il mondo. Non basta applicare un “*business model*”: è necessario essere allo stesso tempo, concreti e visionari.

Tra il dire e il fare c'è una buona notizia: l'art. 42 del cd. “Decreto Rilancio” o “Decreto Rilancia Italia”. Esso istituisce presso il Ministero dello Sviluppo economico (MISE) un Fondo operante in materia di trasferimento tecnologico, gestito direttamente dal Ministero stesso, che potrà avvalersi dell'ENEA (*Agenzia nazionale per le nuove tecnologie, l'energia e lo sviluppo economico sostenibile*) per realizzare le iniziative previste al comma 1 del suddetto articolo¹¹.

Lo stesso autorizza inoltre la costituzione di una fondazione di diritto privato vigilata dal MISE, denominata *Fondazione Enea Tech*. È un dato di fatto, d'altronde, che le Amministrazioni pubbliche utilizzino sempre più il diritto privato, non solo per svolgere le proprie quotidiane attività con strumenti differenti da quelli tradizionalmente riconducibili all'*agire autoritativo*, ma anche creando, come in questo caso, nuovi soggetti giuridici la cui forma è quella delle istituzioni privatistiche.

Recentemente quindi abbiamo assistito ad una “accelerazione” in direzione di un maggior sostenimento della ricerca, iniziato con l'istituzione di un'*Agenzia nazionale per la ricerca*, con competenze e risorse in materia di finanziamento¹².

In entrambi i casi ovviamente, e per diversi motivi, non sono ancora presenti i rispettivi decreti attuativi, ma è già possibile analizzare molto brevemente le previsioni contenute nel citato art. 42.

L'art. 42 del D.L. n. 34/2020 prevede l'istituzione presso il MISE di un

¹⁰ Si rinvia alla parte iniziale del settimo paragrafo.

¹¹ Decreto-Legge 19 maggio 2020, n. 34, “*Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*”, convertito in legge con modificazioni dalla Legge 17 luglio 2020, n. 77, pubblicata in G.U. n. 180 del 18 luglio 2020, S.O. n. 25.

¹² La cd. *Legge di bilancio 2020* (art. 1 della L. n. 160/2019, commi 240-248 e 250-252) ha istituito l'*Agenzia nazionale per la ricerca* (ANR), sottoposta alla vigilanza della Presidenza del Consiglio e del MIUR, ora, a seguito del D.L. n. 1/2020, convertito con L. n. 12/2020, del Ministero dell'Università e della Ricerca, dotata di autonomia statutaria, organizzativa, tecnico-operativa e gestionale.

Fondo per il Trasferimento Tecnologico, finalizzato alla promozione «di iniziative e investimenti utili alla valorizzazione e all'utilizzo dei risultati della ricerca presso le imprese operanti sul territorio nazionale», anche attraverso l'azione di un “soggetto attuatore” che si occuperà di sostenere il sistema produttivo attraverso forme consentite dall'ordinamento, ossia tipicamente convenzioni, assegnazioni dirette o accordi tra amministrazioni¹³.

La disposizione rafforza quindi le competenze dell'ENEA, individuata quale soggetto attuatore, implementando notevolmente l'azione di tale Agenzia nel tessuto produttivo italiano. Come detto è altresì autorizzata l'istituzione della *Fondazione Enea Tech*.

Quanto invece rimane in merito da chiarire è: 1) ciò che consegnerà al decreto interministeriale che deve disciplinare le modalità di intervento del Ministero in relazione al nuovo Fondo e 2) l'ambito di intervento del “soggetto attuatore”, apparentemente circoscritto alle «funzioni già attribuite in materia di trasferimento tecnologico», ma di fatto esteso alle norme statutarie che disciplinano i settori di attività dell'ENEA¹⁴.

Nel primo caso bisognerà aspettare l'emanazione del suddetto decreto che individuerà «i possibili interventi, i criteri, le modalità e le condizioni per la partecipazione indiretta in capitale di rischio e di debito» del MISE in attuazione del Fondo.

Nel secondo, invece, si tratta presumibilmente dell'individuazione di un ambito di operatività molto vasto concesso al “soggetto attuatore”, dal quale – in relazione al trasferimento tecnologico – rimane escluso, forse, solo l'Aerospazio.

I “settori di intervento” per l'ENEA (energia, ambiente, sviluppo economico sostenibile) sono infatti molto estesi, anche in raffronto, come si vedrà in seguito, a quelli nei quali opera la *Fraunhofer Gesellschaft*. Gli stessi infatti, “declinati” in senso operativo, sono ad esempio: energia, beni culturali, diagnostica avanzata, strumenti medicali, biotecnologie e agroindustria, sicurezza delle infrastrutture critiche¹⁵. Ma il raffronto, in ambito nazionale, sotto un diverso punto di vista, potrebbe essere con i settori di “competenza” di altri *players* italiani, che di fatto potrebbero dover “cedere” micro quote di egemonia relative ai propri ambiti di intervento.

L'ENEA si muoverà quindi su due “tavoli”: come *soggetto attuatore* del Fondo e mediante la *Fondazione Enea Tech*. Come attuatore, su autorizzazione del proprio Ministero vigilante, senza ulteriore onere di motivazione. La Fon-

¹³ Si veda la relazione illustrativa del provvedimento legislativo. Manca in questo caso, a differenza del Legge 17 febbraio 1982, n. 46 “*Interventi per i settori dell'economia di rilevanza nazionale*” la previsione di apposite forme contrattuali quali, ad esempio, i contratti di ricerca (*rectius*, di promozione dell'attività di ricerca) utilizzati dall'IMI. La citata legge del 1982 istituiva un fondo di carattere rotativo denominato “*Fondo speciale rotativo per l'innovazione tecnologica*”.

¹⁴ Si vedano in particolare gli artt. 2 e 3 dello Statuto ENEA nonché l'art. 37 della Legge 23 luglio 2009, n. 99 così come sostituito per intero dall'art. 4 della Legge 28 dicembre 2015, n. 221

¹⁵ Il riferimento è alle aree di intervento del fondo interno ENEA *Proof of concept*. Per un maggiore approfondimento, G. COLETTA, P. LEONELLI, *Il Fondo di Proof of Concept, un investimento di 2,5 milioni di euro per innovare con le imprese*, in *Energia, Ambiente e Innovazione*, ENEA, 1/2019.

dazione sarà invece un vero e proprio ente *non profit*¹⁶, sottoposto alla vigilanza dello stesso Ministero e, anche per tale motivo, assoggettato a regole pubbliche di responsabilità¹⁷.

In entrambi i casi, il peso delle scelte rimarrà saldamente in mano a chi detiene la competenza in materia: il MISE, che attrarrà – pertanto – “a sé” causa negoziale e motivazione dei singoli negozi e provvedimenti attuativi.

Mentre il Fondo sembra dover operare *erga omnes*, con particolare riferimento alle «*start-up e alle PMI ad alto potenziale innovativo*», la Fondazione, promuovendo «*investimenti finalizzati all'integrazione e alla convergenza delle iniziative di sostegno in materia di ricerca e sviluppo e trasferimento tecnologico*», sembra essere maggiormente indirizzata a sostenere progetti a carattere strategico, in settori particolari del sistema economico.

Un'operazione complessa questa dell'art. 42 del D.L. n. 34/2020, ma allo stesso tempo semplice e lineare, a cui si augura il maggior successo possibile, intravedendosene le migliori intenzioni.

A condizione però, sull'esempio tedesco, di voler garantire in futuro maggior autonomia di scelta e intervento al soggetto attuatore del Fondo e/o alla stessa Fondazione, salvaguardando in entrambi i casi, obblighi ed oneri motivazionali previsti per Legge.

È quindi possibile intravedere in questa operazione, evidentemente “politica”, un primo decisivo passo verso l'istituzione di un soggetto (nazionale o repubblicano, per dirla con il Prof. Merloni) che si occupi in via esclusiva di trasferimento tecnologico in Italia, salvaguardando al di là di semplicistiche riproduzioni di modelli esteri, le caratteristiche proprie del nostro territorio.

Il paradigma in Europa è sicuramente il modello tedesco. E benché l'ENEA, con l'istituzione del suo fondo denominato *Proof of Concept*, prenda ad esempio il modello bostoniano del MIT¹⁸, essa stessa ricalca l'azione del *Fraunhofer*, soprattutto in riferimento alle prime forme di finanziamento accordate alle piccole e medie imprese in fase di avviamento, cd. *pre-seed*.

Il *Fraunhofer* sembra però sfruttare maggiormente, in questa prima fase, i finanziamenti europei. Ciò non esclude tuttavia che in futuro si possa bilanciare questo rapporto. È infondo, più un ritardo “di sistema”, all'interno del quale

¹⁶ È opportuno rilevare come, sebbene in alcuni casi la dizione “*no profit*” sia usata come equivalente a “*non profit*”, essa non sia corretta. Le due modalità di esprimere la negazione hanno sfumature differenti. “*Non profit*” è la contrazione di “*not for profit*”, quindi “non per profitto”. È evidente come non si neghi *in toto* la presenza di profitti bensì si affermi come questa non sia l'obiettivo ultimo di un ente che non può redistribuire i profitti. La locuzione “*no profit*” sottintende invece una negazione assoluta, perentoria nel rifiutare l'ipotesi di produrre un qualunque profitto.

¹⁷ È opportuno il rinvio alla recente sentenza della Corte Suprema di Cassazione, sezioni unite civili, 2 febbraio 2018, n. 2584. La Corte Suprema, nel circoscrivere la giurisdizione della Corte dei conti in tema responsabilità, ha inteso privilegiare un approccio più “sostanzialistico” (cd. *criterio oggettivo*) facente leva sulla natura pubblica delle funzioni espletate e delle risorse finanziarie a tal fine adoperate.

¹⁸ Cfr. *Industrial Liaison Program* del MIT di Boston. Si veda G. COLETTA, P. LEONELLI, *op. ult. cit.*

l'ENEA è invece un'encomiabile eccezione. E, in riferimento alle prime forme di finanziamento erogate dall'Agenzia, si ritiene possano essere una precisa "scelta operativa" finalizzata a garantire "immediatezza" al finanziamento stesso.

È una strategia programmata, ai sensi dell'art. 7 ("Piani riennali di attività") del D. Lgs. 218/2016, che si completa infine con una politica di *fund racing*.

A fronte dei settori di intervento, il *modus operandi* è ovviamente finalizzato a individuare soluzioni "su misura" per l'impresa, organizzando concretamente visite ai laboratori e incontri diretti con i ricercatori. D'altronde, il trasferimento tecnologico è, come già detto, materia interdisciplinare, che deve coniugare scienza e competenze di produzione.

È troppo presto per tirare delle somme sull'efficacia delle suddette disposizioni. Manca soprattutto l'emanazione del decreto interministeriale, sulle modalità di individuazione degli interventi che beneficranno delle somme messe a disposizione dal Fondo.

È però forse già possibile, tracciare delle indicazioni di massima che si ricavano anche dall'osservazione comparata del "sistema tedesco", il più noto tra i sistemi di trasferimento tecnologico in Europa.

Sicuramente positiva è l'individuazione di un *soggetto attuatore* di alcune tipologie di intervento, quali «attività di progettazione, coordinamento, promozione, stimolo alla ricerca e allo sviluppo attraverso l'offerta di soluzioni tecnologicamente avanzate, processi o prodotti innovativi, attività di rafforzamento delle strutture e diffusione dei risultati della ricerca, di consulenza tecnico-scientifica e formazione, nonché attività di supporto alla crescita» a favore di *start-up* e PMI innovative.

Tale tipo di intervento va forse integrato, in primo luogo, prevedendo una forma di supporto "sistematico" (*rectius*, di sistema) a favore dei suddetti soggetti, nella progettazione di proposte finalizzate ad ottenere finanziamenti comunitari.

Un secondo aspetto potrebbe essere quello di incentivare i propri ricercatori mediante un sistema di aumento progressivo della percentuale di *royalties* derivanti da brevetto.

Infine si dovrebbe aumentare la presenza e l'ascolto del territorio mediante la creazione di "laboratori condivisi" a carattere regionale, dove poter affiancare all'*open innovation* una cooperazione diretta con il privato, di tipo tradizionale. La presenza sul territorio è d'altro canto assolutamente irrinunciabile se si intende portare *a sistema* il trasferimento tecnologico, soprattutto in un territorio così eterogeneo come il nostro.

Quest'ultimo punto ("il territorio") merita sicuramente un dovuto approfondimento, perché permette di elevare l'analisi del sistema italiano ad un livello realmente strategico. L'elemento del territorio è, in effetti, un elemento strategico, così come la "variante regionale" potrebbe (e dovrebbe) diventare un elemento strategico, e quindi di forza, a livello nazionale.

In via generale è lo stesso "modello Fraunhofer" a sottolineare questa importanza.

Gli elementi fondanti il modello tedesco sono, in prima analisi, la pre-

senza di figure professionali “interdisciplinari” e la presenza radicata sul territorio, sul quale far crescere una serie di “alleanze” con i soggetti più attivi operanti sullo stesso (quali università, o in senso ampio *filiera formativa*, mondo della ricerca e tessuto produttivo), in funzione della creazione di un *mercato del lavoro* legato al lavoro di ricerca in azienda. Si punta quindi su figure professionali dotate di competenze elevate che generano innovazione all'interno delle imprese.

In quest'ottica ci si ricollega all'aspetto formativo della *human innovation* e della valorizzazione del capitale umano, volgendo lo sguardo, in prospettiva internazionale, ai dispositivi organizzativi e contrattuali sui quali è possibile innestare le suddette stabili alleanze.

Oggi non esiste in Europa una organizzazione *non profit* di centri per la ricerca applicata più estesa e rilevante, per numeri e fatturato, della *Fraunhofer Gesellschaft*. La distribuzione dei settanta e più Istituti sul territorio (tedesco) non è per nulla casuale¹⁹.

Tutti i nodi operativi della *Fraunhofer Gesellschaft* sono localizzati in prossimità di un centro universitario di eccellenza. Non tutte le università possiedono legami con un Istituto, ma la quasi totalità degli Istituti è legata a una università presente nel *Land* di riferimento.

La guida e il controllo degli Istituti, viene affidata a un direttore generale, che riceve l'incarico se, oltre ad essersi distinto per meriti e riconoscimenti scientifici, soddisfa il requisito di affiliazione all'università locale.

La vicinanza a un centro universitario di eccellenza è dettata dall'opportunità di poter entrare in contatto con giovani studenti, laureati o dottorandi di talento. Il successo stesso discende di conseguenza, in ampia misura, dalla *qualità* delle sue risorse umane.

L'organizzazione elaborata è chiara nel concepire la permanenza dei ricercatori presso la struttura, non come un punto di arrivo, ma come momento di transizione e passaggio tra l'uscita dall'università e l'ingresso e collocazione in azienda, o nella Pubblica amministrazione.

La struttura operativa agisce dunque intenzionalmente come una piattaforma di passaggio e transito per i ricercatori, che già dai primi mesi di ingresso presso l'organizzazione sono indirizzati verso un potenziale futuro sbocco lavorativo.

Ciò affinché il percorso di formazione e orientamento professionale, da costruire nell'arco di tempo corrispondente alla durata del rapporto di lavoro, sia compatibile con le ambizioni e la destinazione lavorativa desiderata dallo studente.

La transizione dei ricercatori così formati verso destinazioni occupazionali che non appartengono al settore pubblico, è però una operazione possibile in forza di un assetto istituzionale, normativo e culturale favorevole alla *mobilità circolare* dei ricercatori in ambienti di lavoro, studio e ricerca.

A completamente di quanto sopra vi è poi la presenza di una disciplina di

¹⁹ Si veda L. CASANO, E. MASSAGLI, E. PRODI, F. SEGHEZZI, M. TIRABOSCHI, *Una alleanza tra mondo della ricerca e imprese per l'occupazione dei giovani. Per una via italiana al modello Fraunhofer Gesellschaft*, Modena, ADAPT University Press, 2019, pp. 1-72.

riferimento e di un sistema di organizzazione dell'incontro tra *domanda* e *offerta*, che poggiano su un istituto contrattuale specificamente destinato alla professione del ricercatore, secondo i noti dettami comunitari in materia.

Professione che dunque in Germania non resta confinata unicamente entro il perimetro dell'università o dei centri di ricerca pubblici, ma che già da tempo ha ottenuto accesso e concreto riconoscimento di *status* all'interno delle imprese più evolute, proiettate nelle economie di rete e in grado di competere su mercati globali.

7. La politica della ricerca in prospettiva unitaria europea.

Il “territorio”, e non la singola impresa, è la dimensione più appropriata entro cui dispiegare in maniera organizzata tutte le risorse, economiche, umane, sociali e relazionali per mettere, come nel caso dei *Fraunhofer Institutes*, il lavoro delle persone nelle condizioni di generare valore aggiunto.

La messa a punto di ecosistemi territoriali, in ambito regionale o interregionale, innestati su un robusto sistema di incontro tra *domanda* e *offerta* e competenze professionali elevate, sembra essere quindi la “chiave” per invertire le tendenze in corso, nel mercato del lavoro dei giovani in Italia.

Il “sistema” deve essere perciò efficace nella collaborazione tra poteri centrali, regionali e locali da una parte, e nel settore “privato” dall'altra. Pubblico e privato sono solo due “facce” della stessa realtà e devono convivere, riconoscersi e collaborare, *in primis* nel mercato del lavoro.

Ciò è anche il fine ultimo dello “*Spazio europeo della ricerca*” (SER) che, armonizzando le politiche su sviluppo e ricerca, pone l'enfasi sulla mobilità dei ricercatori e sulla cd. “quinta libertà”, cioè la libera circolazione della conoscenza²⁰.

Malgrado l'ambizioso obiettivo di dare un'importanza al SER, è lo stesso *Trattato sul funzionamento dell'Unione europea* (TFUE), ad attribuire poco “spazio” all'Unione europea in questo settore. Il Titolo XIX, infatti, non va oltre le norme sull'attribuzione dei fondi europei. Le previsioni concernenti il *Programma quadro*, sono definite come lo strumento centrale per l'attuazione delle misure di politica europea in materia di ricerca, e per l'elaborazione dei relativi atti di esecuzione (programmi e regole di partecipazione).

Anche l'art. 182, comma 5, che prevede una competenza aggiuntiva per la realizzazione del SER, riguarda solo le regole esecutive sulla disciplina dei fondi. L'UE, quindi, non acquisisce competenze dirette sulla disciplina delle organizzazioni di ricerca, ma solo poteri concernenti il finanziamento e la *governance* indiretta, per la quale deve comunque rispettare il potere degli Stati²¹.

Malgrado gli sforzi degli ultimi anni, il coordinamento delle politiche di ricerca è apparso quasi inesistente, mentre si è rafforzato il coordinamento economico.

²⁰ Vedi C.F. CARROZZA, S. MINUCCI, *Keep on Moovin'? Research Mobility's Meaning for Italian Early-Stage Researchers in Higher Education Policy*, 2014, pp. 489 ss.

²¹ Vedi E. LONGO, *L'UE e la “quinta libertà”. Prospettive costituzionali per la ricerca scientifica europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015.

Come già sostenuto altrove, la vera occasione persa per l'Europa, è stata la mancata approvazione della *Costituzione europea*, all'interno della quale si sarebbe potuto “riversare” – in un compiuto e consapevole sistema federale – la tutela così costituzionalizzata delle cinque libertà europee, inclusa la “libera circolazione della conoscenza”²².

Costituzione europea che, per le caratteristiche storico culturali del *Vecchio Continente*, dovrebbe prevedere un articolato sistema di tutela, tra cui, *in primis*, il diritto allo sviluppo della “personalità” di ogni individuo, riconosciuto in sede italiana dagli artt. 9 e 33 Cost.

Il modo di intendere la ricerca a livello europeo, come essenzialmente un'attività “finalizzata” e non più libera nel fine, porta con sé una lenta erosione dei diritti riconosciuti invece dalla nostra Carta costituzionale.

L'Europa è la culla del diritto, non la culla del mercato, benché proiettata pragmaticamente nel futuro e nella competizione globale.

La dimensione costituzionale di queste politiche richiederebbe, a livello europeo, un maggiore investimento nella dimensione pubblica della ricerca e nella diffusione di centri di ricerca che dipendono direttamente dalle istituzioni europee e, a livello degli Stati, nuove forme di cooperazione reciproca, che siano capaci di superare il sostanziale isolamento dei sistemi di ricerca nazionali.

In tal senso, si ritiene auspicabile il potenziamento dell'*Agenzia europea per il controllo della salute*, ovvero l'istituzione di una nuova autorità sanitaria europea che, tra le altre cose, possa interloquire alla pari con istituzioni simili nel mondo. Il fine non è quello di dividere, ma di interloquire per “settori”.

In passato d'altronde, si è già riusciti a creare centri di ricerca comuni, che hanno dimostrato le potenzialità dell'integrazione europea nel campo scientifico. Uno dei più significativi successi è stato il CERN (*Conseil Européen pour la Recherche Nucleaire*), un centro di ricerca in fisica nucleare associato a un grande acceleratore di particelle creato negli anni '50 a Ginevra.

Un'iniziativa analoga, ma su scala più ridotta, in campo biologico, è stata negli anni '60-'70 la creazione della *European Molecular Biology Organization* (EMBO) e dello *European Molecular Biology Laboratory* (EMBL) ad Heidelberg, da cui sono successivamente sorte diverse *outstations* a Hinxton (EMBL-EBI, *European Bioinformatics Institute*) e in altre sedi. Anche se l'EMBL non ha mai raggiunto, né in termini di dimensioni, né di prestigio internazionale, il livello del CERN, ha tuttavia svolto un ruolo importante, come punto di riferimento della ricerca europea nel campo della biologia molecolare²³.

²² G. MODAFFERI, *Enti pubblici di ricerca. Storia, regime giuridico e prospettive*, Torino, Giappichelli, 2019, pp. 244 e ss.

²³ Cfr. la proposta della Commissione Lincea Covid-19 relativa all'istituzione di un *Istituto di ricerca biomedica europea*, a imitazione dei *National Institutes of Health* (NIH) statunitensi, il cui primo nucleo potrebbe essere focalizzato specificamente sullo studio delle malattie infettive e delle risposte immunitarie; Roma, Accademia dei Lincei, 20 aprile 2020.

DONATO MESSINEO
Avvocato della Banca d'Italia¹
donato.messineo@bancaditalia.it

QUATTRO OSSERVAZIONI IN TEMA DI PROPORZIONALITÀ NELLA VIGILANZA BANCARIA²

FOUR REMARKS ON PROPORTIONALITY IN BANKING SUPERVISION

SINTESI

Il contributo smentisce innanzitutto la distinzione tra proporzionalità *ex ante* e proporzionalità *ex post*. Esamina, poi, le due dimensioni del principio di proporzionalità nell'ambito della vigilanza bancaria, quella "verticale", che investe il rapporto tra poteri pubblici e soggetti privati, e quella "orizzontale", che informa la distribuzione di competenze e poteri tra i diversi ordinamenti e le diverse autorità. Evidenzia, ancora, gli occasionali contrasti "interni" tra i diversi corollari del principio stesso. Illustra, infine talune implicazioni della natura del principio di proporzionalità quale "meta-norma" che sovrintende alla collisione di principi confliggenti.

ABSTRACT

The essay first denies the distinction between *ex ante* and *ex post* proportionality. Subsequently, the two dimensions of the principle of proportionality in the field of banking supervision are examined: these are the "vertical" dimension, concerning the relationship between public authorities and individuals or private entities, and the "horizontal" dimension, informing the distribution of competences and powers among different jurisdictions and authorities. Then, the possibility of "internal" conflicts among different requirements of the principle proportionality is underlined. Finally, the essay casts a light on some implications of the nature of the principle of proportionality as a "meta-norm", managing the collision of conflicting principles.

PAROLE CHIAVE: proporzionalità, vigilanza, regolazione, unione bancaria, bilanciamento.

KEYWORDS: proportionality, supervision, regulation, banking union, balancing.

INDICE: 1. Introduzione. – 2. Proporzionalità *ex ante* e proporzionalità *ex post*. – 3. La dimensione "verticale" della proporzionalità. – 4. Proporzionalità contro proporzionalità. – 5. La dimensione "orizzontale" della proporzionalità. – 6. Ubiquità del principio di proporzionalità e rilevanza d'ufficio della relativa violazione.

¹ Le opinioni espresse nel testo appartengono esclusivamente all'autore e non rappresentano la posizione dell'Istituto.

² Il presente scritto è il frutto della rielaborazione dell'intervento effettuato in qualità di *discussant* del *paper* di M.P. CHITI, M. MACCHIA, A. MAGLIARI, *The principle of proportionality and the European Central Bank* (in corso di pubblicazione) al seminario su "La proporzionalità delle decisioni della BCE" svoltosi il 29 aprile 2020 nell'ambito del Master in Diritto amministrativo della LUISS School of Law.

1. Introduzione.

Questo breve scritto esamina quattro aspetti del principio di proporzionalità nell'ambito della vigilanza bancaria. Innanzitutto, si evidenzia la dubbia utilità pratica della diffusa tassonomia che contrappone l'applicazione della proporzionalità da parte del legislatore, del regolatore e dell'autorità amministrativa – da una parte – all'applicazione della proporzionalità da parte del giudice – dall'altra parte (v. *infra* § 2). Successivamente, si mette a fuoco il duplice ambito di operatività del principio, che trova applicazione al duplice fine di circoscrivere le possibili limitazioni delle libertà economiche, da una parte, e di delimitare i confini tra gli ordinamenti (euro-unitario e degli Stati membri) e i contorni delle competenze attribuite alle autorità pubbliche, dall'altra parte (v. *infra* §§ 3 e 5). In terzo luogo, si sottolinea come i diversi corollari del principio di proporzionalità entrino occasionalmente in conflitto tra loro e nel relativo bilanciamento uno di essi possa soccombere di fronte all'altro (v. *infra* § 4). Infine, si illustra un'implicazione processuale della natura del principio di proporzionalità quale “meta-norma” che concorre a governare i conflitti tra altre norme (v. *infra* § 6).

2. Proporzionalità *ex ante* e proporzionalità *ex post*.

Nell'ambito della vigilanza bancaria, il principio di proporzionalità è trasversale e onnipresente³. La sua ubiquità ha indotto la letteratura a fare ordine attraverso una serie di classificazioni. Alcune delle classificazioni proposte presentano un valore didattico-espositivo, altre attengono invece alla sostanza del principio.

La distinzione tra proporzionalità *ex ante* e proporzionalità *ex post*⁴ sembra tra quelle di natura descrittiva.

La prospettiva *ex ante* sarebbe quella del legislatore, del regolatore e dell'autorità amministrativa, chiamati ad applicare il principio di proporzionalità nella creazione dei precetti e nella scelta degli interventi. La prospettiva *ex post* sarebbe quella giudice chiamato a sindacare la legittimità di provvedimenti già esistenti.

Ma gli elementi valorizzati da questa bipartizione, l'uno di carattere soggettivo, l'altro di tipo cronologico, risultano in definitiva accidentali. La logica della proporzionalità, intesa come criterio che deve orientare l'assunzione delle scelte discrezionali, è infatti la medesima, sia che si guardi al potere ancora nel suo farsi, sia che si guardi all'atto come prodotto di un potere già esercitato.

Desti innanzitutto perplessità l'affermazione secondo cui la prospettiva *ex ante* concernerebbe la fase “fisiologica” dell'esercizio del potere, mentre la prospettiva *ex post* si collocherebbe nella fase “patologica” del controllo giuri-

³ B. JOOSEN, M. LEHMANN, *Proportionality in the Single Rule Book*, in AA.VV., *The Palgrave Handbook of European Banking Law*, a cura di M.P. Chiti e V. Santoro, Cham 2019, pp. 74 e ss.

⁴ Su cui cfr., oltre allo scritto citato *supra* alla nota 2, S. DI NITTO, *A proposito della proporzionalità come criterio giuridico*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 2017, p. 1036.

sdizionale del potere⁵. Certo, l'atto che risultasse in concreto adottato in violazione del principio di proporzionalità sarebbe viziato, e quindi affetto da una patologia; ma la contestazione in giudizio da parte dei soggetti incisi non partecipa di questa patologia. Da una parte, anzi, la contestazione giudiziale costituisce l'esercizio di un diritto fondamentale⁶. Dall'altra parte, l'eventuale accoglimento dell'impugnazione può fornire l'occasione per un ripristino della legalità suscettibile di andare anche oltre i confini del caso deciso, qualora il giudizio investa un atto normativo o generale (stante l'effetto *erga omnes* del suo ipotetico annullamento), o comunque laddove all'accoglimento stesso faccia seguito l'estensione *ultra partes* degli effetti del giudicato ad opera dell'amministrazione soccombente. Peraltro, nel settore bancario la spiccata litigiosità di soggetti vigilati (molti dei quali, dotati di ingenti risorse), azionisti e risparmiatori – nonché delle relative associazioni – è per le autorità di vigilanza un pungolo costante⁷, che contribuisce ad alimentare l'assunzione di decisioni ben ponderate.

Nella prassi, le autorità pubbliche (incluse quelle di vigilanza) prima dell'adozione del provvedimento finale considerano i profili di rischio legale, interrogandosi sulla valutazione che potrebbe dare un giudice del progetto di scelta dell'amministrazione. Con l'ausilio delle rispettive funzioni legali, le autorità si interrogano sulla probabilità che avrebbe il provvedimento finale, ove conforme alla bozza elaborata alla luce delle “risultanze dell'istruttoria”⁸, di uscire indenne da un eventuale giudizio di impugnazione⁹. E ciò vale anche con rife-

⁵ M.P. CHITI, M. MACCHIA, A. MAGLIARI, *op. cit.*, part I, § 5.

⁶ Come ricordato da L.R. PERFETTI, *La full jurisdiction come problema. Pienezza della tutela giurisdizionale e teorie del potere, del processo e della Costituzione*, in questa *Rivista*, n. 2/2018, pp. 249 e ss., la tradizionale «cultura del processo... intrisa di deferenza per l'autorità» è stata superata (sia pure, secondo l'A., ancora non compiutamente) proprio in forza dell'accresciuta consapevolezza delle implicazioni del diritto fondamentale di agire in giudizio, tra cui la necessità «della pienezza della tutela [e] della effettività del giudizio», autonomamente ricavabile dall'impianto costituzionale, anche a prescindere dall'elaborazione europea sulla *full jurisdiction*. Sulla progressiva affermazione «di un controllo giudiziale esteso al fatto ed al giudizio tecnico, con la conseguente progressiva riduzione della sfera di discrezionalità riservata all'amministrazione», E. GALANTI, *Discrezionalità delle autorità indipendenti e controllo giudiziale*, Quaderno di ricerca giuridica della Consulenza legale della Banca d'Italia n. 64 (2009), in https://www.bancaditalia.it/publicazioni/quaderni-giuridici/2009-0064/Quaderno_64.pdf, p. 78.

⁷ Tanto più a seguito della sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 20.2.2020, n. 6, che ha sciolto un contrasto tra le Sezioni relativo all'estensione della legittimazione degli “enti associativi esponenziali, iscritti nello speciale elenco delle associazioni rappresentative di utenti o consumatori oppure in possesso dei requisiti individuati dalla giurisprudenza” nel senso che gli stessi “sono legittimati ad esperire azioni a tutela degli interessi legittimi collettivi di determinate comunità o categorie, e in particolare l'azione generale di annullamento in sede di giurisdizione amministrativa di legittimità, indipendentemente da un'espressa previsione di legge in tal senso”. La vicenda concerne l'impugnazione dei provvedimenti adottati nel 2015 dalla Banca d'Italia per la risoluzione di Banca delle Marche, Banca Popolare dell'Etruria e del Lazio, Cassa di Risparmio di Ferrara e Cassa di Risparmio di Chieti, sintetizzati in D. MESSINEO, *Il provvedimento «salva-banche»: il trattamento di azionisti e creditori nella nuova disciplina delle crisi bancarie*, in *Quad. cost.*, n. 1/2016, pp. 102 ss.

⁸ Cfr. l'art. 6, comma 1, lett. e), della l. n. 241 del 1990.

⁹ Non va trascurata la circostanza che ogni amministrazione, nella progettazione dei propri interventi, si interroga anche circa le possibili valutazioni delle altre autorità amministrative a vario titolo coinvolte o interessate dall'azione considerata, in quanto munite di competenze relative a profili connessi, come accade in via tipica nell'ambito delle strutture istituziona-

rimento al rispetto del principio proporzionalità.

Dal canto suo, il giudice investito del controllo di un atto discrezionale ripercorre a ritroso la valutazione a suo tempo fatta dall'autorità che lo ha adottato. E lo fa considerando gli stessi elementi istruttori a suo tempo esaminati dall'amministrazione, tenuta per legge a depositarli in giudizio, a prescindere da richieste di parte¹⁰. In definitiva, *entrambi i soggetti – l'autorità pubblica che adotta l'atto, da una parte, e il giudice, dall'altra – compiono esperimenti mentali speculari: ciascuno immagina di essere nella posizione dell'altro*. Questo convergente approccio induce a ritenere che non vi siano differenze sostanziali tra proporzionalità *ex ante* e proporzionalità *ex post*.

È pur vero che il controllo di proporzionalità compiuto *ex post* dai giudici – interni e sovranazionali – è comunque limitato dalle strettoie tipiche del sindacato sugli atti discrezionali¹¹. Ma anche ad accettare questa precisazione, la distinzione tra proporzionalità *ex ante* e proporzionalità *ex post* avrebbe natura meramente quantitativa e non qualitativa, risolvendosi nella constatazione che in una serie di casi i giudici si astengono dal sindacare l'applicazione del principio di proporzionalità da parte delle autorità. In concreto, va rilevato peraltro come molto spesso i giudici facciano riferimento all'esigenza di rispettare il margine di discrezionalità riservato a talune istituzioni *ad abundantiam*, come mero espediente retorico, per rafforzare decisioni che – però – a ben vedere scavano ben dentro il merito delle liti. Così, ad esempio, è pur vero che la sentenza della Corte di Giustizia della UE dell'8 maggio 2019 nel caso *Landeskretibank* (C-450/17 P) ha respinto l'appello (e tenuto indenne la pronuncia di primo grado) anche sul dichiarato presupposto che «la valutazione della proporzionalità di una misura deve conciliarsi con il rispetto del margine di discrezionalità eventualmente riconosciuto alle istituzioni dell'Unione in occasione della sua adozione» (§ 53)¹². Ma –

li reticolari, quali quelle di cui si compone l'Unione bancaria europea. Per un'interessante esempio di analisi del rischio legale connesso a tali dinamiche, v. A. VIGNINI, *State aid and Deposit Guarantee Schemes. The CJEU decision on Tercas and the role of DGSs in banking crises*, in AA.VV., *The role of the CJEU in shaping the Banking Union: notes on Tercas (T-98/16) and Fininvest (C-219/17)*, Quaderno di ricerca giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia n. 85 (2018), in <https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/quaderni-giuridici/2018-0085/qrg-85.pdf>, pp. 17 e ss. e nota 47.

¹⁰ Cfr. art. 46, comma 2, del codice del processo amministrativo.

¹¹ Per l'osservazione secondo cui «when action is brought against the Community in an area of discretionary policymaking power, a looser form of the proportionality inquiry is generally used», G DE BÚRCA, *The Principle of Proportionality and its Application in EC Law*, in 13 *Yearbook of European Law* (1993), p. 146. Per la tesi secondo cui «deference granted to the public authorities impacts on the intensity of the proportionality tests», P. POPELIER, C. VAN DE HEYNING, *Procedural Rationality: Giving Teeth to the Proportionality Analysis*, in 9(2) *European Constitutional Law Review* (2013), pp. 233-240. In termini, S. DI NITTO, *op. cit.*, p. 1050; e M.P. CHITI, M. MACCHIA, A. MAGLIARI, *op. cit.*, part I, § 7. Altri autori rintracciano, poi, nella giurisprudenza della Corte di Giustizia differenti standard di controllo a seconda che oggetto del sindacato di proporzionalità siano atti della UE, da una parte, o degli Stati membri, dall'altra: sul profilo, W. SAUTER, *Proportionality in EU Law: A Balancing Act?*, in (15) *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* (2013), pp. 439-466.

¹² Come ricordato da M.P. CHITI, M. MACCHIA, A. MAGLIARI, *op. cit.*, part I, § 8.2; e part III, § 3.1.

nell'economia della sentenza – si tratta in fondo di un'affermazione di stile, giacché il dispositivo è interamente sorretto dalla ricostruzione operata dai giudici del Lussemburgo dei criteri di riparto delle competenze di vigilanza sulle banche significative tra Banca Centrale Europea e Autorità nazionali competenti in termini di regola ed eccezione¹³.

3. La dimensione “verticale” della proporzionalità.

Sul piano sostanziale, sembra invece cruciale sottolineare la natura ambivalente del principio di proporzionalità. Esso opera – infatti – a cavallo tra due dimensioni, che a volte restano separate, ma altre volte si sovrappongono¹⁴: la dimensione della tutela dei diritti e a quella del riparto delle competenze.

I principali punti di emersione delle due citate dimensioni della proporzionalità sono da una parte l'art. 52(1) della Carta dei diritti fondamentali della UE e dall'altra parte l'art. 5(4) del TUE¹⁵.

La prima dimensione della proporzionalità, che potrebbe definirsi “verticale”, investe il rapporto tra poteri pubblici e soggetti privati (persone fisiche e persone giuridiche); a questa si ricollega, tra l'altro, il passaggio dell'art. 5 del Protocollo (n. 2) del TUE sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità che sancisce la «necessità che gli oneri» derivanti dai «progetti di atti legislativi» dell'Unione, «siano essi finanziari o amministrativi, che ricadono... sugli operatori economici e sui cittadini siano il meno gravosi possibile e commisurati all'obiettivo da conseguire»¹⁶.

Quanto alle persone giuridiche, la vigilanza è una forma di controllo pubblico su un'attività economica, che sottopone l'impresa bancaria a una fitta trama di vincoli. Correlativamente, l'intensità di tali vincoli va costantemente misurata e calibrata rispetto agli obiettivi della vigilanza. A questa dimensione del principio si ricollega peraltro il rilievo secondo cui la proporzionalità non è soltanto parametro per il sindacato delle disposizioni esistenti, ma esige anche

¹³ Evidenziato, sia pure in senso critico, da T.H. TRÖGER, *How Not To Do Banking Law in the 21st Century - The Judgement of the European General Court (EGC) in the Case T-122/15 – Landeskreditbank Baden-Württemberg – Förderbank v European Central Bank (ECB)*, in <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2017/06/how-not-do-banking-law-21st-century-judgement-european-general-court> (2017); e da F. ANNUNZIATA, *Chi ha paura della Banca Centrale Europea? Riflessioni a margine del caso Landeskreditbank c. BCE*, in *Giur. comm.* n. 6/2017, II, p. 922. V. *amplius infra* § 4.

¹⁴ Si sviluppano di seguito nel testo alcuni spunti presenti in M.P. CHITI, M. MACCHIA, A. MAGLIARI, *op. cit.*, *passim*.

¹⁵ Ma, anche a prescindere da specifiche previsioni, deve ritenersi che il principio di proporzionalità sia consustanziale al carattere pluralista dello Stato costituzionale democratico, nella cui formula è implicita l'esigenza di misurabilità di ogni manifestazione del potere pubblico: per ulteriori riferimenti, G. SCACCIA, *Il controllo di proporzionalità della legge in Germania*, in *Annuario di diritto tedesco*, 2002, pp. 409 e ss.; nonché, se si vuole, D. MESSINEO, *La garanzia del “contenuto essenziale” dei diritti fondamentali. Dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni*, Milano 2012, pp. 98 e 101.

¹⁶ Enfasi aggiunta.

“azioni positive” da parte di legislatori e autorità di regolazione, volte a semplificare le regole applicabili e gli oneri incombenti sugli enti meno complessi e con *business* meno rischiosi¹⁷.

Al riguardo, occorre notare che un'articolazione proporzionata degli obblighi a carico dei soggetti vigilati è già largamente presente nel sistema: uno studio della banca centrale austriaca del 2018 individua ben 26 disposizioni tra CRR e CRD IV che esplicitamente o implicitamente esigono proporzionalità nella rispettiva applicazione¹⁸. La disciplina europea delle crisi di cui alla BRRD e al Reg. SRM, poi, è poi interamente imperniata sul principio di proporzionalità¹⁹: a tacer d'altro, si parte dall'accertamento degli ostacoli alla risolvibilità degli enti (art. 15 e s. BRRD); da tale accertamento derivano obblighi di pianificazione delle misure rimediali commisurati agli ostacoli rintracciati (art. 17 e s. BRRD); al cuore della normativa, poi, la stessa scelta tra risoluzione e ordinarie procedure di insolvenza dipende da una valutazione di proporzionalità legata alla possibilità di realizzare gli obiettivi della risoluzione (art. 32(5) BRRD). Ancora, la proporzionalità guida le esclusioni dal *bail-in* ai sensi dell'art. 44(3) BRRD²⁰. Da ultimo, nella direzione della proporzionalità va anche il *Banking Package* del 2019, che rivede il MREL e lo divide per classi di banche²¹.

Certo, il principio di proporzionalità non esige un esasperato ritaglio di precetti da cucire addosso al singolo ente: una versione così tirannica della proporzionalità negherebbe la stessa possibilità di norme generali e astratte in materia bancaria. Tuttavia, in ambito bancario occorre verificare con particolare attenzione se siano conformi al principio di proporzionalità i cd “automatismi” normativi, ossia le previsioni che ricollegano in maniera inderogabile l'imposizione di blocchi di obblighi al verificarsi di una certa situazione o al superamento di certe soglie quantitative. Automatismi troppo rigidi potrebbero infatti non essere in concreto coerenti con la sostanza economica dei fenomeni

¹⁷ B. JOOSEN, M. LAMANDINI, M. LEHMANN, K. LIEVERSE, I. TIRADO, *Stability, Flexibility and Proportionality: Towards a two-tiered European Banking Law?*, EBI Working Paper Series, n. 20/2018. L'esigenza richiamata nel testo è condivisa anche da M.P. CHITI, M. MACCHIA, A. MAGLIARI, *op. cit.*, part II, § 1.

¹⁸ M. BOSS, G. LEDERER, N. MUJICAND, M. SCHWAIGER, *Proportionality in Banking Regulation*, in *Monetary Policy & the Economy*, n. 2/2018, in <https://www.oenb.at/en/Publications.html>, p. 60.

¹⁹ V. ad es. G. PSAROUDAKIS, *Proportionality in the BRRD: Planning, Resolvability, Early Intervention*, in <http://telc.jura.uni-halle.de/sites/default/files/BeitraegeTWR/Heft%20159.pdf> (2018). Per una valutazione d'insieme, O. CAPOLINO, *Banking Recovery and Resolution: riparto delle funzioni, compiti e responsabilità*, Rapporto presentato al convegno conclusivo del PRIN 2010-2011 su “Regole e mercato”, Siena, 7-9 aprile 2016, in <http://www.regolazioneideimercati.it/sites/default/files/Rapporto%20Capolino%202.pdf>, p. 34.

²⁰ In continuità con una delle ipotesi legittimanti la deroga alla condivisione degli oneri alla stregua del § 45 della *Comunicazione sul settore bancario* della Commissione europea del 30.7.2013 (2013/C 216/01): cfr. M. COSSA, *Le crisi bancarie tra Stato e mercato*, in https://www.ilmerito.org/images/Documenti_Pdf/Le_crisi_bancarie_tra_Stato_e_mercato.pdf (2016), pp. 4 e 9.

²¹ Direttiva (UE) 2019/879.

regolati²².

Da questo punto di vista, ad esempio, è stato osservato che le Linee guida per le banche sui crediti deteriorati della BCE del marzo 2017²³ sarebbero rispettose del principio di proporzionalità, nella misura in cui indicano alle banche strategie differenziate a seconda del loro livello di crediti deteriorati²⁴. Può segnalarsi invece che si registra una diversità di approccio tra l'Autorità bancaria europea (EBA) e la Banca d'Italia per quanto concerne un automatismo introdotto da un altro strumento di *soft-law*, ossia gli Orientamenti sulla gestione di esposizioni deteriorate e oggetto di concessioni dell'ottobre 2018 (cd. *Guidelines* sugli NPL)²⁵. L'EBA ha adottato le *Guidelines* in questione ai sensi dell'art. 74 della CRD IV, che impone agli enti di dotarsi di una *governance* societaria adeguata alla gestione dei rischi che essi corrono. Le *Guidelines* dell'EBA sugli NPL indicano le buone pratiche delle quali le autorità competenti, tra cui la Banca d'Italia, dovrebbero esigere l'applicazione da parte degli enti vigilati. In particolare, le dette *Guidelines* richiedono che le banche con una percentuale di NPL pari o maggiore al 5% elaborino strategie per la riduzione degli NPL e mettano in piedi una serie di dispositivi (unità, risorse, flussi informativi, controlli, etc.) specificamente dedicati alla gestione degli NPL. L'EBA monitora tra l'altro la *compliance* delle autorità nazionali competenti con le proprie *Guidelines*, nell'ambito del meccanismo di *comply or explain* in generale previsto dal regolamento istitutivo dell'EBA²⁶.

Ebbene, dalla *compliance table* disponibile sul sito internet istituzionale dell'EBA²⁷ risulta che la Banca d'Italia (già adeguatasi alle citate Linee guida della BCE del marzo 2017 sulla stessa materia) ha deciso di non conformarsi in parte alle *Guidelines* dell'EBA dell'ottobre 2018. Le motivazioni fornite evidenziano che, per un verso, una soglia fissa di NPL calcolata a partire dai dati rela-

²² In generale, sul principio di proporzionalità come parametro di legittimità costituzionale degli automatismi legislativi, A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, pp. 194 ss.; e G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2001, pp. 343 ss. Per una rassegna di settori nei quali la giurisprudenza costituzionale ha ritenuto necessario «vestire ciascuno della propria regola», in quanto «accomunati dalla circostanza di riguardare fattori altamente condizionabili dalle caratteristiche individuali di ciascuno o dalle peculiarità fattuali della singola situazione», S. LEONE, *Automatismi legislativi, presunzioni assolute e bilanciamento*, in https://www.gruppodipisa.it/images/rivista/pdf/Stefania_Leone_-_Automatismi_legislativi,_presunzioni_assolute_e_bilanciamento.pdf (2017), pp. 11 e ss.

²³ https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/guidance_on_npl.it.pdf in

²⁴ Così M.P. CHITI, M. MACCHIA, A. MAGLIARI, *op. cit.*, part II, § 2.2.

²⁵ https://eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/2668883/0f53b86c-9ca5-4099-9f08-a67940be7d39/EBA%20BS%202018%20358%20Final%20report%20on%20GL%20on%20NPE_FBE_IT.pdf.

²⁶ Cfr. Reg. (UE) n. 1093/2010, art. 16(3).

²⁷ https://eba.europa.eu/sites/default/documents/files/document_library//EBA%20GL%202018%2006-CT%20GLs%20on%20management%20of%20non-performing%20and%20forborne%20exposures.pdf in

tivi a un ampio campione di grandi banche non è adeguata per determinare le scelte di vigilanza relative alle banche più piccole; e che, per altro verso, in Italia operano anche banche specializzate nell'acquisto di NPL, il cui modello di *business* richiede evidentemente un approccio di vigilanza peculiare²⁸.

4. Proporzionalità contro proporzionalità.

Accanto alla occasionale inadeguatezza di automatismi legati al superamento di soglie fisse, esiste peraltro anche il fenomeno opposto: *certe rigidità normative sono talvolta indispensabili per il raggiungimento di uno scopo, che sarebbe invece compromesso da un approccio maggiormente improntato a proporzionalità*.

Al riguardo, occorre partire dalla nota articolazione tripartita del principio di proporzionalità²⁹, che comprende in generale i test di idoneità, di necessità (o individuazione del mezzo più mite) e di proporzionalità in senso stretto. Quanto al secondo passaggio, può darsi però che una determinata configurazione di un istituto sia l'unica in concreto idonea alla realizzazione dell'interesse protetto. In questi casi, viene meno la stessa possibilità di concepire un inter-

²⁸ Tanto che potrebbe persino prospettarsi il dubbio che tali banche vadano in realtà considerate al di fuori dello stesso campo di applicazione delle citate *Guidelines* dell'EBA.

²⁹ Sulla quale, da ultimo, ha particolarmente insistito la Corte costituzionale tedesca nella sentenza del 5.5.2020, che ha dichiarato *ultra vires* la sentenza della Corte di Giustizia della UE dell'11.12.2018 nel caso C-493/17, *Weiss*, sul programma di acquisti di attività del settore pubblico della BCE, nonché le decisioni della BCE alla base del programma stesso, proprio sulla base di argomenti relativi alle modalità con cui la BCE e la Corte di Giustizia avevano condotto il terzo passaggio del controllo di proporzionalità, reputate lacunose dai giudici di Karlsruhe. La considerazione di tale sentenza, che formerà oggetto di altro e più approfondito studio, esula dal presente scritto, dedicato esclusivamente alla proporzionalità nella vigilanza bancaria, e non anche nella politica monetaria. In proposito, qui può solo anticiparsi che, a dispetto di quanto si legge nei primi commenti, quasi tutti vivacemente critici, la presa di posizione della Corte tedesca (a tacer d'altro) non dovrebbe apparire così sorprendente, se si tiene conto che, pur essendo «oramai assodato che la giurisprudenza comunitaria ha mutuato il principio di proporzionalità dall'ordinamento tedesco», nondimeno «il sindacato di proporzionalità compiuto dai giudici UE si limita, in sostanza, per lo più, alla verifica dei requisiti dell'idoneità e della necessità», trascurando invece la verifica della proporzionalità in senso stretto, come era stato da più parti osservato (cfr. *ex multis* D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità [dir. amm.]*, in [http://www.treccani.it/enciclopedia/principio-di-proporzionalita-dir-amm_\(Diritto-on-line\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/principio-di-proporzionalita-dir-amm_(Diritto-on-line)/) (2012); e M. D'ALBERTI, *Peripezie della proporzionalità*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 2014, n. spec., p. 288. Di conseguenza, nella cennata pronuncia del BVerfG del 5.5.2020 ha trovato aperta espressione un conflitto da tempo latente. Correlativamente, meriterebbe di essere sottoposta a verifica la tesi della stessa D.U. GALETTA, Karlsruhe über alles? *Il ragionamento sul principio di proporzionalità nella pronunzia del 5 maggio 2020 del BVerfG tedesco e le sue conseguenze*, in <https://www.federalismi.it/> (2020) secondo cui il «ragionamento svolto» dal Bundesverfassungsgericht «sulla proporzionalità» sarebbe una forma di «bullismo culturale», giacché il BVerfG ha preteso di imporre alla Corte di Giustizia il proprio standard di proporzionalità. Difatti, la tendenza alla generalizzazione al livello di UE di soluzioni sperimentate nell'ambito di tradizioni costituzionali statali (di volta in volta risultate) egemoni è in certa misura connaturata all'attuale stadio di sviluppo dell'integrazione europea, come sottolineato, sia pure criticamente, da A. CARIOLA, *Le trasformazioni istituzionali a sessant'anni dai trattati di Roma: la giustizia, in specie quella costituzionale*, in <http://www.giurcost.org/studi/cariola.pdf>, (2017), p. 441.

vento più mite, giacché quest'ultimo non consentirebbe di raggiungere l'obiettivo prefissato. Quando un solo assetto normativo di un istituto è idoneo a realizzare la *ratio* legislativa, si verifica, con riferimento alla proporzionalità, quello che – in generale – la dottrina costituzionalistica definisce come un conflitto “intra-principio” o “intra-valore”, ossia un conflitto tra due (o più) corollari dello stesso principio³⁰: nella specie, la logica dell'idoneità prevale sulla logica del mezzo più mite.

L'esempio più emblematico al riguardo concerne la cd. *coinsurance* nell'ambito della garanzia dei depositi. In origine, la Direttiva 94/19/CE nell'introdurre il livello di copertura minima di 20.000 ecu per ciascun depositante consentiva agli Stati membri di prevedere che i depositi divenuti indisponibili non fossero rimborsati interamente. Secondo un considerando della Direttiva, ciò avrebbe avuto lo scopo di indurre i depositanti a vagliare accuratamente la qualità degli enti creditizi. Il Regno Unito si avvale di questa facoltà. Sino al 2007, in UK, i depositi tra le £ 2.000 e le £ 35.000 erano protetti solo nella misura del 90%³¹. All'evidenza, questa scelta era ispirata a una logica di proporzionalità, nel senso che cercava di contemperare l'obiettivo di assicurare la fiducia dei depositanti, da una parte, con la volontà di (continuare a) coinvolgere costoro nel monitoraggio delle politiche degli enti, dall'altra parte. E tuttavia, tale contemperamento si rivelò illusorio. La garanzia dei depositi in regime di *coinsurance* non impedì la corsa agli sportelli di *Northern Rock* nel settembre 2007. Ciò evidenziò che limitazioni della garanzia così congegnate fanno dei DGS un'arma spuntata, poiché i depositanti sono avversi al rischio di perdere anche solo una modesta percentuale dei propri risparmi, e dunque ai primi segni di difficoltà della banca si precipitano a ritirare le proprie somme. È un raro caso nel quale si dispone di una verifica sperimentale dell'inidoneità di una scelta legislativa “più mite” (la *coinsurance* rispetto alla *full insurance*) a realizzare un interesse protetto (la fiducia dei depositanti). E, non a caso, la vigente disciplina della garanzia dei depositi recata dalla Direttiva 2014/49/UE non contempla più la *coinsurance*.

5. La dimensione “orizzontale” della proporzionalità.

Sin qui, la proporzionalità in senso verticale, ossia nel rapporto tra poteri pubblici e soggetti privati. Ma c'è anche una dimensione “orizzontale” della proporzionalità, tutta interna al rapporto tra i poteri pubblici: in tale contesto, *la proporzionalità concorre a definire la ripartizione di materie, poteri o compiti tra ordinamenti, fonti o autorità*³². Questa diversa declinazione della proporzionalità assume

³⁰ Per tutti, A. MORRONE, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, vol. II, tomo II, Milano 2008, p. 191.

³¹ Lo ricorda A.M. BENTIVEGNA, *Il ruolo (incerto) dei sistemi di garanzia dei depositanti nel nuovo regime*, in *Analisi giuridica dell'economia*, n. 2/2016, p. 463 e nota 8.

³² Come accennato, peraltro, le due dimensioni - verticale e orizzontale - della proporzionalità talvolta si sovrappongono, in quanto è lo stesso diritto positivo a ricostruire i riparti di competenze alla luce della concreta capacità del soggetto astrattamente titolare della competen-

rilievo sotto più profili anche nell'ambito del Meccanismo di vigilanza unico.

In primo luogo, la creazione del Consiglio di vigilanza all'interno della BCE e del meccanismo di silenzio-assenzio da parte del Consiglio direttivo sui progetti completi di decisione elaborati del primo è il punto di equilibrio tra due contrapposte esigenze: la separazione della politica monetaria dalla vigilanza, da un lato, e il coinvolgimento di un'istituzione già dotata di competenze in materia macro-economica e di stabilità finanziaria, dall'altro³³.

Ancora, la logica della proporzionalità informa pure l'«*attuazione decentralizzata di alcuni compiti nei confronti di enti creditizi meno significativi, ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 4, primo comma*» del Reg. SSM in capo alle Autorità nazionali competenti (ANC)³⁴. Infatti, anche quest'ultima rappresenta, a sua volta, il punto di equilibrio tra due contrapposte esigenze: individuare un'autorità centrale in grado di assicurare standard uniformi di vigilanza, da una parte, e non disperdere il patrimonio di *expertise* delle autorità nazionali, dall'altra³⁵.

Sempre la logica della proporzionalità ha indotto inoltre a rendere tale «*attuazione decentralizzata*» a geometria variabile: ove necessario per assicurare coerenza al sistema anche un ente meno significativo può essere avvocato alla vigilanza diretta della BCE; e, per converso, anche un ente che supera le soglie di rilevanza stabilite dal Reg. SSM può essere considerato meno significativo, se

za a individuare un mezzo idoneo, adeguato e più mite per la tutela di un determinato interesse attribuito alla sua cura. Così, ad esempio, il decimo considerando della Direttiva 70/50/CEE evoca valutazioni di proporzionalità al fine di circoscrivere il potere degli Stati membri di derogare al divieto di introdurre restrizioni alle importazioni (oggi disciplinato dall'art. 36 del TFUE): difatti, deroghe siffatte sono ammesse solo a patto che «*ciò si riveli necessario per raggiungere un obiettivo che rientri nell'ambito dei poteri degli Stati di disciplinare il commercio, poteri che il trattato lascia impregiudicati; che tale è, in particolare, il caso quando detto obiettivo può essere raggiunto, altrettanto efficacemente, con altro mezzo che intralci in minor misura gli scambi; che tale è altresì il caso quando gli effetti restrittivi sulla libera circolazione delle merci, derivanti da dette disposizioni, sono sproporzionati rispetto al risultato voluto*». Come noto, la sentenza della Corte di Giustizia del 20 febbraio 1979 nella causa C-120/78, *Reve (Cassis de Dijon)* si è misurata con questa problematica, escludendo la legittimità di una deroga introdotta dallo Stato tedesco proprio in quanto sproporzionata.

³³ V. Reg. (UE) n. 1024/2013, considerando (15) e (63).

³⁴ Secondo l'espressione utilizzata dalla citata sentenza *Landeskreditbank* della Corte di Giustizia, § 41. Per l'analisi della sentenza della Corte costituzionale tedesca del 30 luglio 2019, che ha escluso, tra l'altro, il carattere *ultra vires* del Reg. SSM, sulla base di una rilettura "ortopedica" della ripetuta sentenza *Landeskreditbank* della Corte di Giustizia, R. D'AMBROSIO, *The SSM: allocation of tasks and powers between the ECB and the NCAs and organizational issue*, in *Law and Practice of the Banking Union and of its governing Institutions (Cases and Materials)*, Quaderno di ricerca giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia n. 88 (2020), a cura di ID., in <https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/quaderni-giuridici/2020-0088/qrg-88.pdf>, pp. 35 e ss.; e P. FARAGUNA, D. MESSINEO, *Lights and shadows in the Bundesverfassungsgericht's decision upholding the European Banking Union*, in *Common Market Law Review*, § 3 (in corso di pubblicazione).

³⁵ V. Reg. (UE) n. 1024/2013, considerando (12) e (37). Per la ricostruzione dei passaggi che condussero a raggiungere l'attuale «*compromesso sul riparto delle competenze di vigilanza*», R. D'AMBROSIO, *Meccanismo di Vigilanza Unico*, in *Enciclopedia del Diritto, Annali*, vol. IX, Milano 2016, p. 591.

la vigilanza da parte dell'ANC è necessaria per raggiungere gli obiettivi della vigilanza, per come delineati dal Reg. SSM³⁶. Come noto, le sentenze del Tribunale e della Corte di Giustizia della UE nella citata vicenda *Landeskretibank* si sono esercitate su questa seconda dimensione della proporzionalità, giungendo alla conclusione per cui il superamento delle soglie di rilevanza indicate dal Reg. SSM comporta di per sé la qualificazione di un ente come significativo, a meno che non sia dimostrato che una vigilanza diretta da parte delle ANC sia maggiormente in grado di garantire gli obiettivi del Reg. SSM rispetto alla vigilanza da parte della BCE³⁷.

A proposito delle due dimensioni della proporzionalità, è stato affermato che il controllo svolto dalla Corte di Giustizia UE ai sensi dell'art. 52(1) della Carta dei diritti sarebbe più debole e meno penetrante di quello effettuato ai sensi dell'art. 5(4) TFUE, richiamando come esempio la sentenza della Grande Sezione del 10.9.2016 nelle cause riunite C-8/15 P - C-10/15 P, *Ledra*³⁸. Tuttavia, è opinabile che la sentenza *Ledra* autorizzi questa conclusione. È pur vero infatti che nell'occasione la Corte del Lussemburgo ha escluso l'illegittimità della riduzione del valore dei depositi subita da taluni clienti di banche cipriote, connessa alle misure di ricapitalizzazione adottate nel quadro di un programma di assistenza finanziaria del MES. La pronuncia ha dunque confermato la tendenza della Corte di Giustizia a reputare recessivi i diritti di azionisti e creditori – persino di creditori meritevoli di speciale tutela, quali i depositanti – a fronte di misure tese a preservare la stabilità finanziaria³⁹. Nella circostanza, però, la Corte ha sottolineato, per un verso, che i depositanti in caso di fallimento delle rispettive banche avrebbero comunque perso il loro denaro e, per altro verso, che le misure impugnate prevedono che «ove la Bank of Cyprus dovesse essere sovracapitalizzata rispetto all'obiettivo di un livello minimo di capitali propri del 9% in condizioni di crisi, si procederà a un riacquisto di azioni al fine di rimborsare ai depositanti non garantiti l'importo corrispondente alla sovracapitalizzazione» (§ 73). Più che deferente, quindi, il sindacato della Corte di Giustizia è stato semmai consapevole dello scenario di fatto alternativo che con ogni probabilità si sarebbe realizzato in assenza delle misure sottoposte al suo giudizio. La Corte, insomma, ha svolto un ragionamento analogo a quello imposto dal principio «no creditor worse off» (NCWO) nell'ambito della disciplina europea delle crisi bancarie di cui alla BRRD e al Reg. SRM⁴⁰. E la capacità di *spill over* del principio NCWO sostan-

³⁶ V. Reg. (UE) n. 1024/2013, artt. 6(4) e 6(5)(b); e Reg. (UE) n. 468/2014 della BCE, artt. 70 e 71.

³⁷ V, ancora, Corte di Giustizia UE, sent. 8 maggio 2019 nella causa C-450/17 P, *Landeskretibank*, §§ 60 e 71.

³⁸ M.P. CHITI, M. MACCHIA, A. MAGLIARI, *op. cit.*, part III, § 3.1.

³⁹ Sulla crescente centralità della tutela della stabilità finanziaria nell'ambito del Diritto della UE, G. LO SCHIAVO, *The role of financial stability in EU law and policy*, Alphen aan den Rijn 2017, p. 51, *ma passim*.

⁴⁰ Cfr. N.E. XANTHOULIS, *ESM, Union institutions and EU Treaties: a symbiotic relationship*, in *Revue internationale des services financiers/International Journal for Financial Services*, n. 1/2017, pp. 31 e s.

zialmente riconosciuta dalla Corte merita di essere salutata con favore, in quanto appare in linea con l'esigenza di assicurare uno sviluppo razionale e coerente del Diritto dell'Unione.

L'esame della giurisprudenza traghetta l'analisi dalla dimensione sostanziale a quella processuale del principio di proporzionalità: per concludere, si può quindi esaminare l'interrogativo sollevato in dottrina circa la possibilità che le corti della UE applichino d'ufficio il principio di proporzionalità⁴¹.

6. Ubiquità del principio di proporzionalità e rilevanza d'ufficio della relativa violazione

È stato osservato che – a livello statistico – il principio di proporzionalità è uno dei parametri più invocati nel contenzioso innanzi alle giurisdizioni europee; e che però molto raramente un atto viene annullato per la sola violazione del principio di proporzionalità: stando alle banche dati, ciò parrebbe essere accaduto una sola volta, e comunque non in ambito bancario né di politica monetaria⁴².

Certo, se ci si ferma alle affermazioni contenute nelle sentenze, le cose stanno così. Ma in questo ambito le auto-qualificazioni operate dai giudici possono risultare fuorvianti sia per eccesso che per difetto. A ben vedere, non ci si può *mai* fidare quando i giudici dichiarano di applicare *solo* il principio di proporzionalità; e, talvolta, non ci si può fidare nemmeno quando i giudici *escludono* di averlo applicato.

Da una parte, infatti, il principio di proporzionalità per sua natura non opera mai da solo: ciò in quanto si tratta di un meta-principio (di carattere formale o procedurale) che concorre a governare il rapporto tra più principi di carattere sostanziale. Dall'altra parte, sempre in ragione di questa sua caratteristica, può accadere – e spesso accade – che il principio di proporzionalità sia in concreto applicato dai giudici sotto un'etichetta diversa⁴³.

Quanto al primo aspetto, l'oggetto del principio di proporzionalità è l'applicazione di altre norme, e in particolare la gestione di conflitti tra norme aventi carattere di principio. Il canone di proporzionalità presiede alle operazioni di bilanciamento volte a individuare un punto di equilibrio nell'applicazione di principi che presi singolarmente esigerebbero soluzioni reciprocamente contraddittorie⁴⁴.

Alla luce di questa ricostruzione, si comprende che per forza di cose il principio di proporzionalità non può mai essere applicato da solo, ma presuppone necessariamente la contemporanea applicazione di almeno altre due nor-

⁴¹ Cfr. M.P. CHITI, M. MACCHIA, A. MAGLIARI, *op. cit.*, part I, § 9, anche per il condivisibile rilievo secondo cui «*if the test is not required by the applicants, the courts can deal with proportionality in a collateral way, since the principle is strictly connected to other principles*».

⁴² M.P. CHITI, M. MACCHIA, A. MAGLIARI, *op. cit.*, part IV, § 1.

⁴³ V. *supra* nota 41.

⁴⁴ R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 1992, pp. 9 e ss., 72, ma *passim*.

me – o gruppi di norme – in mutuo conflitto. Si consideri, ad esempio, la sentenza della Grande Sezione dell'8 aprile 2014 *Digital Rights Ireland Ltd* (cause riunite C-293/12 e C-294/12)⁴⁵. Nell'occasione si trattava di bilanciare il diritto alla riservatezza con l'obiettivo di contrastare e reprimere gravi reati. La Direttiva 2006/24/CE oggetto di giudizio imponeva ai fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico la conservazione di una serie di dati personali degli utenti senza prevedere limiti precisi. Tali dati andavano resi accessibili alle autorità nazionali competenti per l'accertamento e la repressione di reati. La Direttiva è stata annullata dalla Corte perché non contemplava limiti abbastanza precisi all'accesso e alla conservazione dei dati e pertanto violava il diritto alla riservatezza degli interessati. Ebbene, nell'occasione il controllo di proporzionalità ha rappresentato la tecnica di giudizio adoperata dalla Corte, la chiave di lettura attraverso cui esaminare un conflitto tra principi confliggenti. Ma il parametro sostanziale violato dalla Direttiva annullata è stato pur sempre il diritto (al rispetto della propria vita privata e delle proprie comunicazioni e alla protezione dei dati di carattere personale ai sensi degli artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali della UE, o in una parola, il diritto) alla riservatezza.

Quanto al fenomeno opposto, il principio di proporzionalità è presente anche in molte sentenze che non lo menzionano. Così ad esempio è pur vero che nella sentenza del 13 luglio 2018 nella causa T-745/16, *Livret A*, il Tribunale dell'Unione ha accertato che l'interpretazione della BCE privava una disposizione del CRR del proprio effetto utile, mentre la censura di violazione della proporzionalità è stata assorbita⁴⁶. La pronuncia concerne però una *facoltà* riconosciuta alle imprese bancarie da una norma europea. In casi come questi, non c'è molta differenza tra effetto utile e proporzionalità, perché svuotare di contenuto una facoltà significa appunto comprimerla sproporzionatamente. Alla BCE si è rimproverato in sostanza l'omesso ricorso al principio di proporzionalità, per non aver misurato il concreto rischio di insolvenza dello Stato francese, che doveva invece assumere rilevanza a fronte della peculiare operatività delle banche ricorrenti, assistita da garanzie statali (v. § 91). Il ragionamento della Corte, allora, è pur sempre fondato sulla proporzionalità, sebbene questa resti nascosta nelle pieghe della motivazione.

La ragione per cui la proporzionalità è sempre presente nel sindacato sugli atti limitativi di diritti si comprende a partire dall'intuizione di un sensibile dottrina, secondo cui sussiste una relazione necessaria di mutua implicazione tra norme aventi carattere di principio e canone di proporzionalità⁴⁷. Le norme possono avere carattere di regola o di principio. Le regole sono norme definiti-

⁴⁵ Richiamata da M.P. CHITI, M. MACCHIA, A. MAGLIARI, *op. cit.*, part IV, § 1, come unico caso in cui un atto della UE è stato annullato per la sola violazione del principio di proporzionalità.

⁴⁶ Per un'efficace sintesi di tale vicenda, G. CRAPANZANO, *Case study: the Livret A cases*, in *Law and Practice of the Banking Union and of its governing Institutions (Cases and Materials)*, cit., pp. 494 ss.

⁴⁷ Il riferimento è a R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna 2012, *passim*, alcune delle cui tesi sono sintetizzate di seguito nel testo.

ve applicabili secondo la logica del tutto o niente⁴⁸. I principi, al contrario, sono precetti di ottimizzazione: la loro struttura è tale che essi possono ricevere gradi diversi di attuazione. I principi impongono la tutela di un interesse: tuttavia, essi non la impongono ad ogni costo, ma con riguardo alle possibilità fattuali e giuridiche date. Tra le condizioni giuridiche che limitano l'attuazione di un principio vi sono appunto gli altri principi confliggenti. Il grado di attuazione di ciascun principio – e di ciascun interesse protetto – è legato, allora, alle reciproche interferenze e limitazioni derivanti dall'interazione con altri principi e interessi.

La cornice teorica ora richiamata aiuta a rispondere al surriferito interrogativo di natura processuale, se il controllo di proporzionalità possa essere svolto d'ufficio dai giudici europei, in assenza di una specifica doglianza. Alla luce delle premesse descritte, la risposta sembra essere positiva, poiché ogni qual volta si denuncia la lesione di interessi giuridicamente rilevanti asseritamente compressi da un atto normativo o amministrativo, il contrasto ipotizzato andrà esaminato per forza di cose attraverso il prisma della proporzionalità. Per concludere, sul punto può dirsi quindi che *ove pure il principio di proporzionalità non sia stato menzionato nel ricorso o nell'atto di rimessione, la sua applicazione è immanente al sindacato sugli atti limitativi di diritti*. Tale conclusione rappresenta all'evidenza un corollario processuale dell'acclarato carattere trasversale del canone di proporzionalità, la cui logica è endemica nella materia bancaria.

⁴⁸ Secondo la fortunata formula di R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass. 1978 (II ed.), p. 24.

LORIANO MACCARI
Avvocato
loriano@studiolegalemaccari.it

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SULLE QUESTIONI TECNICHE

THE ADMINISTRATIVE COURT'S JUDICIAL REVIEW OF TECHNICAL ASSESSMENTS

SINTESI

I contributi della dottrina e della giurisprudenza costituiscono presupposti fondamentali per incoraggiare una riflessione ulteriore, che il tempo ha maturato, tendente ad individuare la giusta collocazione in ambito procedimentale e processuale della discrezionalità tecnica e della sua sindacabilità giurisdizionale. La sempre più diffusa regolazione pubblica dei beni in generale e delle matrici ambientali, ha assegnato alla pubblica amministrazione il compito di apprezzare, per le proprie determinazioni, contributi, pareri tecnici e scientifici provenienti da soggetti operanti nell'ordinamento, ormai affrancati in un determinato momento storico. La riflessione rievoca alla memoria gli appalti pubblici, disciplinati dal D.Lg.vo n. 50/2016, le valutazioni preventive (VIA, VAS), le bonifiche ambientali e la gestione del ciclo idrico integrato (D.Lg.vo n. 152/2006). L'amministrazione deve valutare le conoscenze scientifiche e tecniche, anche se non formalmente collocate nella dimensione tradizionale di una norma giuridica, come elementi di orientamento della determinazione finale. La concreta applicazione delle norme, in particolare nelle materie a forte contenuto tecnico, comporta la imprescindibile necessità di utilizzare elementi conoscitivi, che per espresso riconoscimento da parte dell'ordinamento o per affrancazione nel tempo, rappresentano affidabili punti di riferimento. Questa conclusione, corrisponde all'estensione orizzontale del concetto di norma sostanziale, che tende a favorire l'accesso al sindacato giurisdizionale del Giudice amministrativo, anche sulle decisioni c.d. tecniche riferite al momento dell'accertamento dei presupposti ed alla fase decisoria del procedimento. Il provvedimento finale dovrebbe rappresentare la sintesi degli elementi conoscitivi acquisiti nel procedimento, espressi dalla miglior scienza ed esperienza del momento storico di riferimento. L'apprezzamento di tali elementi dovrebbe entrare nella motivazione, in modo da consentire, dall'esterno, l'individuazione del percorso logico argomentativo posto alla base della decisione. Gli strumenti messi a disposizione dal codice del processo amministrativo (verificazione, consulenza tecnica) assolvono il compito di verificare, ex post, la correttezza di una valutazione già avvenuta ed oggetto di specifiche censure, scolpite nell'iniziativa processuale assunta da colui che si ritiene leso. A detti strumenti, nella disponibilità del Giudice, l'ordinamento processuale non ha giustamente affidato una funzione esplorativa. Una simile conclusione confliggerebbe con il principio della domanda di cui all'art. 34 c.p.a. e realizzerebbe una inammissibile sovrapposizione fra processo e procedimento.

La norma ora citata, al comma 2 stabilisce che *«In nessun caso il Giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati»*. Dunque lo stru-

mento processuale può essere utilizzato dal Giudice solo all'indomani di una ammissibile impugnazione, che si appunta sulla specifica questione tecnica da scrutinare.

L'idea che si intende proporre, volge nel senso che si può affermare il legittimo esercizio di un sindacato forte del G.A. sugli atti della p.a. elevando le discipline tecniche e scientifiche a dignità di norme sostanziali, che vanno a completare l'ordinamento giuridico.

ABSTRACT

The contributions of scholars and case law are fundamental starting points to increase a deeper reflection on the most appropriate understanding of the judicial review of the administrative courts and their jurisdiction. The widespread public regulations of goods in general and environmental aspects require public administrations to ground their resolutions to the assessment of technical-scientific opinions, which although not formally envisaged by traditional legal provisions, are nevertheless recognised as reliable points of reference for the courts. This entails an extension of the review of the administrative courts to technical assessments, whose assessments shall be reflected in their final judgements. The Italian Code of Administrative Process recognises the possibility to resort to verification (so-called in Italy "*verificazione*") and technical experts subject to the challenge by the applicant of specific technical profiles. The article supports a full jurisdiction of administrative courts on administrative action and the understanding of technical-scientific rules and traditional substantial rules in terms of equality.

PAROLE CHIAVE: sindacato giurisdizionale, pareri scientifici, consulenza tecnica, funzione amministrativa, Codice del processo amministrativo.

KEYWORDS: judicial review, scientific opinions, technical expertise, administrative function, Italian Code of Administrative Process.

INDICE: 1. Considerazioni generali – 2. La ponderazione della discrezionalità – 3. Fattispecie che esaltano il ruolo delle norme tecniche – 4. Conclusioni.

1. Considerazioni generali.

L'esercizio del potere che si estrinseca nella concreta applicazione della norma giuridica, corrisponde al contenuto della funzione amministrativa.

I soggetti di p.a. si muovono nel contesto definito dalla norma giuridica che individua l'interesse pubblico da perseguire, disegnando la causa tipica che deve animare il provvedimento.

Il luogo di esercizio dell'azione amministrativa si colloca fra la norma ed il caso concreto, nell'obbiettivo di raggiungere uno scopo vincolato definito dalla legge.

Quando viene in rilievo la discrezionalità tecnica si tratta di verificare il rapporto di corrispondenza fra il contenuto della determinazione finale e le risultanze degli elementi conoscitivi acquisiti al procedimento, esclusi dalla riserva di amministrazione e compresi in materie sconosciute al diritto positivo tradizionale.

L'obbiettivo è di trasferire le anomalie che caratterizzano il provvedimento amministrativo dal terreno dell'eccesso di potere, vizio comunemente dedotto nelle fattispecie sintomatiche del travisamento dei fatti, della contraddittorietà e del difetto di istruttoria, a quello della violazione di legge, comprendendo in quest'ultima accezione ogni entità giuridicamente apprezzabile, compresa in una fonte riconosciuta dall'ordinamento.

2. La ponderazione della discrezionalità.

Il fenomeno trasmigrativo, già in atto nell'ordinamento¹, agevola il sindacato del Giudice amministrativo, perché propone la verifica del rapporto di rispondenza fra il concreto esercizio dell'azione e le norme, come sopra intese, che vengono in rilievo, in relazione agli aspetti del provvedimento in concreto adottato.

L'art. 17 della legge fondamentale che disciplina l'azione amministrativa (n. 241/1990), dalla rubrica "*valutazioni tecniche*", prevede un vero e proprio sub procedimento per l'acquisizione di valutazioni tecniche di organi od enti preposti « *Ove per disposizioni di legge e regolamento*» ciò sia previsto. Si può quindi affermare che le valutazioni tecniche hanno trovato positivo ingresso nell'ordinamento, sia dal punto di vista sostanziale, che procedimentale, con imprescindibili conseguenze sulla effettività della tutela processuale.

La attenzione della giurisdizione, concentrata sul rapporto, piuttosto che sull'atto, induce la scienza giuridica a privilegiare la tutela delle posizioni soggettive sostanziali in modo profondo ed efficace, come per realizzare lo scopo definito dall'autorevole processualista dei primi del novecento, secondo il quale il processo deve tendere a « *tutto quello e proprio quello che ha diritto di conseguire in base alla legge sostanziale* » (Giuseppe Chiovenda)².

Questo risultato rappresenta tutt'oggi il traguardo del giusto processo, richiamato nell'art. 111 Cost. e nell'art. 1 del D. Lgvo n. 104/2010.

L'obbiettivo si incentra su un processo capace di superare il livello del c.d. sindacato debole, estrinseco, che si limita a ispezionare l'aspetto logico argomentativo del provvedimento, entro il limite esterno della sindacabilità in nome del principio della divisione dei poteri.

Tale principio infatti, non può essere inteso come un punto di arresto

¹ La legge 7 agosto 1990 n. 241, definendo positivamente il contenuto della motivazione, il tempo del procedimento e le sue modalità di svolgimento ha trasferito parte delle anomalie riscontrabili negli atti amministrativi dall'ambito dell'eccesso di potere, tipico vizio che investe l'aspetto discrezionale del provvedimento, a quello della violazione di legge. Si pensi all'obbligo di una motivazione congruente al tempo del procedimento ed alle sue modalità di svolgimento. L'art. 17 rende positivo il subprocedimento di acquisizione delle valutazioni tecniche, segno evidente che le medesime trovano legittima collocazione nella formazione del provvedimento finale.

² G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1928, p. 81. L'autorevole studioso aveva con lungimiranza intuito la portata della funzione strumentale del processo in un ordinamento ideale che dovrebbe consentire a ciascuno di ottenere per via processuale tutto ciò che l'ordinamento gli riconosce in base alla legge.

che consente di offrire la sufficienza ad un ragionamento logico argomentativo idoneo a dare soddisfazione solo alla forma, ma che in realtà consente di eludere il sindacato del Giudice e quindi la giustiziabilità delle posizioni soggettive sottese. Purtroppo la giustificazione di una certa scelta spesso sopravviene alla medesima, e dunque non rappresenta il prodotto dell'elaborazione dei suoi elementi costitutivi.

Il processo deve consentire la tracciabilità del percorso procedimentale, attraverso la motivazione del provvedimento.

Abbiamo già detto che la discrezionalità tecnica si estrinseca principalmente nello scrutinio di elementi imprescindibilmente rilevanti, non contenuti in un comando normativo.

Per approfondire il sindacato giurisdizionale occorre ridurre l'ambito della discrezionalità, valorizzando al massimo gli elementi conoscitivi, scientificamente approvati dalla comunità, che rappresentano il tessuto connettivo dello stesso modo di essere dell'ordinamento giuridico³. La riflessione culturale volge ad utilizzare le fonti secondarie e terziarie di scientifica provenienza, come parametri di riferimento per orientare il percorso valutativo, spesso confuso nella apparenza della logica coerenza dell'azione amministrativa.

Questa proposta non si risolve in una limitazione di autonomia di esercizio della funzione amministrativa, con sottrazione di spazio alla c.d. riserva di amministrazione. Anzi, l'obbiettivo è di segno contrario, la funzione amministrativa deve conservare la sua piena libertà di espressione per mantenersi nella giusta collocazione costituzionale, svincolata da quei provvedimenti sempre più inflazionati, costituiti dalle c.d. linee guida⁴, che tendono a portar per mano i

³ Il Consiglio di Stato ha da tempo superato la concezione dell'assoluta insindacabilità della c.d. discrezionalità tecnica dell'amministrazione e la sindacabilità delle scelte adottate dall'amministrazione all'atto dell'esercizio della c.d. discrezionalità tecnica. Ha giustamente distinto i concetti di opportunità e opinabilità, puntualizzando che la questione di fatto che attiene al presupposto di legittimità del provvedimento amministrativo non si trasforma, soltanto perché è opinabile in una questione di opportunità il cui sindacato è inibito al Giudice amministrativo. L'esercizio della discrezionalità tecnica si traduce in un giudizio opinabile, come tale suscettibile di sindacato giurisdizionale. (Consiglio di Stato, Sez. IV, 9 settembre 1999 n. 601; conf. TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 13 febbraio 2020 n. 306). La giurisprudenza ha confermato tale orientamento arricchendolo notevolmente. Il Consiglio di Stato anche molto recentemente ha confermato che il Giudice non può sostituirsi ad un potere già esercitato tuttavia è chiamato a «stabilire se la valutazione complessa operata nell'esercizio del potere debba essere ritenuta corretta sia sotto il profilo delle regole tecniche applicate, sia nella fase di contestualizzazione della norma posta a tutela [del bene giuridico] che nella fase di raffronto tra i fatti accertati ed il parametro contestualizzato» (Consiglio di Stato, Sez. VI, 30 gennaio 2020 n. 780; conf. Sez. V 22 gennaio 2020 n. 532); «il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica è finalizzato a verificare se la pubblica amministrazione ha violato il principio di ragionevolezza tecnica, senza che sia consentito, in coerenza con il principio costituzionale di separazione, sostituire le valutazioni, anche opinabili, espresso con il provvedimento censurato. Non è dunque ammesso un "sindacato sostitutivo" ma soltanto quello che è stato definito sindacato di "attendibilità tecnica"» (Consiglio di Stato, Sez. VI, 23 settembre 2019 n. 6315; conf. 15 luglio 2019 n. 4990). Nello stesso senso Consiglio di Stato, Sez. IV, 4 febbraio 2014 n. 505; TAR Toscana, Sez. I, 8 luglio 2015 n. 1028.

⁴ Da circa un decennio è invalsa la pratica dell'emanazione delle linee guida da parte dell'Autorità Nazionale anticorruzione. Dottrina e giurisprudenza hanno affrontato gli aspetti correlati alla natura giuridica, alla loro collocazione, all'onere di impugnazione ed alla disappli-

singoli soggetti di p.a. per raggiungere fini solo mediamente collegati alla legge, tramite una cerniera dalla natura indefinita.

La sistematica emanazione delle c.d. linee guida o di altri simili strumenti⁵ rappresenta il sintomo evidente di una grave frattura del rapporto di fiducia fra i cittadini e la p.a.. Si risolvono in uno svuotamento del contenuto della funzione amministrativa e di un suo parziale progressivo trasferimento alle autorità che le redigono, soggetti che si allocano nell'area di un quarto potere costituzionalmente sconosciuto. Addirittura alcune norme hanno affidato a tale sistema una funzione normointegrativa.

L'art. 80 comma 13 del codice degli appalti affida all'ANAC il compito di adottare proprie linee guida «*al fine di garantire omogeneità di prassi da parte delle stazioni appaltanti, quali mezzi di prova considerati adeguati per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui al comma 5, lettera c), ovvero quali carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto siano significative ai fini del medesimo comma 5 lettera c)*». Lungi dal sollevare polemiche, si deve notare che tale norma si colloca in un sistema che prevede il principio di legalità e tassatività delle cause di esclusione e che l'ordinamento è dotato di una legge che disciplina in via generale i poteri di formazione secondaria.

Come è facile rilevare, non si versa in casi di autovincolo, determinato dall'esercizio dell'autogoverno, perché le tendenze conformative tradotte in linee guida od altri strumenti, provengono da soggetti esterni, non legati da rapporti di gerarchia con l'amministrazione deliberante.

Questa prassi, che prevede l'utilizzazione di disomogenei contributi, propinata come una terapia di immediata efficacia, in realtà altera profondamente l'equilibrio del sistema, comprime l'autonomia amministrativa e lo stesso svolgimento della funzione, che tende a ridursi in un esercizio poco più che compilativo.

Promuove la burocrazia, colloca al loro posto solo le carte, rallenta l'evoluzione culturale dell'amministrazione e lo sviluppo della professionalità, promosso dal sistema delle autonomie e dal principio di sussidiarietà.

La indefinibile collocazione delle linee guida, che ha impegnato la dottrina e la giurisprudenza per decifrarne la portata, l'onere di impugnazione e la disapplicazione, interviene negativamente anche nella fluidità del sindacato del Giudice amministrativo.

Occorre innanzitutto premettere che sono emanate da una Autorità non legittimata dal sistema della rappresentanza democratica. Nonostante ciò, la loro esistenza costringe il ricorrente ad impugnarle, quali atti presupposti a pena

cazione. In dottrina, G. MORBIDELLI, "Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?", intervento al 62° Convegno di studi amministrativi di Varenna 22-24 settembre 2016; F. CINTIOLI *Il sindacato del Giudice amministrativo sulle linee Guida di ANAC in Italia* Appalti.it; C. Deodato, *Le Linee Guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in www.giustizia-amministrativa.it; R. DE NICTOLIS, *Il codice dei contratti pubblici, la semplificazione che verrà*, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵ Anche recentemente il Governo ha emanato le linee guida per contenere e contrastare la pandemia COVID-19 a seguito dell'adozione del D.L. 16 maggio 2020 n. 33. In questo caso almeno sono emanate dallo stesso organo che ha adottato il D.L..

di inammissibilità del ricorso, con conseguente appesantimento dell'attività difensiva e della funzione giurisdizionale.

Anche dal punto di vista soggettivo determinano un incremento del numero delle parti processuali, anche se nel processo, i destinatari non rappresentano nessuno dei soggetti indicati dall'art. 41 del codice.

Un analogo fenomeno è rilevabile nell'esercizio della funzione amministrativa. Ogni volta che si ritenga di disattenderle, si rende indispensabile una congruente motivazione, che il Giudice amministrativo è chiamato a sindacare nell'esercizio della sua funzione.

Il risultato conseguibile non è certo costituzionalmente apprezzabile, perché si risolve in una omologazione standardizzata di una funzione amministrativa confinata nell'angolo della obbedienza a chi è intervenuto nel sistema senza legittimazione democratica.

Cittadini e amministrazione debbono conservare e migliorare i loro rispettivi ruoli, osservando le norme giuridiche e tutte quelle entità ormai affrancate nell'ordinamento, venute in essere per realizzare il principio del buon andamento della p.a.. La determinazione amministrativa deve continuare a rappresentare il prodotto della regola norma – potere – effetto. L'invasione degli elementi eterogenei sullo svolgimento dell'azione amministrativa, quali le linee guida, le circolari, le Faq potrebbero costituire i sintomi di un'inversione di tendenza, dalla sussidiarietà all'accentramento del potere amministrativo, in conflitto con i principi che hanno animato la riforma del Titolo V della Costituzione.

La normazione secondaria, come detto, è positivamente disciplinata dall'art. 17 della L. n. 400/1988 e tale testo non sembra abbinabile di integrazioni⁶.

Sotto altro aspetto si può in parte affermare che questa auspicata riflessione culturale, promuove l'avvicinamento della legge formale alla legge naturale e tende ad offrire una risposta amministrativa più concreta e leggibile.

Al tempo stesso si presta ad un trattamento giurisdizionale, più congruente al caso concreto, caratterizzato da meno proclami e da una analisi puntuale delle fattispecie concrete portate all'esame del Giudice, attraverso la motivazione del provvedimento.

Il processo deve spingersi a valutare la legalità dell'azione amministrativa con riferimento al tempo del suo concreto svolgimento, comprendente l'applicazione delle discipline tecnico scientifiche, riconosciute in vario modo in un determinato momento storico. Tale sincronia temporale rende possibile l'accesso alla tutela, perché l'interprete tramite gli elementi della motivazione è in grado di proporre la propria iniziativa con specifiche censure, ricavabili direttamente dal provvedimento ed al Giudice viene offerto un contributo di percettibilità per valutare in modo più agevole il caso concreto.

⁶ Lo schema norma – potere – effetto è collaudato e ha mostrato la sua efficienza. I continui tentativi di ampliare le raccomandazioni inserite nelle linee guida possono costituire elementi di condizionamento dell'azione amministrativa che potrebbero alterare il sistema ponendosi in conflitto con i principi costituzionali della sussidiarietà e del buon andamento. Per una riflessione sugli argomenti E. CASETTA, *Compendio di diritto amministrativo*, 2011, p. 215.

Questo risultato può essere raggiunto attraverso un sindacato giurisdizionale forte, che nel rispetto del principio della domanda, può spingersi fino alla valutazione della correttezza dell'operato della p.a. mediante le opzioni tecniche e l'osservanza delle norme già comprese nel repertorio dell'ordinamento giuridico.

Le profondità del controllo giurisdizionale dell'operato dell'amministrazione si colloca nel rapporto fra autorità e libertà⁷.

La seconda non può esistere senza la prima, ma la sua certezza può essere compromessa dalla presenza di troppe autorità, soprattutto quando talune di esse sono sconosciute dall'ordinamento costituzionale.

3. Fattispecie che esaltano il ruolo delle norme tecniche.

Nella speranza di offrire un contributo chiarificatore del ragionamento espresso si richiamano in via esemplificativa alcune fattispecie previste dalla legge.

L'art. 30 del codice degli appalti stabilisce l'obbligo di garantire la qualità delle prestazioni affidate ed il rispetto delle esigenze sociali della tutela della salute, dell'ambiente e del patrimonio culturale e di promozione dello sviluppo sostenibile anche dal punto di vista energetico.

L'art. 34 prevede l'obbligo delle stazioni appaltanti di inserire « *nella documentazione progettuale e di gara, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi adottati con Decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare...* ».

L'art. 94 stabilisce la facoltà della stazione appaltante di respingere l'offerta che non soddisfa gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro.

L'art. 95 esalta gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali connessi all'oggetto dell'appalto.

L'art. 97 nel sub procedimento di verifica di anomalia dell'offerta, affida la determinazione ad « *un giudizio tecnico sulla congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità dell'offerta* ».

La disciplina dei rifiuti contenuta nel D. Lgvo n. 152/2006 affida l'individuazione delle norme da applicare a definizioni contenute nell'art. 183 che comportano l'ineludibile applicazione di discipline tecnico scientifiche che non trovano la loro sintesi in una norma giuridica.

Nella materia degli appalti pubblici, l'apprezzamento dell'offerta tecnica migliorativa muove da considerazioni tecnologiche di durata e di efficienza, anche esse estranee al mondo del diritto tradizionalmente inteso⁸.

⁷ Si tratta di « *due valori che anziché opporsi, si integrano* », G. THIBON in *Autorità e Libertà, atti del primo incontro romano della Fondazione Gioacchino Volpe in federalismi.it*2/2017. L'autorità per essere tale deve avere una rappresentazione leggibile, perché l'incertezza finisce per pregiudicarne l'attendibilità e limitare in concreto l'esercizio della libertà. Per una riflessione approfondita, A. CROSETTI, *Al di là del nesso autorità/ libertà: tra legge e amministrazione*, Atti del convegno di Salerno, 14-15 novembre 2014.

⁸ « *E' compito precipuo della giustizia amministrativa approntare i mezzi che consentono di ridurre la*

In particolare, le riflessioni che precedono muovono parallelamente all'evoluzione del sistema degli appalti pubblici e prevalentemente dall'applicazione del criterio di aggiudicazione della offerta economicamente più vantaggiosa « *individuata sulla base del miglior rapporto qualità prezzo o sulla base dell'elemento prezzo o del costo seguendo un criterio di comparazione costo / efficacia...* ».⁹

L'offerta che si mostra vincente è quella che realizza il miglior equilibrio fra il costo e la qualità, la verifica di quest'ultima, presuppone uno scrutinio valutativo che non può prescindere dalla applicazione concreta di norme tecniche che in un certo senso tendono a vincolare l'amministrazione in ragione del fine da perseguire.

La miglior tecnologia rinvenibile in un determinato momento storico, di regola, si riflette in una superiore affidabilità del servizio con un incremento della efficacia dell'azione amministrativa in termini di risposta concreta alla domanda espressa dalla collettività.

La p.a. è chiamata quindi a svolgere una selezione fra le opzioni tecnologiche presenti nel mercato ad una certa data, dandone conto nella motivazione, al fine di rendere edotti i suoi interlocutori delle ragioni di fatto e di diritto, comprendendovi anche le acquisizioni tecnico scientifiche dotate di un certo livello di affidabilità.

La sempre più diffusa regolazione pubblica dei beni, come prima detto, ha comportato la necessità di affinare le tecniche di distribuzione mediante l'applicazione di principi, ulteriori rispetto a quelli tradizionali, della imparzialità, della proporzionalità, della razionalità, che governano storicamente le procedure ad evidenza pubblica, che si estrinsecano in entità viventi nell'ordinamento, che a prescindere dalla loro forma, incidono profondamente sul buon andamento e la loro corretta applicazione si riflette nella qualità dell'azione amministrativa.

L'incidenza della tecnologia sui costi dei servizi, sulla loro qualità è da ritenere dirimente e l'amministrazione è chiamata a scegliere, all'esito delle proprie procedure, l'offerta che realizza il miglior rapporto fra il costo e la qualità.

Imprescindibile è l'esame, l'applicazione, delle conoscenze tecniche. Nel sistema degli appalti l'incidenza delle norme tecniche, iniziando dall'ammissione dei partecipanti, le valutazioni di ordine tecnico, con immediati effetti giuridici, sono almeno equivalenti, ed è quindi impensabile immaginare una tutela giurisdizionale che incontri il proprio punto di arresto nella discrezionalità tecnica.

Lo sforzo della giurisprudenza con numerose pronunce, gran parte delle

distanza che spesso si annida tra l'efficacia delle regole e l'effettività delle tutele. La tutela piena, del resto, risponde anche ad un obiettivo di efficienza complessiva del sistema, dal momento che lo sviluppo economico e sociale del Paese passa anche attraverso una risposta rapida e "conclusiva" delle ragioni di contrasto tra le Amministrazioni ed i cittadini» (Consiglio di Stato, Sez. VI, 25 febbraio 2019 n. 1321).

⁹ Il comma 6 dell'art. 95 prevede che «*I documenti di gara stabiliscono i criteri di aggiudicazione dell'offerta, pertinenti alla natura, all'oggetto ed alle caratteristiche del contratto*». La redazione di tali documenti comporta necessariamente l'applicazione di discipline e di conoscenze tecnico scientifiche che sfuggono dall'alveo di una norma giuridica formalmente intesa.

quali in materia di appalti pubblici, si è diretto nel senso di trovare un rapporto di equivalenza fra il sindacato del G.A. e la consistenza delle valutazioni svolte dalla p.a. nel contesto del procedimento¹⁰.

Il codice del processo amministrativo è dotato di adeguati strumenti per verificare *ex post* ed in via eventuale il rispetto di queste regole.

4. Conclusioni.

In un ordinamento caratterizzato da una forte impegno della p.a. nella gestione e assegnazione delle risorse, molte delle quali collegate alle matrici ambientali ed altre ai beni pubblici, deve trovare collocazione un sistema di Giustizia amministrativa che non incontra il suo limite esterno nel galateo della discrezionalità, come momento di verifica della logicità di una determinata valutazione. Deve spingersi al concreto esame della fattispecie, anche del fatto, utilizzando le norme vigenti senza esclusione delle acquisizioni e dei saperi, comunque definiti che hanno conquistato un diritto di cittadinanza nella cultura della collettività organizzata.

Il proliferarsi degli insegnamenti, spesso provenienti da soggetti dalla natura indefinita, altera lo svolgimento della funzione amministrativa, svuotandola di contenuto, appesantendo il procedimento e il processo.

¹⁰ Anche le SS.UU. della Corte di Cassazione rettificando i suoi precedenti assunti ha affermato che «l'esercizio della discrezionalità tecnica, non essendo espressione di supremazia della p.a., non è di per sé solo idoneo a determinare l'affievolimento dei diritti soggettivi di coloro che del provvedimento amministrativo siano eventualmente pregiudicati. Non può pertanto sostenersi che chi lamenti la lesione del proprio diritto, a causa del cattivo esercizio della discrezionalità tecnica, non possa chiederne l'accertamento al Giudice, il quale non potrà quindi esimersi dal verificare se le regole della buona tecnica sono state o meno violate dall'amministrazione. Ne fornisce evidente conferma il fatto stesso che il Giudice amministrativo disponga oggi di ampi mezzi istruttori, ivi compreso lo strumento della consulenza tecnica» (Cassazione, SS.UU., 20 gennaio 2014 n. 1013). La sentenza risulta commentata da B. GILIBERTI, *Sulla pienezza del sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi*, in *Riv. dir. proc. amm.*, 3/2014, p. 1057.

MASSIMO MONTEDURO
Professore Associato di Diritto Amministrativo presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche
dell'Università del Salento
massimo.monteduro@unisalento.it

L'ORGANIZZAZIONE AMMINISTRATIVA: RIFLESSIONI SUL PENSIERO DI DOMENICO SORACE*

THINKING ABOUT ADMINISTRATIVE ORGANIZATION: SOME REFLECTIONS ON THE THOUGHT OF DOMENICO SORACE

SINTESI

Lo scritto riflette sul contributo offerto da Domenico Sorace alla teoria dell'organizzazione amministrativa e propone ipotesi di lavoro per nuove ricostruzioni, stimolate dal confronto con il Suo pensiero.

ABSTRACT

The paper reflects upon the contribution made by Domenico Sorace to the administrative organization theory and proposes some working hypotheses for new conceptual reconstructions, stimulated by the comparison with his thought.

PAROLE CHIAVE: organizzazione amministrativa, gradualismo, doveri organizzativi, discrezionalità organizzativa, principi organizzativi.

KEYWORDS: administrative organization, gradualism, organizational duties, organizational discretion, organizational principles.

INDICE: 1. «Una introduzione». Propositi e limiti dell'analisi: teoria dell'organizzazione amministrativa e focalizzazione di alcuni nodi problematici. – 2. Identificazione e perimetro attuale dell'organizzazione amministrativa. – 3. Continuità e gradualismo organizzazione/attività e ambivalenza dei principi del diritto delle amministrazioni pubbliche. – 4. Strumentalità

* La versione originaria del presente contributo (qui proposto con lievi variazioni anche nel titolo) è destinata alla pubblicazione in S. Torricelli (a cura di), *Ragionando di diritto delle pubbliche amministrazioni (in occasione dell'ottantesimo compleanno di Domenico Sorace)*, Napoli, Esi, 2020. Lo scritto rielabora la relazione svolta a Firenze il 6 dicembre 2019 nel Convegno 'Ragionando di diritto delle pubbliche amministrazioni' in occasione dell'ottantesimo compleanno di Domenico Sorace.

In ossequio alle regole della Rivista, che pubblica solamente contributi originali, è consentita la pubblicazione di lavori già pubblicati solo ove gli stessi siano di particolare importanza e con il consenso della rivista o opera collettanea alla quale il lavoro è destinato, nonché con espressa menzione della circostanza in questione.

Pur essendo questo lavoro parzialmente diverso da quello destinato agli Scritti per Domenico Sorace – maestro che anche attraverso la pubblicazione di questo lavoro la Rivista intende onorare – si è ritenuto di ricorrere espressamente a questa regola che la Rivista si è data ed intende osservare.

dell'organizzazione amministrativa. – 5. Doveri di organizzazione e pretese all'organizzazione. – 6. «Discrezionalità organizzativa». – 7. Proporzionalità organizzativa. Sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza nella dimensione dell'organizzazione. Tempo e legittimo affidamento nelle scelte organizzative.

1. «Una introduzione». Propositi e limiti dell'analisi: teoria dell'organizzazione amministrativa e focalizzazione di alcuni nodi problematici.

Il pensiero di Domenico Sorace proietta la lucidità del suo rigore negli angoli “ciechi” del diritto amministrativo, fornendo chiavi di decifrazione per problemi irrisolti nel presente e caratterizzandosi per la sua capacità di aprire orizzonti di ricerca per il futuro.

Questo scritto intende riflettere sul contributo offerto da Sorace, secondo direttrici non consuete, alla teoria dell'organizzazione amministrativa¹ e, al contempo, avanzare alcune proposte stimulate dal confronto con la ricchezza del pensiero del Maestro, nella consapevolezza della loro problematicità.

Il Suo *Diritto delle amministrazioni pubbliche* colpisce, sin dalla prima lettura, non solo per il titolo ‘al plurale’ – la cui importanza è stata da più parti colta ed evidenziata – ma anche per il sottotitolo: *Una introduzione*.

Nel motivare quest'ultimo, Sorace osserva:

«D'altro canto, si tratta solo di “una” delle possibili introduzioni. Infatti, avrebbero potuto essere trattati per primi argomenti diversi (per esempio, descrivendo l'organizzazione delle pubbliche amministrazioni, come avviene in libri di altri autori) e avrebbero potuto seguirsi itinerari diversi [...] si tratta di una scelta non irrilevante sotto il profilo dei risultati conoscitivi [...] occorrerà dunque confrontare questa “introduzione” con altre e comunque immaginare diversi percorsi conoscitivi»².

¹ Ai fini di questo scritto, i riferimenti testuali alle affermazioni di Sorace saranno principalmente tratti dal celebre *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, nella sua ultima edizione disponibile (2018): questa scelta è motivata dal fatto che si tratta dell'opera che, più di ogni altra, compendia e condensa decenni di riflessioni del Maestro, e dunque può essere considerata una finestra di osservazione privilegiata, nonché aggiornata all'attualità, del Suo pensiero. Questo non toglie che, su alcuni profili, si farà riferimento anche a contributi precedenti che verranno citati in nota. In ogni caso, deve segnalarsi che la bibliografia delle opere di Sorace mostra una costante attenzione, nel corso del tempo, alle problematiche dell'organizzazione. Basti menzionare, senza pretesa di completezza: *Gli uffici regionali, in Regioni e organizzazione amministrativa*, Firenze, 1971, pp. 133-185; *Le prime esperienze di organizzazione amministrativa nelle Regioni a statuto ordinario*, in *Problemi attuali dell'organizzazione amministrativa delle Regioni*, Milano, 1972, pp. 29-53; *Crisi degli organi collegiali e prospettive di riforma dell'organizzazione del servizio scolastico*, in *Foro amm.*, 1978, pp. 900-922; *Problemi di riorganizzazione dell'amministrazione locale nelle ‘aree metropolitane’*, in S. BELLIGNI (a cura di), *Governare la democrazia*, Milano, 1981, pp. 168-172; *Ipotesi sull'ordinamento dei ministeri*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, I, Milano, 1982, pp. 635-662; *I comitati interministeriali economici: da organi di indirizzo ad organi di amministrazione attiva* (cur.), Bologna, 1991; *Nuovi assetti e prospettive dei controlli esterni*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005, pp. 2341-2368; *Organizzazione*, in M. BOSSI, N. MARASCHIO (a cura di), *Io parlo da cittadino. Viaggio tra le parole della Costituzione italiana. I principi fondamentali*, Firenze, 2008, pp. 157-160.

² D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, 9ª ed., Bologna, Il

È significativo che, sin da questo *incipit*, Egli si ponga il problema della collocazione sistematica dell'organizzazione amministrativa, dichiarando la propria scelta di *non* assumerne la *descrizione* come *prius* concettuale rispetto alle funzioni.

Nello spirito della «introduzione» – nel significato dato da Sorace – questo scritto intende focalizzarsi, selettivamente, su alcuni nodi critici della teoria dell'organizzazione amministrativa.

La scelta di questi specifici profili, in luogo di altri, è stata motivata da due ragioni:

- da un lato, la volontà di mettere a fuoco alcuni problemi di teoria dell'organizzazione che sembrano oggi giacere parzialmente in un cono d'ombra, perché non oggetto di sufficiente dibattito nell'attuale *mainstream* dottrinale (concentratosi piuttosto su altre questioni, pur importantissime, sulle quali la letteratura recente è copiosa: basti solo pensare ai contributi fioriti sulla dirigenza, sul principio di distinzione tra politica e amministrazione con i suoi diversi corollari, sulla trasparenza nella sua dimensione organizzativa, sulle autorità indipendenti, etc.);

- dall'altro, mettere in luce come l'analisi di questi nodi teorici possa essere rivitalizzata proprio attraverso un confronto con l'originalità e la ricchezza delle riflessioni di Sorace.

2. Identificazione e perimetro attuale dell'organizzazione amministrativa.

Un primo interrogativo fondamentale, tuttora non risolto, è il seguente: quali strutture possono correttamente essere qualificate come *organizzazioni amministrative*, e sulla base di quale *criterio giuridico di identificazione*? In altri termini, quale è, oggi, il *perimetro* dell'organizzazione amministrativa?

La questione non è meramente classificatoria: è in discussione, infatti, la dilatazione o la restrizione della platea di strutture alle quali deve applicarsi, almeno nel *minimum*, il nucleo di quei principi (ad esempio, ex artt. 54, 97 e 98 Cost.: equilibrio dei bilanci e sostenibilità del debito; imparzialità; buon andamento; predeterminazione delle sfere di competenza, delle attribuzioni e delle responsabilità; regola generale del concorso; servizio esclusivo della nazione con disciplina ed onore) che conformano e caratterizzano l'organizzazione amministrativa.

Solo a titolo di esempio: l'art. 97 Cost. implica, a fronte di previsioni legislative che concernano l'organizzazione e la correlino alla garanzia di interessi protetti, l'esistenza di doveri di “macro-organizzazione” che predeterminino le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità ed assicurino imparzialità e buon andamento, conseguendo da ciò la rilevanza esterna (ossia anche nei confronti dei terzi titolari dei medesimi interessi protetti) della competenza, intesa nella sua dimensione qualitativa e non meramente quantitativa, e dunque la

giustiziabilità del vizio di incompetenza³. Se ciò è vero, attrarre una fattispecie all'interno dell'organizzazione amministrativa non è opzione interpretativa neutra, in quanto comporta l'emersione della rilevanza giuridica dell'organizzazione (e della competenza) sia in termini di parziale limitazione/conformazione della libertà di auto-organizzazione dal lato dell'amministrazione, sia sul piano della tutela in sede giurisdizionale dal lato del cittadino.

Ed allora, accedendo a questo vasto orizzonte di interrogativi aperti, occorre chiedersi se siano da considerarsi estranee, o invece intranee – e, in quest'ultimo caso, se in tutto o solo in parte – al perimetro giuridico dell'organizzazione amministrativa figure eterogenee quali, solo a titolo indicativo e senza alcuna pretesa di completezza, i concessionari di servizi pubblici, le società *in house*, le SOA, gli enti privati accreditati nell'ambito del SSN; o le libere università non statali, le organizzazioni di volontariato stabilmente convenzionate con enti pubblici territoriali per lo svolgimento di attività o servizi di interesse generale; o le reti di organizzazioni statali e sub-statali coordinate dalle agenzie europee decentrate, le istituzioni dell'unione bancaria europea, le macro-regioni europee (quali ad es. la macroregione adriatico-ionica e la macroregione alpina), i gruppi europei di cooperazione territoriale, etc.

La questione del criterio di identificazione/perimetrazione di ciò che è, o invece non è, qualificabile come “organizzazione amministrativa”⁴ dipende dalla lettura che si prescelga dell'aggettivo “amministrativa”, rispetto al sostantivo “organizzazione”.

La tradizionale impostazione (accolta ancora, in parte, dalla manualistica) intende “organizzazione amministrativa” come “organizzazione *soggettivamente* amministrativa”.

In questo schema, la teoria dell'organizzazione amministrativa viene ad essere ricostruita *in chiave soggettiva* percorrendo la sequenza lineare verticale:



³ Per una discussione di questi profili, v. A. PIOGGIA, *La competenza amministrativa. L'organizzazione fra specialità pubblicistica e diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2001, *passim*; F. MERLONI, *Organizzazione amministrativa e garanzie dell'imparzialità. Funzioni amministrative e funzionari alla luce del principio di distinzione tra politica e amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 57, spec. pp. 61 ss. e 67 ss.

⁴ Per una sintesi, e per gli opportuni riferimenti bibliografici, v. A. PIOGGIA, *Organizzazione amministrativa*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 4019.

Secondo tale prospettiva:

- il *prius* è rappresentato dalla perimetrazione del novero delle “amministrazioni pubbliche” come gruppo di figure soggettive isolabili all’interno dei soggetti attori dell’ordinamento giuridico nazionale; gli sforzi si concentrano sul tentativo di distinguerle dai soggetti privati o da altri soggetti pubblici costituenti il potere legislativo o giurisdizionale, a tal fine facendo leva o su elencazioni di figure soggettive fornite dal diritto positivo (es. l’art. 1, c. 2, d. lgs. 165/2001, o più recentemente gli Elenchi Istat⁵) o sui criteri di identificazione degli enti pubblici elaborati in sede giurisprudenziale o dottrinale;

- compiuta tale operazione definitoria a monte, l’organizzazione amministrativa viene ad essere identificata con gli apparati burocratici strutturalmente preposti dall’ordinamento al servizio delle pp.aa. in senso soggettivo⁶;

- da parte di alcuni autori, portando il ragionamento alle estreme conseguenze, si giunge infine a dedurre che debbano considerarsi funzioni ed attività (autenticamente) amministrative solo quelle direttamente svolte dall’apparato organizzativo delle pubbliche amministrazioni in senso soggettivo⁷.

Simili prospettive, per quanto autorevoli, non appaiono forse in grado di cogliere pienamente, nel contesto attuale, la complessa realtà delle trasformazioni del fenomeno amministrativo.

Si potrebbe esplorare un’ipotesi di lavoro diversa, intendendo il lemma “organizzazione amministrativa” nel significato di “organizzazione *oggettivamente* amministrativa”.

Si noti come proprio Sorace sia annoverabile tra gli studiosi i quali, in luogo di un’identificazione in chiave prevalentemente soggettiva

⁵ Gli Elenchi Istat rispondono tuttavia a una cd. “nozione finanziaria” di pubblica amministrazione, per la quale v. M. TRIMARCHI, W. GIULIETTI, *Nozione di amministrazione pubblica e coordinamento statale nella prospettiva dell’interesse finanziario*, in *Dir. e proc. amm.*, 2016, p. 925; P. GOTTI, *La problematica “nozione finanziaria” di pubblica amministrazione, l’elenco Istat e la regola della spending review*, in *Dir. amm.*, 2016, p. 177.

⁶ Cfr. F.G. SCOCA, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, 2^a ed., Bologna, 1998, p. 441 (corsivi aggiunti): «l’organizzazione amministrativa, come complesso degli uffici (elementari strutture organizzative) che svolgono la funzione di amministrazione, è ciò che si denomina Amministrazione in senso soggettivo»; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, 13^a ed., Milano, Giuffrè, 2011, p. 3 (corsivi aggiunti): «amministrazione in senso soggettivo, dunque, equivale a dire organizzazione amministrativa».

⁷ Cfr. ad es. S. VALENTINI, *Figure, rapporti, modelli organizzatori. Lineamenti di teoria dell’organizzazione*, in G. SANTANIELLO [dir.], *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1996, pp. 6-9 (corsivi aggiunti). L’Autore afferma che «residua l’identificabilità della funzione amministrativa solo sotto il profilo soggettivo, come il complesso delle attribuzioni svolte dall’amministrazione, e non sotto il profilo oggettivo [...] così l’organizzazione intesa come apparato, l’elemento statico previo dell’attività amministrativa, anche se per questa predisposto, torna ad essere il nucleo individuatore delle funzioni – e perciò delle attività - amministrative, secondo una regola che in modo banale potrebbe essere così enunciata: sono amministrative le funzioni e le attività svolte dall’apparato amministrativo». In questa prospettiva, «l’attribuzione di frammenti di funzione amministrativa non trasforma il tributario di essi in parte dell’apparato amministrativo», mentre «è invece logico che avvenga il contrario, e cioè che chi è parte dell’apparato sia necessariamente tributario di funzioni».

dell'organizzazione, privilegiano un approccio oggettivo-funzionale.

Infatti, come si è detto, la stessa architettura del *Diritto delle amministrazioni pubbliche* rifiuta di premettere la descrizione dell'organizzazione all'analisi delle funzioni. Al contrario, secondo Sorace, l'attenzione deve essere puntata su «le specificità proprie delle diverse funzioni e delle relative organizzazioni amministrative»⁸; occorre muovere oggettivamente dalle funzioni (cui Egli dedica la Parte II del *Diritto*) ed in corrispondenza di ciascun gruppo di queste ultime (di regolazione, di prestazione, strumentali e ausiliarie) individuare gli apparati organizzativi deputati a – e modellati su – quella specifica categoria di funzioni⁹.

Con grande efficacia, Sorace sottolinea come alle «funzioni delle amministrazioni» corrispondano speculari «amministrazioni delle funzioni»¹⁰.

Proprio questa impostazione oggettiva conduce Sorace, nella Parte III del *Diritto delle amministrazioni pubbliche*:

- a definire, in maniera illuminante, l'organizzazione amministrativa come «il complesso dei numerosi apparati (ossia delle diverse specifiche organizzazioni) che svolgono funzioni (cioè insieme di compiti) definibili “amministrative”, nel significato che risulta da tutto quanto si è detto nei precedenti capitoli»¹¹;

- a sottolineare che «nella normativa europea si rinvengono disposizioni che impongono agli Stati membri su cui ricadono compiti di rilievo comunitario non solo l'istituzione di appositi apparati ma anche particolari modalità organizzative per tali apparati»¹²;

- ad aggiungere che «un apparato amministrativo [dunque, per Sorace, esso è e resta un «apparato amministrativo», come tale interno e non esterno al perimetro dell'organizzazione oggettivamente amministrativa, n.d.r.] può dunque essere parte di un'organizzazione alla quale è riconosciuta la personalità giuridica di diritto privato, cioè di un ente privato, oppure di un'organizzazione alla quale è riconosciuta la personalità giuridica di diritto pubblico, cioè può essere (parte di) un ente pubblico»¹³, sottolineando l'«uso di forme organizzative privatistiche» in relazione a fattispecie quali privatizzazioni, società pubbliche, fondazioni, associazioni, organismi di diritto pubblico, imprese pubbliche¹⁴.

Il concetto di organizzazione (non soggettivamente, bensì) oggettivamente amministrativa implica, ad avviso di chi scrive, un cambio di paradigma.

La sequenza ricostruttiva che ne consegue logicamente, infatti, non è più verticale, ma circolare, e potrebbe essere rappresentata come segue:

⁸ D. SORACE, *Diritto*, cit., p. 59 (corsivi aggiunti).

⁹ D. SORACE, *Diritto*, cit., p. 112 (modelli organizzativi corrispondenti alle funzioni di regolazione); pp. 166-172 (modelli organizzativi corrispondenti alle funzioni di prestazione); pp. 192, 206-207 e 223-224 (modelli organizzativi corrispondenti alle funzioni strumentali); pp. 228-232 (modelli organizzativi corrispondenti alle funzioni ausiliarie).

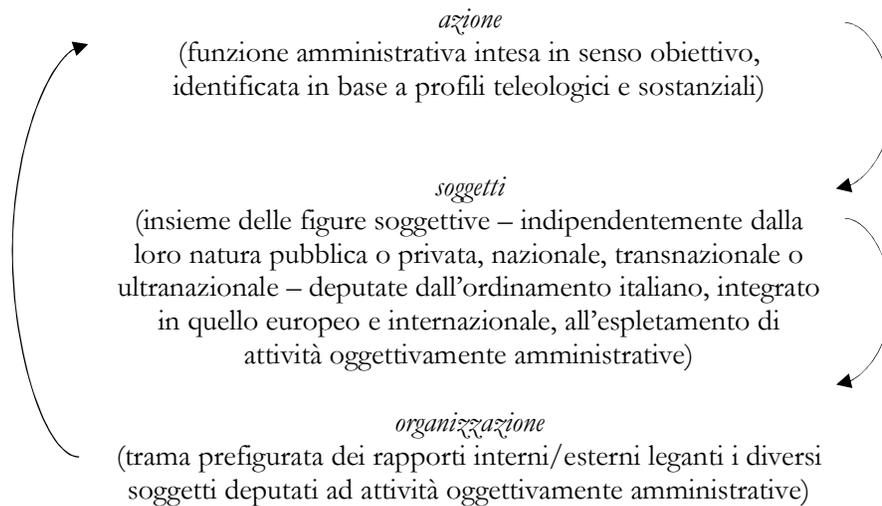
¹⁰ D. SORACE, *Diritto*, cit., p. 57.

¹¹ D. SORACE, *Diritto*, cit., p. 257 (corsivi aggiunti).

¹² D. SORACE, *Diritto*, cit., p. 270 (corsivi aggiunti).

¹³ D. SORACE, *Diritto*, cit., p. 288 (corsivi aggiunti).

¹⁴ D. SORACE, *Diritto*, cit., pp. 292-303.



Ne emerge un circolo giuridico destinato ad esaltare, più di quanto tradizionalmente si ritenga, il ruolo ordinativo e proattivo della dimensione organizzativa.

Aderendo a questa ipotesi di lavoro, il perimetro dell'organizzazione amministrativa si amplierebbe notevolmente, in termini relazionali: verrebbero infatti attratte all'interno di tale perimetro anche le *relazioni organizzative che intercorrono tra enti pubblici ed enti privati preposti allo svolgimento di attività oggettivamente amministrative*¹⁵.

Prospettare l'intraneità delle suddette relazioni rispetto all'organizzazione amministrativa non significa negare che, a fronte della maggiore o minore do-

¹⁵ La proposta ricostruttiva qui avanzata non coincide, benché sia ad essa vicina, con quella dell'autorevole dottrina che da un lato riconosce la sussumibilità all'interno del concetto di «organizzazione amministrativa» di forme organizzative privatistiche, ma dall'altro esclude dal perimetro dell'organizzazione amministrativa i soggetti privati che, pur svolgendo attività oggettivamente amministrativa, si trovano con i soggetti pubblici in relazioni di autonomia tali per cui i secondi non esercitano un controllo dominante sui primi: in tal senso V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato (azione e organizzazione)* in ID., *L'amministrazione "costituzionalizzata" e il diritto pubblico della proprietà e dell'impresa*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 108 ss., spec. nella Parte II intitolata *Le organizzazioni pubbliche in forma privatistica*, p. 147 ss.; G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa: principi*, in F.G. COCCA, F.A. ROVERSI MONACO, G. MORBIDELLI (diretto da), *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 20 e 170 ss. Si veda in argomento anche G. BOTTINO, *Amministrazione e funzione organizzatrice*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 53, che parla di «organizzazioni amministrative "sostanzialmente" pubbliche» seppur soggettivamente privatistiche. In relazione a casi-limite come quello delle società *in house*, parte della dottrina non esita ad affermare «da sostanziale "sussunzione" dell'ente in house nell'ambito del più generale apparato amministrativo controllante, nella cui estensione esso è compreso, in quanto plesso organizzativo dell'ente proprietario [...] la sostanziale totale coincidenza dell'ente in house con l'organizzazione amministrativa dell'amministrazione controllante di cui è prosecuzione» (così M. PASSALACQUA, *Le aporie delle forme di gestione dei servizi pubblici locali nel TU partecipate: organizzazione amministrativa e tutela della concorrenza*, in L. AMMANNATI, R. CAFATI PANICO (a cura di), *I servizi pubblici: vecchi problemi, nuove regole*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 25-26).

minanza del soggetto pubblico sul soggetto privato e, reciprocamente, della minore o maggiore autonomia del soggetto privato rispetto al soggetto pubblico, si imponga una differenziazione di regime giuridico tra poliformi relazioni organizzative.

In altri termini:

- nell'*an*, l'intraneità al perimetro dell'organizzazione oggettivamente amministrativa determina una (parziale, ma ineludibile) conformazione/limitazione dell'autonomia organizzativa dei citati enti privati per effetto dell'applicazione di principi, come quello dell'imparzialità, propri dell'organizzazione amministrativa¹⁶;

- nel *quomodo* e nel *quantum*, il grado di conformazione/limitazione dell'autonomia organizzativa degli enti privati attratti all'interno del perimetro dell'organizzazione amministrativa, lungi dal porsi in misura uniforme e rigida, varia in base ai diversi possibili modelli di relazioni organizzative tra soggetto pubblico e soggetto privato.

L'inclusione all'interno del perimetro dell'organizzazione "oggettivamente" amministrativa di entità privatistiche presenta, dunque, un variegato spettro di tonalità: ad esempio, può caratterizzarsi in termini di stabilità (si pensi alle società pubbliche istituite *ex lege*) o, invece, di temporaneità (si pensi ai concessionari per affidamento contrattuale di pubblici servizi).

Sempre accedendo allo schema circolare proposto, rientrerebbero all'interno del perimetro dell'organizzazione amministrativa anche *le relazioni tra strutture organizzative sub-statali e statali e strutture organizzative europee o sovranazionali*¹⁷: ciò implica conseguenze importanti nel modo di intendere (trasformandole) categorie concettuali quali, ad esempio, la *competenza*, l'*avvalimento*, la *sostituzione amministrativa*¹⁸.

In un simile scenario, inoltre:

- potrebbero essere rilette in una luce nuova alcune relazioni organizzative tradizionali come la *direzione*¹⁹, la *vigilanza*²⁰ o il *coordinamento*²¹; si pensi anche

¹⁶ Sul tema, cfr. I. PIAZZA, *La disciplina dell'attività amministrativa di soggetti privati tra autonomia organizzativa e garanzie degli amministrati*, in *Dir. amm.*, 2015, p. 541.

¹⁷ Con esplicito richiamo al pensiero di Sorace, v. F. MERLONI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2018, 3^a ed., pp. 11-12: «sono amministrazioni anche altri soggetti pubblici, quali gli enti costituiti ai diversi livelli di governo (gli enti statali, regionali, provinciali, comunali) o soggetti privati cui sono affidate funzioni amministrative. Così come amministrazioni sono quelle, diverse da quelle nazionali, che attuano disposizioni di ordinamenti sovranazionali, a cominciare dall'ordinamento europeo. La pluralità dei diritti che regolano l'amministrazione e la pluralità di soggetti con funzioni amministrative impongono, quindi, di parlare, al plurale, del complesso delle norme che le regolano come di diritto delle amministrazioni pubbliche (Sorace)». In una letteratura ormai molto vasta, di recente v. F. D'ANGELO, *I modelli organizzativi e la coamministrazione*, in R. CAVALLO PERIN, A. POLICE, F. SAIITA (a cura di), *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, Firenze, Firenze University Press, 2016, p. 535; M. MACCHIA, *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, Torino, Giappichelli, 2018.

¹⁸ Sulla competenza, A. PIOGGIA, *La competenza amministrativa*, cit.; sulla sostituzione, M. BOMBARDELLI, *La sostituzione amministrativa*, Padova, Cedam, 2004.

¹⁹ V. ANGIOLINI, *Direzione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, V, Torino, 1990, p. 109; G. MARONGIU, *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, Padova, Cedam, 1989 (rist.

a una relazione organizzativa ritenuta in fase involutiva quale la *gerarchia*²², che riacquisirebbe linfa se l'organizzazione amministrativa attraesse nel suo perimetro anche le relazioni tra enti pubblici e organismi imprenditoriali di natura privatistica preposti allo svolgimento di attività oggettivamente amministrative, sia in termini intersoggettivi con riferimento specifico all'*in house providing*²³, sia in termini interorganici, dato il persistente rilievo della gerarchia all'interno delle imprese alla luce dell'art. 2086 cod. civ.²⁴, il che potrebbe riverberarsi sulle imprese pubbliche e sulle imprese collegate²⁵;

- potrebbero aggiungersi a quelle tradizionali anche ulteriori e nuove relazioni organizzative, quali, a mero titolo di esempio, l'inserzione con carattere di stabilità in sistemi integrati pubblico-privato mediante accreditamento²⁶ e

1969).

²⁰ M. ANTONIOLI, *Vigilanza e vigilanze tra funzione e organizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, p. 673.

²¹ F. CORTESE, *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, Milano, Giuffrè, 2012.

²² Sulla quale v. di recente le considerazioni di A. PIOGGIA, *Gerarchia (dir. amm.)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario, cit.*, p. 2661, la quale mette peraltro in evidenza come la gerarchia permanga tuttora in ambiti di non poco momento, ad es. nei rapporti tra uffici dirigenziali generali e uffici dirigenziali non generali, nell'organizzazione delle aziende sanitarie, etc.

²³ Di recente, v. Cass. civ., Sez. Unite, Ord. 11 settembre 2019, n. 22713 circa l'assoggettamento della società *in house* «a vincoli gerarchici facenti capo alla P.A. [...] sicché il rapporto di servizio con l'ente pubblico è immanente a siffatta formula organizzativa». Anche secondo Cons. Stato, I, Parere 8 novembre 2018 n. 2583 (Adunanza del 10 ottobre 2018), il controllo analogo nei confronti dell'organismo *in house* corrisponde a «un rapporto di subordinazione gerarchica tra esso e l'ente pubblico socio (Corte di Giustizia CE, 13 ottobre 2005, C- 458/03, punto 67-68)». In dottrina, si vedano gli approfondimenti monografici di E. CODAZZI, *La società in house. La configurazione giuridica tra autonomia e strumentalità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018; C. IAIONE, *Le società in house: contributo allo studio dei principi di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali*, Napoli, Jovene, 2012; S. DETTORI, *La società in house tra interesse pubblico e mercato. Spunti ricostruttivi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008.

²⁴ L'art. 2086 cod. civ., anche a seguito della novella introdotta dall'art. 375, comma 2, del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (che ne ha mutato la rubrica da «Direzione e gerarchia nell'impresa» a «Gestione dell'impresa»), al c. 1 continua a stabilire che «l'imprenditore è il capo dell'impresa e da lui dipendono gerarchicamente i suoi collaboratori». Il comma 2, introdotto dalla novella del 2019, aggiunge peraltro che «l'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa [...]». Sul tema, anteriormente alla novella del 2019, cfr. V. FERRANTE, *Direzione e gerarchia nell'impresa (e nel lavoro pubblico privatizzato). Art. 2086*, in F.D. BUSNELLI (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, Giuffrè, 2012.

²⁵ Cfr. art. 3, c. 1, lett. t) e z), del d.lgs. 50/2016.

²⁶ A. PIOGGIA, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 2017, spec. pp. 120 e 168. In relazione al sistema assistenziale sanitario, la giurisprudenza (Cons. Stato, III, 22 gennaio 2016, n. 207) ha incisivamente affermato che «da natura del rapporto di accreditamento, a metà strada tra concessione di servizio pubblico e abilitazione tecnica idoneativa, nell'ambito di un servizio pubblico essenziale obbediente non già a criteri di mercato, ma a criteri di servizio pubblico di erogazione di prestazioni assistenziali remunerate a tariffa a carico dell'erario, impone al privato accreditato precisi doveri di leale collaborazione con l'amministrazione ed amplifica l'ordinario dovere di diligenza e correttezza esigibile nei comuni rapporti obbligatori. In altri termini, gli operatori privati accreditati non sono semplici fornitori di servizi, in un ambito puramente contrattualistico,

convenzionamento²⁷, o i nuovi «modelli organizzativi per l'aggregazione dei contratti pubblici»²⁸ (si pensi all'avvalimento organizzativo di centrali di committenza anche ubicate in altro Stato UE²⁹, o agli accordi organizzativi di aggregazione³⁰, etc.).

Lo stesso processo evolutivo, ove si aderisca all'ipotesi di lavoro prospettata, investirebbe la varietà tipologica dei modelli organizzativi³¹: si pensi al modello dell'*ausiliarità* e a come quest'ultimo potrebbe declinarsi rispetto alle posizioni organizzative di relazione tra enti pubblici ed enti privati del terzo settore, nella prospettiva della sussidiarietà orizzontale³²; o al modello della

sorretto da principi di massimo profitto e di totale deresponsabilizzazione circa il governo del settore, *ma sono soggetti di un complesso sistema pubblico-privato qualificato dal raggiungimento di fini di pubblico interesse di particolare rilevanza costituzionale*, quale il diritto alla salute, su cui gravano obblighi di partecipazione e cooperazione nella definizione della stessa pianificazione e programmazione della spesa sanitaria (Cons. St., sez. III, 29 luglio 2011 n. 4529, 14 giugno 2011 n. 3611 e 13 aprile 2011 n. 2290; Corte Costituzionale 28 luglio 1995 n. 416)».

²⁷ V. *infra*, nota 32.

²⁸ S. PONZIO, M.G. RACCA, *La scelta del contraente come funzione pubblica: i modelli organizzativi per l'aggregazione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2019, p. 33, che evidenziano il collegamento tra tali modelli organizzativi e il principio costituzionale di adeguatezza.

²⁹ D.lgs. 50/2016, art. 37, cc. 12 e 13.

³⁰ D.lgs. 50/2016 art. 3, c. 1, lett. fffff).

³¹ Intendendo il concetto di «modello organizzativo» come ipostasi teorica di specifiche «posizioni relazionali» tra strutture amministrative: v. in questo senso F.G. SCOCA, *I modelli organizzativi*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, *cit.*, p. 601; in analoghi termini, ID., *Relazioni organizzative e formule organizzative*, in F.G. SCOCA, D. D'ORSOGNA, *Le relazioni organizzative*, cap. 4 di F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 61-63. Per un'impostazione gradualistica della teoria dei modelli organizzativi sia consentito, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, il rinvio a M. MONTEDURO, *Modelli organizzativi e funzione. Il caso dell'Agenzia italiana del farmaco*, Torino, Giappichelli, 2018, in particolare da p. 117. Fondamentale, per la prospettiva generale del gradualismo nel diritto amministrativo, l'insegnamento di G. ROSSI, da ultimo compendiato in ID., *Guida alla lettura: linee di un nuovo diritto amministrativo*, in D. PAPPANO [coord.], *Il diritto amministrativo nell'evoluzione della scienza giuridica. Saggi e scritti scelti di Giampaolo Rossi*, Vol. I, Torino, Giappichelli, 2019, in particolare p. XXXVI e ss.

³² Si noti che l'ordinamento impone penetranti limiti all'autonomia organizzativa degli enti del terzo settore (ETS) qualora questi ultimi, anziché operare isolatamente, intendano convenzionarsi stabilmente con pubbliche amministrazioni. Basti esaminare il Titolo VII del Codice del Terzo Settore (d.lgs. 117/2017), intitolato «Dei rapporti con gli enti pubblici», ed ivi l'art. 56 sulle «Convenzioni», ove si subordina il convenzionamento con la P.A. all'imposizione all'ETS di inderogabili doveri di organizzazione: «le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale *devono [...] dimostrare adeguata attitudine, da valutarsi in riferimento alla struttura, all'attività concretamente svolta, alle finalità perseguite, al numero degli aderenti, alle risorse a disposizione e alla capacità tecnica e professionale, intesa come concreta capacità di operare e realizzare l'attività oggetto di convenzione, da valutarsi anche con riferimento all'esperienza maturata, all'organizzazione, alla formazione e all'aggiornamento dei volontari [...] le convenzioni devono contenere disposizioni dirette a garantire l'esistenza delle condizioni necessarie a svolgere con continuità le attività oggetto della convenzione, nonché il rispetto dei diritti e della dignità degli utenti, e, ove previsti dalla normativa nazionale o regionale, degli standard organizzativi e strutturali di legge. Devono inoltre prevedere la durata del rapporto convenzionale, il contenuto e le modalità dell'intervento volontario, il numero e l'eventuale qualifica professionale delle persone impegnate nelle atti-*

strumentalità rispetto al rapporto organizzativo tra gli enti pubblici controllanti e le società pubbliche (in particolare, ma non solo, quelle *in house*)³³, le imprese pubbliche e le imprese collegate³⁴, etc.

3. Continuità e gradualismo organizzazione/attività e ambivalenza dei principi del diritto delle amministrazioni pubbliche.

Una fondamentale tesi di Sorace, espressa con sintesi folgorante, è quella secondo cui l'attività amministrativa (il procedimento) deve essere intesa come «la prospettiva dinamica dell'organizzazione»³⁵ e la «unificazione dinamica dell'organizzazione»³⁶: ancor più chiaramente, il procedimento amministrativo altro non è se non «un'organizzazione in azione»³⁷.

Il postulato teorico che, sul piano logico, sembra sotteso all'affermazione di Sorace è quello della “convertibilità” dell'organizzazione in attività attraverso la “messa in movimento” della prima: ciò presuppone che tra organizzazione e attività non vi sia iato o separazione netta, bensì continuità “qualitativa”³⁸.

attività convenzionate, le modalità di coordinamento dei volontari e dei lavoratori con gli operatori dei servizi pubblici, le coperture assicurative di cui all'articolo 18, i rapporti finanziari riguardanti le spese da ammettere a rimborso fra le quali devono figurare necessariamente gli oneri relativi alla copertura assicurativa, le modalità di risoluzione del rapporto, forme di verifica delle prestazioni e di controllo della loro qualità, la verifica dei reciproci adempimenti nonché le modalità di rimborso delle spese, nel rispetto del principio dell'effettività delle stesse».

³³ Cfr. Part. 4, c. 1, del d.lgs. 175/2016 (TUSP): «Le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non *strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali*, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società». La strumentalità è ovviamente più intensa rispetto alle società *in house*: cfr. Cons. Stato, III, 18 ottobre 2018, n. 5970, secondo cui «si tratta di un *modello organizzativo riconducibile alle così dette 'quasi amministrazioni'*, in virtù di quegli indici individuati dalla legge medesima in termini di istituzione, partecipazione e controllo, interpretabili nel senso della '*strumentalità*' e '*funzionalizzazione*', quindi '*pubblicità*' (v. ex multis: Cons. St., IV, 24 maggio 2013, n. 2829), ed alle quali sono affidati compiti pubblici se non funzioni pubbliche in senso proprio». Osserva condivisibilmente A. BARTOLINI, *Organo e ufficio*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *I fondamenti dell'organizzazione amministrativa*, Roma, Dike Giuridica, 2010, pp. 70-71, a proposito delle società *in house*, che «in base alle coordinate classiche di teoria dell'organizzazione, la fattispecie in esame sembra da ricondursi alla figura degli 'enti strumentali'» giacché il controllo analogo «fa dell'organismo *in house* per l'appunto un ente strumentale».

³⁴ In relazione al requisito della «*influenza dominante*» di cui all'art. 3, c. 1, lett. t) e z), del d.lgs. 50/2016.

³⁵ D. SORACE, *Diritto, cit.*, p. 357.

³⁶ D. SORACE, *Diritto, cit.*, p. 361.

³⁷ *Ibidem.*

³⁸ Il nucleo fondamentale di tali tesi era già emerso, negli anni sessanta dello scorso secolo, nell'opera spartiacque di G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968, *passim*. Come ha ricordato di recente G. SALA, *A cinquant'anni dalla pubblicazione della Pubblica amministrazione come organizzazione: dal mutamento di paradigma nello studio dei fenomeni amministrativi*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2018, p. 507, Berti «in tale opera [...] effettua la *deconstruction* del sistema amministrativo tradizionale, il quale era strutturato attorno alla rigida distinzione fra organizzazione ed attività amministrativa [...] nel cogliere le implicazioni della

Questa posizione è estremamente interessante, per vari aspetti.

Innanzitutto essa, sempre sul piano logico, implica che la convertibilità tra organizzazione e attività valga anche *a contrario*: nel senso, cioè, che anche l'attività sia convertibile in organizzazione, ossia che l'organizzazione rappresenti la prospettiva statica dell'attività, la "condensazione" in struttura *ex ante* di un'attività anticipata e prefigurata allo stato potenziale e pronta a "liberarsi" *ex post* nel momento dinamico³⁹.

In secondo luogo, l'approccio di Sorace appare in grado di leggere il rapporto tra organizzazione e attività evitando posizioni estreme che dequotino l'organizzazione a «retrobottega» dell'attività⁴⁰ o, all'opposto, assorbano interamente l'attività nell'organizzazione⁴¹.

In terzo luogo, si tratta di una lettura che appare sorprendentemente

teoria della funzione di Feliciano Benvenuti, il nostro ebbe a rileggere *l'organizzazione e l'attività in continuità ed in senso oggettivo*; Sala aggiunge (*op. cit.*, 513) che «le difficoltà di sistemazione della figura del *procedimento* potevano essere, secondo Berti, superate proprio scoprendone il valore di disciplina dell'*organizzazione nel suo movimento*» (corsivi aggiunti).

³⁹ In sintonia con la nota impostazione di M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 119, secondo cui «l'organizzazione si pone non come mera preparazione ... o possibilizzazione ... dell'attività sostanziale ... e nemmeno come creazione delle condizioni ... di essa, ma come una 'presa di coscienza' dei fini, una *prefigurazione dell'attività ispirata a quei fini* o, meglio ancora, come *un modo di essere, un inizio della stessa attività* ... la decisione organizzativa si rivela, quindi, necessariamente, come decisione di indirizzo dell'attività ... l'organizzazione accompagna ... l'attività in tutto il suo corso. Ma non l'accompagna passivamente: in quanto fornisce la misura della realtà sostanziale che attraverso essa si è inteso assicurare e far vivere, l'organizzazione incanala l'attività, la costringe a quella misura, ne costituisce la guida immanente. Appunto perché modellata sugli interessi che deve curare, l'organizzazione reagisce su tali interessi e ne influenza la realizzazione, assumendo una funzione attrattiva e direttiva nell'intero processo di soddisfazione di essi ... l'influenza dell'organizzazione sull'attività, la sua funzione di guida tanto più si coglie nella sua pienezza se si considera che l'organizzazione introduce nel gioco un elemento di autonoma razionalità ... appunto per questo, essa è coordinamento, disciplina, razionalizzazione dell'attività, forzante adeguamento di questa ad essenziali canoni organizzativi (in primo luogo, dell'efficienza e dell'economia), in fin dei conti quindi, anche sotto questo profilo, orientamento e direzione dell'attività» (pp. 118-120: corsivi aggiunti).

⁴⁰ L'espressione icastica, usata in chiave critica contro chi propugna simili tesi, è di F. MERLONI, *Organizzazione amministrativa e garanzie dell'imparzialità*, *cit.*, pp. 61 e 70, secondo cui l'organizzazione amministrativa non è «il 'retrobottega' dell'azione amministrativa [...] l'organizzazione non è più strumentale all'attività, ma è la predefinizione delle condizioni stesse di futuro svolgimento delle attività [...] la rilevanza dell'organizzazione non è un più un fenomeno strumentale (alla valutazione della legittimità dell'atto), ma autonomo, in quanto processo di progressiva definizione della funzione (cioè dell'interesse pubblico da curare)».

⁴¹ A giudizio di M. NIGRO, *op. cit.*, p. 125, nota 54 (che contesta «il termine finale logico del ragionamento», additandolo nella tesi di un «assorbimento dell'attività nell'organizzazione» e di un «sostanziale annullamento della distinzione tra i due termini»), questo sarebbe l'esito radicale dell'indagine di G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, *cit.*, p. 250, secondo cui «l'organizzazione è il profondo contenuto giuridico dell'attività». Tuttavia l'opera di Berti appare articolata, complessa e non riducibile ad estremizzazioni: cfr. ancora le annotazioni di G. SALA, *A cinquant'anni dalla pubblicazione della Pubblica amministrazione come organizzazione*, *cit.*, p. 507 ss.

molto vicina a risultati da tempo acquisiti da scienze non giuridiche quali la fisica – relativistica e quantistica – secondo cui la *massa* (alla quale potrebbe, metaforicamente, farsi corrispondere l'*organizzazione* amministrativa) è convertibile in *energia* (alla quale potrebbe, giuridicamente, farsi corrispondere l'*attività* amministrativa) in funzione della velocità con cui la massa sia posta in movimento⁴².

La tesi di Sorace, infine, potrebbe integrarsi perfettamente con il metodo gradualista propugnato da una nota dottrina⁴³, dischiudendo la possibilità di una proposta ricostruttiva nei seguenti termini:

- la *funzione*⁴⁴ si distribuisce lungo uno *spettro unitario con diversi gradi* (toni di intensità, livelli di densità) *di combinazione tra organizzazione e attività*;

- percorrendo lo spettro della funzione, sono rinvenibili progressivamente fattispecie combinatorie con alto grado di attività e basso grado di organizzazione (es., le conferenze di servizi), poi combinazioni con gradi medi di attività e di organizzazione (es., gli accordi organizzativi tra pp.aa. ex art. 15 l. 241/1990) e infine combinazioni con alto grado di organizzazione e basso grado di attività (es., gli organi collegiali permanenti);

- accedendo a questa ricostruzione, *tutte le fattispecie di diritto amministrativo positivo potrebbero prestarsi ad essere considerate una "miscela" di gradi di organizzazione e di gradi di attività variamente dosati*, sempre con la presenza di un grado almeno minimo di organizzazione (ad es., anche rispetto al procedimento amministrativo, che sembrerebbe essere pura attività, è stabilita la presenza necessaria di una «unità organizzativa responsabile del procedimento» ex art. 6 l. 241/1990) e di un grado almeno minimo di attività (si pensi alle relazioni organizzative – interorganiche o intersoggettive – che sembrerebbero pertenerne esclusivamente al dominio dell'organizzazione ma che implicano, comunque, l'adozione di atti, quali l'ordine, la direttiva, etc.).

La proposta ricostruttiva di una continuità gradualistica tra attività e organizzazione, se accolta, conduce a una conclusione di carattere sostanziale: *se la distinzione tra attività e organizzazione non è qualitativa* (appartenenza a domini separati) *ma quantitativa* (in quanto gradazioni combinatorie di un medesimo dominio, quello della funzione), allora può ammettersi teoricamente che *tutti i principi della funzione amministrativa si applichino trasversalmente sia all'attività che*

⁴² La celeberrima formula einsteiniana $[E= mc^2]$ implica infatti che la massa sia una forma altamente concentrata di energia e che l'energia in quiete si converta almeno parzialmente in massa, così come la massa in movimento si trasformi almeno parzialmente in energia. In base alla fisica quantistica, per altro verso, la materia è composta da gradi discreti (quanti) di energia, dalla doppia natura (contemporaneamente ondulatoria e corpuscolare).

⁴³ Il riferimento è all'insegnamento di G. ROSSI e alle sue opere scientifiche, da ultimo selezionate nei tre volumi (con il coordinamento di D. PAPPANO) *Il diritto amministrativo nell'evoluzione della scienza giuridica. Saggi e scritti scelti di Giampaolo Rossi, cit.*

⁴⁴ Mutuando la distinzione tra «funzione-scopo», «funzione-compito» e «funzione-ufficio» dal noto contributo di F. MODUGNO, voce *Funzione*, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Milano, Giuffrè, 1969, p. 301 e ss., con le specificazioni di F. MERLONI, *Organizzazione amministrativa e garanzie dell'imparzialità, cit.*, p. 57 e ss., in particolare pp. 60-65, circa il rapporto tra piano della funzione e piano dell'organizzazione.

all'organizzazione, in quanto entrambe, qualitativamente, funzione.

In altri termini, accedendo a questa proposta, non avrebbe senso distinguere principi propri dell'organizzazione e principi propri dell'attività, frapponendo ostacoli al "travaso" reciproco da una sfera all'altra, proprio perché la sfera sarebbe unica, quella della funzione, con la conseguente "condivisione" dei medesimi principi tra attività e organizzazione.

Quest'ultima conclusione è solo apparentemente scontata. Ed infatti, se è vero che ormai non vi sono dubbi circa la predicabilità sia nell'ambito dell'organizzazione che in quello dell'attività di alcuni principi quali l'imparzialità, il buon andamento o la responsabilità, non altrettanto può dirsi di altri principi quali, ad esempio, la proporzionalità, la tutela del legittimo affidamento, la sussidiarietà o la precauzione, che la maggioranza della dottrina continua a ritenere propri dell'attività, ma non dell'organizzazione. Aderendo alla proposta ricostruttiva di cui sopra, invece, non vi sarebbero remore di sorta alla loro estensione anche all'organizzazione: ciò darebbe luogo a non irrilevanti possibilità di avanzamento in termini di tutela delle persone, essendo noto che alla violazione dei principi corrisponde, in chiave patologica, l'eccesso di potere come vizio giustiziabile della funzione (sul punto si tornerà *infra*, § 7).

4. Strumentalità dell'organizzazione amministrativa.

Un altro nodo, anch'esso cruciale, riguarda il seguente quesito: a chi o a che cosa è strumentale l'organizzazione amministrativa?

Le risposte tradizionali a questa domanda sono nel senso di una strumentalità dell'organizzazione:

- all'indirizzo politico (pur nell'ambito del principio di distinzione tra indirizzo e gestione);
- all'esercizio del potere amministrativo;
- più ampiamente, alle persone giuridiche pubbliche, *in primis* agli enti pubblici territoriali con in testa lo Stato⁴⁵.

Si tratta, al fondo, della metafora dell'organizzazione amministrativa come «macchina» che, messa in moto dall'impulso dell'indirizzo politico promanante dal soggetto pubblico, trasmette lungo gli anelli di una catena di comando l'energia del potere incanalandola verso gli amministrati.

Vi è, tuttavia, un'altra risposta possibile, che modifica, o addirittura capovolge, la direzione e il verso della strumentalità dell'organizzazione.

Sorace esprime questo alternativo paradigma con parole cristalline:

gli «apparati amministrativi» non hanno solo «il compito di attuare gli indirizzi politici e dunque di curare gli interessi qualificati come pubblici [...] operando per l'effettiva soddisfazione degli interessi prescelti dagli apparati politici», ma hanno anche una diversa e

⁴⁵ Si veda la rassegna e la critica di tali opinioni in L.R. PERFETTI, *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, in *Dir. econ.*, 2019, p. 43 ss.; cfr. altresì G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa: principi, cit.*, pp. 21-22.

fondamentale «missione», che consiste nel «*dovere di agire in modo che la soddisfazione degli interessi preferiti dalle scelte politiche si realizzi nel rispetto delle garanzie riconosciute dal diritto ad altri interessi*»; in sintesi, l'organizzazione amministrativa è strumentale nel senso che serve «per curare gli interessi (qualificati come) pubblici e al contempo per assicurare il rispetto del diritto a garanzia degli altri interessi»⁴⁶.

Dunque, secondo il chiaro Autore, l'organizzazione amministrativa è servente non solo alla cura dell'interesse pubblico per come selezionato/preferito dagli apparati politici in maniera transeunte, ma anche alla garanzia degli interessi privati stabilmente “frontisti” di quell'interesse pubblico, che l'ordinamento repubblicano riconosca e garantisca in quanto meritevoli di tutela. Tra questi ultimi, evidentemente campeggiano i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, consacrati dall'art. 2 Cost., inclusi i diritti sociali quali «diritti a prestazioni» (cui Sorace riferisce una vera e propria «finalizzazione delle scelte» amministrative, nel novero dei «limiti dell'ambito delle decisioni discrezionali»)⁴⁷.

A questa tesi se ne lega a doppio filo un'altra, che riguarda la tagliente demistificazione, a monte, del concetto stesso di «interesse pubblico»: quest'ultimo, nel pensiero di Sorace, non è affatto una sorta di entità suprema che si presuma aliena al mondo degli interessi privati ed irriducibile alle pretese della persona, singola o associata.

Egli scrive, con nettezza:

«spesso non appare possibile distinguere, dal punto di vista sociale ed economico, l'“interesse pubblico” dagli “interessi privati” [...] possono essere qualificati come interessi pubblici interessi di privati (nell'ipotesi migliore, della maggioranza dei cittadini) che contrastano con gli interessi di altri privati [...] normalmente, dunque, un “interesse pubblico” altro non è che un insieme di interessi privati. Per quanto si debba auspicare che vengano considerati pubblici interessi almeno tendenzialmente generali, ciò che conta dal punto di vista giuridico è che sono da considerare “interessi pubblici” quelli qualificati tali dagli apparati politici (nel nostro ordinamento, organizzati secondo il principio democratico) e, talvolta, dalle stesse amministrazioni autonomamente. In altre parole, all'“interesse pubblico” non si può attribuire un significato sostanziale ma soltanto giuridico-formale. Non è solo per un'esigenza di realismo che è opportuno adottare una simile nozione di interesse pubblico. Una volta escluso che si possa presupporre una coincidenza necessaria tra interesse pubblico e bene comune, infatti, non solo si dovranno evitare pregiudizi negativi nei confronti degli interessi privati soltanto perché tali, ma non si potrà neppure

⁴⁶ D. SORACE, *Diritto*, cit., p. 23 (corsivi aggiunti).

⁴⁷ D. SORACE, *Diritto*, cit., p. 338-339. V comunque *infra*, § 6.

PA PERSONA E AMMINISTRAZIONE

Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia

ammettere che le pubbliche amministrazioni possano usare qualsiasi mezzo per far prevalere l'interesse pubblico nei confronti degli interessi privati»⁴⁸.

Ne emerge uno schema di questo tipo:



In questa prospettiva, il “baricentro” della strumentalità dell’organizzazione si rivela diverso da quanto ritiene la dottrina tradizionale. L’organizzazione amministrativa si mostra come strumentale:

- non a ideali persone giuridiche pubbliche,
- ma a reali persone umane.

Sono le persone in carne ed ossa, infatti, ad essere titolari, in forma singola o associata, di quegli *interessi privati sostanziali* che, *qualificati o meno come interesse pubblico formale*, si fronteggiano sul piano “atomistico” dell’esistenza, e che l’organizzazione amministrativa è deputata a curare e garantire sul piano “molecolare” della co-esistenza, massimizzandone per quanto possibile il godimento concomitante in condizioni di eguaglianza sostanziale.

Si tratta di una prospettiva già presente nel pensiero secondo cui all’organizzazione amministrativa dovrebbe guardarsi come «organizzazione dell’attuazione o attuazione organizzata dei fini della società (o dell’ordinamento)»⁴⁹, di recente sviluppata sino ad affermare che l’organizzazione amministrativa è «funzione» o «diretta» o almeno «indiretta» dell’«ordine giuridico della società», costituito dai «diritti della persona»⁵⁰.

5. Doveri di organizzazione e pretese all’organizzazione.

Le conseguenze di questo paradigma alternativo, fondato sul primato della persona umana e sulla strumentalità ad esso dell’organizzazione amministrativa, sono profonde.

⁴⁸ D. SORACE, *Diritto, cit.*, pp. 26-27 (corsivi aggiunti).

⁴⁹ Il riferimento è a G. PASTORI, *Pluralità e unità nell’amministrazione*, in G. MARONGIU, G.C. DE MARTIN (a cura di), *Democrazia e amministrazione: in ricordo di V. Bachelet*, Milano, Giuffrè, 1992, ora in G. PASTORI, *Scritti scelti*, Napoli, Jovene, 2010, Vol. II, p. 490.

⁵⁰ L.R. PERFETTI, *Organizzazione amministrativa e sovranità popolare. L’organizzazione pubblica come problema teorico, dogmatico e politico*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2019, ed ivi i parr. 6.2. («L’organizzazione amministrativa come diretta funzione della società e del suo ordine giuridico costituito dai diritti della persona») e 6.3. («L’organizzazione amministrativa come funzione indiretta della società e del suo ordine giuridico costituito dai diritti della persona attraverso il circuito della rappresentanza democratica»).

Un conto è che la strumentalità dell'organizzazione venga riferita esclusivamente all'esecuzione dell'indirizzo politico, ossia alla massimizzazione attuativa dell'interesse pubblico per come selezionato/preferito dalla maggioranza politica democraticamente rappresentativa, posta ai vertici delle persone giuridiche pubbliche.

A questo concetto di strumentalità, infatti, si attaglia la centralità del *potere* di organizzare.

Il discorso muta se, invece, la strumentalità dell'organizzazione amministrativa viene considerata servente innanzitutto al primato del «pieno sviluppo della persona umana», singola e associata, nelle relazioni in cui «si svolge la sua personalità» (cfr. artt. 2 e 3 Cost.), in termini di «servizio esclusivo della Nazione» (art. 98 Cost.) ossia del «popolo» cui appartiene la sovranità (art. 1 Cost.), intendendosi per popolo la «molteplicità» di cittadini «viventi»⁵¹ e per nazione la medesima «collettività, in tutta la sua pienezza»⁵², dunque tutte le persone in carne ed ossa che, nel loro insieme, al di là della «distinzione di opinioni politiche» (art. 3 Cost.) costituiscono il popolo; la strumentalità dell'organizzazione, in tale prospettiva, non è riducibile a servizio di una sola «parte» del popolo, ossia a quella che rappresenta temporaneamente e variabilmente la maggioranza politica del momento⁵³.

In questo ben diverso scenario, allora, a campeggiare, più che il potere, è il *dovere* di organizzare, a garanzia dell'effettività degli interessi delle persone coinvolte nel bilanciamento amministrativo.

Il tema dei *doveri organizzativi* e del loro adempimento è tanto cruciale quanto ancora scarsamente esplorato, essendo finora prevalente l'interesse per i poteri organizzativi, siano questi ultimi di diritto pubblico (macro-organizzazione autoritativa) o di diritto privato (micro-organizzazione manageriale).

Come è stato efficacemente detto (in un ambito settoriale specifico, ma con considerazioni che appaiono espressione di principio), «se i diritti sono correttamente ambientati nella realtà anche organizzativa nell'ambito della quale si esprimono, si constata come essi siano da realizzarsi “a carico” dell'intero sistema sul quale complessivamente pesa la doverosità organizzativa di fornire ad essi una risposta attivando professionisti e strutture idonei»⁵⁴, in quanto «se nel rapporto interindividuale l'assenza di un obbligo formale a carico di singoli soggetti impedisce di imporre ad un privato un determinato comportamento,

⁵¹ V. CRISAFULLI, *Aspetti problematici del sistema parlamentare vigente in Italia*, in *Jus*, 1958, ora in ID., *Stato, popolo, governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 153; V. CRISAFULLI, D. NOCILLA, voce *Nazione*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 813; D. NOCILLA, voce *Popolo (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 342 ss.

⁵² V. CERULLI IRELLI, *Per una politica dell'etica pubblica: controlli e disciplina delle funzioni amministrative*, in L. VANDELLI (a cura di), *Etica pubblica e buona amministrazione: quale ruolo per i controlli?*, Milano, Giuffrè, 2009, 28.

⁵³ L. CARLASSARE, *Sovranità popolare e stato di diritto*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Valori e Principi del regime repubblicano*, 1.I, *Sovranità e democrazia*, Roma – Bari, Laterza, 2006, p. 163 ss.

⁵⁴ A. PIOGGIA, *Diritti umani e organizzazione sanitaria*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2011, p. 33.

quando si fa riferimento ad una struttura pubblica è sufficiente il riconoscimento da parte del giudice di un diritto perché si attivi il dovere dell'amministrazione di rispondere ad esso con la propria organizzazione»⁵⁵.

Illuminare lo spazio in penombra dei doveri organizzativi significa perciò, reciprocamente, porre il problema delle *pretese all'organizzazione amministrativa* da parte delle persone, titolari di interessi protetti dall'ordinamento in astratto, ma che dell'organizzazione abbisognano in concreto per essere garantiti.

Le pretese organizzative, che possono di volta in volta assumere le sembianze di diritti soggettivi o di interessi legittimi, sono suscettibili di dare luogo a diverse figure: in alcuni casi si tratterà nell'*an* di un «diritto all'esistenza dell'organizzazione»⁵⁶; in altri, nel *quid* e nel *quomodo*, a una «pretesa al mantenimento di un assetto potenziale di interessi predefinito attraverso una serie di scelte di organizzazione»⁵⁷.

Il problema si sposta, a questo punto, non tanto sull'*esistenza* (in termini teorici) quanto sulla *consistenza* (in termini di tutela) delle pretese all'organizzazione: in particolare, il punto è quello di comprendere se esse siano giustiziabili, e in quale misura, in sede giurisdizionale per poter divenire effettive, in quanto reclamatione e non solo declamate.

Proprio su questo nodo, ancora irrisolto, giunge un altro originale – e decisivo – contributo di Sorace al dibattito dottrinale: si tratta del concetto di «discrezionalità organizzativa» (v. subito *infra*).

6. «Discrezionalità organizzativa».

Il Sorace, dopo aver definito la discrezionalità come «potere di fare scelte rilevanti per gli interessi altrui»⁵⁸, nel categorizzare i «diversi tipi di discrezionalità delle amministrazioni pubbliche»⁵⁹, distingue qualitativamente dalla «discrezionalità amministrativa» (e «politico-amministrativa») e dalla «discrezionalità tecnica» un «terzo tipo» di discrezionalità, da Egli denominata «discrezionalità organizzativa»⁶⁰.

Come è stato notato, il concetto di discrezionalità organizzativa proposto da Sorace continua ad essere «un argomento ancora poco approfondito»⁶¹ dal resto della dottrina⁶².

⁵⁵ A. PIOGGIA, cit., p. 34.

⁵⁶ G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, 3ª ed., Torino, Giappichelli, 2017, p. 114.

⁵⁷ A. PIOGGIA, *La competenza amministrativa*, cit., p. 189.

⁵⁸ D. SORACE, *Diritto*, cit., p. 317.

⁵⁹ D. SORACE, *Diritto*, cit., p. 324.

⁶⁰ D. SORACE, *Diritto*, cit., p. 328: ma v. già, per il concetto, ID., *Promemoria per una nuova voce "Atto amministrativo"*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, Guffrè, 1988, pp. 745, spec. 762.

⁶¹ R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 2017, p. 94.

⁶² V. però i rilievi recenti di C. CUDIA, *Pubblica amministrazione e valutazioni tecniche: profili organizzativi*, in *Dir. pubbl.*, 2016, p. 20 ss., che sviluppa il pensiero di Sorace in relazione alla discrezionalità organizzativa avente ad oggetto l'esercizio di un potere tecnico-valutativo.

Per Sorace, la discrezionalità organizzativa riguarda il potere di assumere un «insieme di scelte» tra le quali, ad esempio, «quale e quanto personale impiegare, insieme a quali e quanti mezzi materiali; come approvvigionarsene, se necessario; secondo quale disegno aggregarli in diversi apparati»⁶³.

Sorace, con il consueto realismo, è ben consapevole del fatto che «il legislatore sia particolarmente preoccupato di una possibile ingerenza del giudice nell'organizzazione interna delle amministrazioni»⁶⁴.

Ciò nonostante, Egli sottopone a profonda revisione⁶⁵ l'affermazione tradizionale secondo cui «in linea di principio, la dimensione organizzativa sfugge all'area di ciò che è giustiziabile a iniziativa dei privati»⁶⁶.

Ed infatti, nell'esaminare i «limiti dell'ambito delle decisioni discrezionali»⁶⁷, la cui violazione implica l'impugnabilità in sede giurisdizionale della scelta amministrativa che travalichi tali limiti⁶⁸, Sorace individua un parametro stringente in grado di fondare la sindacabilità della «discrezionalità organizzativa». Egli infatti afferma, proprio a proposito di quest'ultima, 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»⁶⁹.

Scriva precisamente su questo punto l'Autore:

«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*»⁷⁰.

Ed aggiunge:

«Questo tipo di limitazione riguarda in particolare la *discrezionalità organizzativa*, visto che quest'ultima consiste in scelte di mezzi per rag-

⁶³ D. SORACE, *Diritto, cit.*, p. 328.

⁶⁴ D. SORACE, *Diritto, cit.*, p. 334.

⁶⁵ D. SORACE, *Gli «interessi di servizio pubblico» tra obblighi e poteri dell'amministrazione*, in *Foro it.*, IV, 1988, pp. 205, spec. 214, pur riconoscendo i «problemi della tutela» nei confronti della discrezionalità organizzativa, afferma che l'interesse legittimo costituisce una qualificazione che obbedisce allo scopo di consentire il sindacato sui diversi aspetti del potere e, quindi, deve consentirlo anche sugli aspetti legati all'organizzazione amministrativa.

⁶⁶ Così E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo, cit.*, p. 128.

⁶⁷ D. SORACE, *Diritto, cit.*, p. 338.

⁶⁸ D. SORACE, *Diritto, cit.*, p. 337.

⁶⁹ D. SORACE, *Diritto, cit.*, p. 339.

⁷⁰ *Ibidem* (corsivi aggiunti).

giungere obiettivi dati. Nel caso, cioè, *l'ambito della discrezionalità sarà limitato alla scelta delle diverse possibili modalità organizzative con le quali si possono realizzare i diritti in questione, restando escluse scelte contrastanti con il perseguimento di tale obiettivo*. L'attività amministrativa che eventualmente violi un obbligo del genere *può essere considerata lesiva di un diritto*⁷¹.

In un altro scritto, nell'esaminare il rapporto tra il concetto di «discrezionalità organizzativa» e la casistica giurisprudenziale sulla necessità di organizzare il servizio di istruzione in favore dei soggetti disabili mediante un numero adeguato di ore e di insegnanti di sostegno, Sorace afferma:

*«vi è il principio – secondo me fondamentale – che sul piano dei diritti sociali non è possibile tornare indietro. L'amministrazione, diminuendo quanto aveva già concesso [...] è tornata indietro rispetto alla prestazione già erogata. Dunque, in questo caso il giudice ha negato la discrezionalità di compiere tale scelta»*⁷².

Sorace indica così una strada da percorrere per penetrare all'interno dell'apparente corazza di insindacabilità che connoterebbe le scelte organizzative discrezionali.

Ancora una volta, la chiave della serratura è da Egli trovata nel *primato costituzionale dei diritti inviolabili della persona umana*: questi ultimi, in quanto diritti positivi a ricevere prestazioni⁷³, fondano corrispondenti *doveri inderogabili di organizzazione amministrativa* («doveri positivi» secondo Sorace⁷⁴) che rendono le

⁷¹ *Ibidem* e p. 340 (corsivi aggiunti).

⁷² D. SORACE, *Libertà delle persone con disabilità e discrezionalità delle amministrazioni pubbliche*, in R. BELLÌ (a cura di), *Libertà inviolabili e persone con disabilità*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 47 (corsivi aggiunti).

⁷³ Sorace si riferisce specificamente ai diritti sociali, ma la dottrina è oggi incline a rivedere la tradizionale distinzione tra diritti negativi e diritti positivi riconoscendo che «tutti i diritti sono diritti positivi»: cfr. di recente F. POLITI, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione Repubblicana*, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 2018, spec. pp. 141-143 (che, a sua volta, richiama la nota opera di S. HOLMES, C.R. SUNSTEIN, *The Costs of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, New York 1999, trad. it. *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bologna, 2000).

⁷⁴ Per una proposta teorica volta a ricostruire esplicitamente il dovere amministrativo come *species* del *genus* dei «doveri inderogabili» di cui all'art. 2 Cost., e sul conseguente nesso di corrispondenza di «doveri amministrativi inderogabili» a «diritti personali inviolabili», sia consentito il rinvio a M. MONTEDURO, *Il provvedimento amministrativo: natura e caratteri*, in G. CARLOTTI, A. CLINI (a cura di), *Diritto amministrativo*, Vol. I, *Parte sostanziale*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2014, spec. pp. 107-112. Ma v. già chiaramente in questo senso D. SORACE, *Libertà delle persone con disabilità e discrezionalità delle amministrazioni pubbliche*, cit., pp. 41-43: dopo aver ricordato che «dall'altro lato, il protagonista è la Repubblica, quindi l'insieme di tutti i soggetti pubblici ed istituzionali», e aver segnalato «un aspetto interessante proprio per il giurista: la Repubblica, è, a questo punto, soltanto la parte pubblica, oppure la dobbiamo considerare comprensiva anche di [...] realtà private [...] ? [...] il fatto che si costituisca un sistema integrato di soggetti pubblici e di soggetti privati crea infatti una serie di interessanti problemi», Sorace rileva che «i doveri in questione sono prospettati come derivanti da diritti che si possono considerare come preesistenti rispetto ai doveri che

scelte organizzative «funzionali» ai diritti, obbligando l'amministrazione a «modalità organizzative con le quali si possono realizzare i diritti» e, reciprocamente, facendo sì che siano «escluse» e «non ammissibili» (dunque sindacabili e annullabili in sede giurisdizionale) «scelte contrastanti con il perseguimento di tale obiettivo» anche solo nel senso – si badi – di «scelte che si ponessero un obiettivo diverso da quello della loro [dei diritti] realizzazione». Di più: Sorace mostra lucidamente come *violare i suddetti doveri inderogabili di organizzazione*, da parte della p.a., *equivale a violare i diritti inviolabili* che la conformano (in quanto, nelle sue parole, la discrezionalità organizzativa «che eventualmente violi un obbligo del genere può essere considerata lesiva di un diritto»).

Infine – con riferimento al diritto all'istruzione dei disabili attraverso il supporto degli insegnanti di sostegno, ma con considerazioni che possono considerarsi di principio e dunque estensibili in via generale – Egli si pronuncia in termini adesivi rispetto a quegli orientamenti giurisprudenziali secondo cui, in alcuni casi, la discrezionalità organizzativa potrebbe ridursi se non addirittura giungere a un grado zero. Ciò accadrebbe, ad esempio, in presenza di un precedente *autolimita amministrativo*, a fronte del quale la p.a. abbia conformato la propria organizzazione realizzando un determinato livello di tutela del diritto a prestazione nei confronti di una persona: livello che successivamente l'organizzazione amministrativa potrebbe elevare o mantenere immutato, ma non diminuire. In simili casi, spingendo in avanti la frontiera della sindacabilità in sede giurisdizionale, Sorace osserva che «se il problema che si pone è quello di *ottenere la soddisfazione degli interessi specifici* di un determinato soggetto, forse non siamo nell'ambito di competenza del giudice amministrativo» e che «ragionare in termini di tutela» potrebbe portare anche ad «*intervenire in parallelo*, prevedendo che *il giudice ordinario possa dare tutela piena* agli interessi di un certo tipo [...] *in più, attribuendo anche al giudice ordinario la possibilità di commissariamento dell'amministrazione*»⁷⁵.

Sebbene permanga molto forte la ritrosia, segnalata da Sorace, del giudice (in particolare del G.A.) ad entrare nel recinto della discrezionalità organizzativa della p.a., i preziosi semi gettati nel terreno del diritto vivente dal Suo pensiero non sono rimasti senza frutto. Alcune breccie man mano si vanno aprendo. Basti pensare alla recente pronuncia del TAR Lazio, III, 2 ottobre 2019, n. 11474, significativa anche perché riguarda un'organizzazione oggettivamente (ma non soggettivamente) amministrativa, trattandosi nella fattispecie di

specificamente vengono posti alla Repubblica»; ciò reciprocamente, consente di affermare che «sono affermati il pieno rispetto della dignità umana ed i diritti di libertà e di autonomia [...] al fine di dire che la dignità umana ed i diritti di libertà e di autonomia *debbono essere garantiti*, e che i diritti civili, politici e patrimoniali *debbono essere realizzati*», onde (ed è questo il punto) «il discorso si sposta [...] *dalla proclamazione dei diritti alla garanzia della loro effettività e della loro realizzazione*. Pertanto, l'effettività finisce per essere non soltanto collegata discorsivamente, ma *correlata causalmente alla (finisce cioè per discendere dalla) effettività dell'adempimento dei doveri della Repubblica*» (corsivi aggiunti).

⁷⁵ D. SORACE, *Libertà delle persone con disabilità e discrezionalità delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 50.

un'università non statale (Università degli Studi Niccolò Cusano-Telematica Roma): pur muovendo dal presupposto che «l'Ateneo è titolare di ampia discrezionalità amministrativa nella organizzazione e gestione del *quando* e del *quomodo* dei servizi» di didattica, il TAR ha però aggiunto che l'esercizio di tale discrezionalità organizzativa deve «soddisfare, in modo primario, i diritti degli utenti, essendo in definitiva la piena soddisfazione del diritto allo studio la finalità ultima di ogni istituzione universitaria *la quale deve rapportare a quel "diritto" la propria organizzazione*».

7. Proporzionalità organizzativa. Sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza nella dimensione dell'organizzazione. Tempo e legittimo affidamento nelle scelte organizzative.

Il concetto di «discrezionalità organizzativa» teorizzato da Sorace e le sue riflessioni circa il sindacato esercitabile, in sede giurisdizionale, su tale tipo di discrezionalità tracciano la strada per ricerche future.

In particolare, le tesi di Sorace potrebbero essere ulteriormente sviluppate innestando su di esse la proposta ricostruttiva (delineata *supra*, § 3) che assume una continuità gradualistica tra attività e organizzazione e, dunque, estende pienamente anche all'organizzazione i principi dell'attività.

Si pensi al *principio di proporzionalità*⁷⁶. La dottrina e la giurisprudenza amministrativistiche, in maggioranza, sembrano postulare che esso sia principio proprio dell'attività, non dell'organizzazione. Se, però, si entra nella logica unitaria della funzione come *continuum* a gradi di attività e organizzazione, cadono gli ostacoli che finora hanno parzialmente compresso le potenzialità del principio di proporzionalità nella dimensione organizzativa. Nella prospettiva della *proporzionalità organizzativa*, le tre "componenti" della proporzionalità, ossia l'*idoneità*, la *necessarietà* e la *proporzionalità in senso stretto*, divengono altrettanti grimaldelli che potrebbero rendere penetrante, profondo ed effettivo il sindacato sulla discrezionalità organizzativa. Ciò, tuttavia, può avvenire solo assumendo un'impostazione "esigente" come quella di Sorace, secondo cui la stella polare (il "fine") della discrezionalità organizzativa (intesa come paniere alternativo di "mezzi") si rinviene nel vincolo di finalizzazione dell'organizzazione alla piena, concreta ed effettiva realizzazione dei diritti delle persone, ove si tratti di diritti inviolabili configurati dall'ordinamento come diritti a prestazioni amministrative. È evidente che, in questa prospettiva, scelte organizzative discrezionali di una p.a. quali, ad esempio, quella di sopprimere, ridurre o accorpare diverse strutture organizzative serventi a diversi diritti a prestazione, o di modificare radicalmente la dislocazione territoriale delle medesime strutture, o di diminuire le risorse finanziarie o materiali o il personale a servizio di ciascuna struttura, fuoriescono dal limbo stantio di una supposta sfera "interna" del merito amministrativo insindacabile, per esporsi, invece, nel "campo aperto" della giuri-

⁷⁶ Sul quale v. V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, 2012, e S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011.

sdizione al rasoio del principio di proporzionalità. Grazie a quest'ultimo diviene possibile, anche per il giudice, tracciare non arbitrariamente un *discrimen* tra scelte di organizzazione che superino il triplice *test* di idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto rispetto al fine, e dunque legittime, perché *comunque in grado di garantire la realizzazione dei diritti a prestazioni pur a fronte di un mutamento organizzativo*, e scelte invece non idonee, non necessarie o non proporzionate in senso stretto al fine, e dunque illegittime ed annullabili, perché *tali da condurre attraverso il mutamento organizzativo a un'eccessiva regressione dei medesimi diritti delle persone, indebolendone le potenzialità di piena realizzazione*. Ciò senza sconfinare in alcun modo nel cd. merito (se ancora si ritenga teoricamente valido questo concetto, ciò di cui dubita parte della dottrina⁷⁷) ma restando saldamente nell'area della «discrezionalità», organizzativa appunto, e dunque dell'eccesso di potere (come vizio della funzione, intesa quale *continuum* organizzazione-attività).

Non meno rilevante è il principio di *adeguatezza*: evocata dall'art. 118 Cost. in ordine al riparto delle funzioni amministrative, l'adeguatezza può e deve declinarsi anche rispetto all'organizzazione, se la funzione viene intesa come continuità gradualistica di attività e organizzazione, anche considerando che l'adeguatezza organizzativa è implicata strettamente dallo stesso principio di buon andamento ex art. 97 Cost.⁷⁸. Non va dimenticato, in proposito, che la l. 59/1997 aveva sin dall'origine definito l'adeguatezza proprio come «*idoneità organizzativa* dell'amministrazione ricevente a garantire, anche in forma associativa con altri enti, l'esercizio delle funzioni» (art. 4, comma 3, lett. g)⁷⁹. L'adeguatezza organizzativa, riferibile a molteplici parametri quali la quantità e la qualità delle risorse fisiche, finanziarie e tecnologiche a disposizione, l'entità e le specializzazioni del personale, il patrimonio immateriale di esperienze e prassi, il rapporto tra dimensione/copertura delle strutture organizzative e dimensione/estensione del bacino di persone e diritti serviti, richiama canoni di «efficienza ed efficacia» nell'assunzione della scelta organizzativa «in quanto strumentale alla migliore soddisfazione degli interessi delle persone che ne sono destinatarie»⁸⁰. Il principio di adeguatezza consentirebbe di censurare la discrezionalità organizzativa, anche in sede giurisdizionale, *quanto meno rispetto all'inderogabilità in peius di una "soglia minima" di adeguatezza organizzativa, che sia in-*

⁷⁷ B. GILBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, Cedam, 2013.

⁷⁸ Chiarissimo in questo senso, con la consueta lucidità, G. CORSO, *Le norme costituzionali sull'organizzazione*, in Aa.Vv., *La pubblica amministrazione nella Costituzione: riflessioni e indicazioni di riforma*, Atti del XXXIX Convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna 1993), Milano, Giuffrè, 1995, p. 44, secondo il quale la «*adeguatezza delle scelte organizzative alla diversità e peculiarità delle situazioni*», essendo essenziale per la «scelta di mezzi di volta in volta *proporzionati ai fini*», si impone alla luce del principio costituzionale di buon andamento (corsivi aggiunti).

⁷⁹ Per riflessioni su questo punto, v. M. RENNA, *I principi di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione*, in M. RENNA, F. SAIITA, (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, spec. p. 285.

⁸⁰ Per usare le parole di F. CORTESE, *Le competenze amministrative nel nuovo ordinamento della Repubblica. Sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza come criteri allocativi*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2003, p. 859.

dispensabile per consentire di soddisfare i diritti a prestazioni delle persone nel loro nucleo incompressibile. In questo senso, appare significativa l'attenzione che il diritto societario e bancario⁸¹ (ambiti disciplinari contigui e con rilevanti nessi con il diritto amministrativo soprattutto rispetto al tema dell'organizzazione) riservano al «principio di adeguatezza organizzativa»⁸², ed ai correlati concetti di «responsabilità da deficit organizzativo»⁸³ e di «rischio organizzativo»⁸⁴.

Anche il principio di differenziazione di cui all'art. 118 è suscettibile di assumere una dimensione organizzativa. La differenziazione richiama una «applicazione “negativa” del principio di eguaglianza» nella scelta organizzativa, «in quanto destinata a rispondere ad esigenze e bisogni disomogenei» di persone

⁸¹ V. M. IRRERA, *Aspetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, Giuffrè, 2005; G.D. MOSCO, *Funzioni aziendali di controllo, principio di proporzionalità e ruolo degli organi sociali nella MiFID*, in M. DE MARI (a cura di), *La nuova disciplina degli intermediari dopo le direttive Mifid: prime valutazioni e tendenze applicative*, Padova, Cedam, 2009, p. 31; G. SCOGNAMIGLIO, *Recenti tendenze in tema di assetti organizzativi degli intermediari finanziari (e non solo)*, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, 2010, p. 137; A. MINTO, *Aspetti organizzativi adeguati e governo del rischio nell'impresa bancaria*, in *Giur. comm.*, 2014, p. 1165; A. LUCIANO, *Adeguatezza organizzativa e funzioni aziendali di controllo nelle società bancarie e non*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. obbl.*, 2017, p. 317. Come è stato efficacemente notato da R. CALDERAZZI, *La funzione di controllo nell'impresa bancaria*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 10-11, «v'è, in generale, la consapevolezza che l'adozione di un sistema organizzativo proporzionato, efficiente e razionale rappresenti il presidio migliore vuoi per il perseguimento degli obiettivi della vigilanza pubblicistica sull'impresa, vuoi della correttezza dei comportamenti dell'impresa nei confronti dei clienti e investitori. Diventa il parametro attraverso il quale l'autorità di vigilanza valuta il modello di governo societario adottato in relazione al rispetto degli obiettivi della sana e prudente gestione, della stabilità patrimoniale e contenimento del rischio, della correttezza e trasparenza nei rapporti con i clienti e gli investitori. Dalla prospettiva dei soci e degli investitori, il rispetto del principio di adeguatezza diventa criterio per valutare se gli organi sociali hanno predisposto un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alle dimensioni e alla natura dell'attività esercitata».

⁸² Come è noto, l'art. 2381 cod. civ., dopo la riforma del diritto societario, prevede (al comma 3) che «il consiglio di amministrazione [...] valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società» e stabilisce (al comma 5) che «gli organi delegati curano che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa»; l'art. 2403 prevede che «il collegio sindacale vigila sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento»; in base all'art. 2409-octiesdecies, il Comitato per il controllo sulla gestione «vigila sull'adeguatezza della struttura organizzativa della società». Inoltre, il d.lgs. 58/1998 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria), all'art. 149, fa riferimento al dovere del collegio sindacale di vigilare sulla «adeguatezza della struttura organizzativa della società». Si noti che il principio di «adeguatezza organizzativa» è richiamato in materia di società pubbliche dall'art. 11, comma 3, del d.lgs. 175/2016; anche per gli Enti del Terzo Settore costituiti in forma di associazione o fondazione, l'art. 30, comma 6 del d.lgs. 117/2017 (Codice del Terzo Settore) stabilisce che «l'organo di controllo vigila [...] sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile e sul suo concreto funzionamento».

⁸³ M. RABITTI, *La responsabilità da deficit organizzativo*, in M. IRRERA (dir.), *Aspetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, Bologna, Zanichelli, 2016, p. 955.

⁸⁴ M.C.M. MOZZARELLI, *Appunti in tema di rischio organizzativo e proceduralizzazione dell'attività imprenditoriale*, in AA.VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber Amicorum Antonio Piras, Torino, Giappichelli, 2010, p. 728.

diverse collocate in realtà diverse⁸⁵: da questo punto di vista, potrebbero aprirsi spazi per il sindacato in sede giurisdizionale nei casi in cui la p.a. predisponesse strutture organizzative unificate ed uniformi a fronte di diritti a prestazioni, invece, fortemente differenziati tra loro, tali da esigere dunque modelli organizzativi anch'essi differenziati.

Lo stesso *principio di sussidiarietà* ex art. 118 Cost., nella sua accezione “orizzontale”, impone una sussidiarietà anche organizzativa. Qualora, infatti, siano già presenti ed attive in un medesimo bacino territoriale varie strutture di soggetti privati, che operino in modo adeguato a servizio di determinati diritti consentendone la piena realizzazione, il principio di sussidiarietà preclude (pena l'illegittimità della scelta contraria) un esercizio della discrezionalità organizzativa che espanda le strutture dei soggetti pubblici, aumentandone le dimensioni o elevandone i costi, al fine di sovrapporle o sostituirle alle esistenti ed adeguate strutture organizzative private⁸⁶. Ma vale anche l'opposto: i titolari dei diritti a prestazioni, ove manchino nel loro bacino territoriale strutture organizzative di soggetti privati in grado di garantire in modo adeguato i medesimi diritti, potranno agire in sede giurisdizionale contro le pubbliche amministrazioni competenti se queste ultime, violando il principio di sussidiarietà, omettano di intervenire attraverso la predisposizione di proprie strutture organizzative in supplenza sussidiaria, per rimediare a quelle carenze che, manifestatesi in concreto nell'auto-organizzazione della società civile, pongano a rischio la realizzazione di diritti.

Un'ultima osservazione riguarda il *principio di tutela del legittimo affidamento*.

Anche questo principio può estendersi all'organizzazione.

Le persone in carne ed ossa che si rapportano, per anni o decenni, con determinate strutture organizzative vedono progressivamente accrescersi, con il decorso di questo “tempo dell'organizzazione”, un *legittimo affidamento organizzativo*, in quanto sono sempre più indotte a confidare nel fatto che l'assetto organizzativo sul quale si sono consolidate le loro prassi di interlocuzione e di fruizione resti, almeno nelle sue linee essenziali, tendenzialmente stabile, in quanto si tratta del loro punto di riferimento amministrativo. Il principio del legittimo affidamento può, perciò, rappresentare un ulteriore strumento per sindacare la legittimità (sul piano dell'eccesso di potere) di uno scorretto esercizio della discrezionalità organizzativa in tutte quelle ipotesi in cui la p.a., senza alcuna gradualità temporale e in maniera drastica, rivoluzioni un proprio precedente assetto organizzativo che era rimasto immutato per lungo tempo (ad es., improvvisamente sopprima una struttura che garantiva storicamente alcuni diritti, o la accorpi ad altre strutture con compiti del tutto diversi, o la delocalizzi territorialmente a grande distanza dalla precedente sede, etc.), omettendo di motivare approfonditamente sulle ragioni di tale stravolgimento organizzativo e non prevedendo un congruo periodo transitorio che, mitigando l'impatto del rias-

⁸⁵ F. CORTESE, *Le competenze amministrative nel nuovo ordinamento della Repubblica. Sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza*, cit., p. 859.

⁸⁶ In questo senso V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, 7^a ed., Torino, Giappichelli, 2019, pp. 74-75.

setto, possa consentire alle persone che lo subiscano di prepararsi ed adattarsi ad esso.

La giurisprudenza, sia pur in maniera timida, manifesta alcuni segnali di apertura rispetto alla prospettiva qui delineata. Basti menzionare alcune pronunce.

Ad esempio, TAR Molise, I, 22 maggio 2018, n. 306 (in recepimento delle osservazioni rese in sede cautelare da Cons. Stato, III, Ord. 13 ottobre 2017, n. 4477) ha annullato parzialmente i provvedimenti adottati dal Commissario *ad acta* per l'attuazione del piano di rientro dai disavanzi del settore sanitario della Regione Molise con i quali è stata approvata e attuata la riorganizzazione della rete delle strutture pubbliche e private di diagnostica di laboratorio. Il TAR, dopo aver riconosciuto che «la scelta di rimodulare la rete dei laboratori di analisi e le concrete modalità attuative prescelte a fini di ottimizzazione [...] sono caratterizzate da ampia discrezionalità organizzativa», ha però statuito che «la discrezionalità tuttavia deve necessariamente essere esercitata secondo ragionevolezza», rilevando «la necessità di un periodo transitorio di adeguamento dell'assetto esistente al nuovo modello» in quanto «previsione espressiva del principio di proporzionalità finalizzata a temperare le aspettative degli operatori maturate alla luce del prevalente assetto organizzativo con le finalità di ottimizzazione ed economicità del servizio sottese nel nuovo modello organizzativo approvato [...] quanto più marcata è l'aggregazione imposta agli operatori privati dalla disciplina regionale tanto maggiore deve essere il periodo transitorio di adeguamento».

Ed ancora, sempre a titolo esemplificativo, TAR Lombardia-Milano, III, 26 aprile 2016, n. 811, a fronte dell'impugnazione di una deliberazione di giunta comunale che aveva disposto la soppressione dell'ufficio legale comunale, trasformandolo in ufficio di mera consulenza interna, ha rigettato l'eccezione del Comune che chiedeva la reiezione del ricorso «in quanto rientrerebbe nella discrezionalità organizzativa dell'ente la costituzione come la soppressione degli uffici»; al contrario, il TAR ha sindacato e annullato tale delibera, rilevando che essa «viene in sostanza a negare la necessità e l'opportunità stessa dell'esistenza di un settore/servizio legale all'interno del Comune, ponendosi in evidente contrasto con la precedente organizzazione».

Altra parte della giurisprudenza, comunque, resta di ben diverso avviso: basti pensare, a proposito dei limiti di utilizzo del ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici di cui all'art. 1 del d.lgs. n. 198/2009, a Cons. Stato, III, 27 febbraio 2019, n. 1390, secondo cui «il potere attribuito al giudice amministrativo, non essendo giurisdizione di merito, non può spingersi fino al punto di consentirgli una reale intromissione nelle scelte organizzative dell'Amministrazione».

Il cammino da percorrere da parte del diritto vivente, dunque, è ancora molto lungo: la fiaccola accesa da Domenico Sorace continuerà ad illuminarlo.

Finito di stampare nel mese di luglio 2020