

Vol. VIII
1/2021

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

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; Francesco Follieri, Università LUM Giuseppe Degennaro; Pierpaolo Forte, Università del Sannio; Biagio Giliberti, Universitas Mercatorum di Roma; Andrea Maltoni, Università di Ferrara; Luis Medina Alcoz, Universidad Complutense de Madrid; Massimo Monteduro, Università del Salento; Nino Paolantonio, Università di Roma "Tor Vergata"; Nicola Pignatelli, Università di Bari "Aldo Moro"; Simone Torricelli, Università di Firenze; Michele Trimarchi, Università di Foggia; Giuseppe Tropea, Università Mediterranea di Reggio Calabria; Ewald Wiederin, Universität Wien.

Redattori centrali

Marina Roma, Università di Genova
Donato Vese, Università di Torino

Comitato di redazione

Filippo Alario; Adrian Bedford, Angelo Bonaiti; Raffaella Dagostino; Maximilian Denicolò; Viviana Di Capua; Andrea Gemmi; Benedetta Giordano; Roberto Franco Greco; Alberto Marcovecchio; Antonio Micello; Chiara Mulinari; Clara Napolitano; Salvatore Palumbo; Antonio Saporito; Gloria Sdanganelli; Jacopo Vavalli.

Comitato internazionale scientifico e di referaggio

Marcos Almeida Cerreda, Universidad de Santiago de Compostela; Sandro Amorosino, Università Telematica Internazionale "UniNettuno"; Antonio Bartolini, Università di Perugia; Luigi Benvenuti, Università "Ca' Foscari" di Venezia; Luca Bertonazzi, Università di Milano; Tomás Cano Campos, Universidad Complutense de Madrid; 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; Paoloefisio 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; Maurizia De Bellis, Università di Roma "Tor Vergata"; Walber de Moura Agra, Universidade Federal de Pernambuco; 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 telematica Pegaso; Annalisa Gualdani, Università di Siena; Hélène Hoepffner, Université Toulouse 1 Capitole; Erik Kersevan, Univerza v Ljubljani; 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

Maistor, Université Toulouse 1 Capitole; Marco Mazzamuto, Università di Palermo; Jorge Oviedo Albán, Universidad de La Sabana; Nino Paolantonio, Università di Roma "Tor Vergata"; Michela Passalacqua, Università di Pisa; Ricardo Perlingeiro Mendes Da Silva, Universidade Federal Fluminense; Sergio Perongini, Università di Salerno, Università di Bari "Aldo Moro"; Aristide Police, Università di Roma "Tor Vergata"; Michel Prieur, Université de Limoges, International Center for Comparative Environmental Law; Anikó Raisz, Miskolci Egyetem; Margherita Ramajoli, Università di Milano; Renato Rolli, Università della Calabria; Gianluca Romagnoli, Università di Padova; Francesco Rota, Università del Sannio; Stefano S. Scoca, Università per stranieri "Dante Alighieri" di Reggio Calabria; Saverio Sticchi Damiani, Università del Salento; János Ede Szilágyi, Miskolci Egyetem; Gerolamo Taccogna, Università di Genova; Fabrizio Tigano, Università di Catania; Francesco Fabrizio Tuccari, Università del Salento; Andrea Tucci, Università di Foggia; Alberto Urbani, Università "Ca' Foscari" di Venezia; Hitoshi Ushijima, Chuo University, Tokyo; Dirk Uwer, Hochschule Bonn-Rhein-Sieg; Freien Universität Berlin; Technischen Universität Berlin; Diego Vaiano, Università della Tuscia; Alejandro Vergara Blanco, Pontificia Universidad Católica de Chile; Stefano Villamena, Università di Macerata; Nathalie Wolff, Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines; 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

Urbino University Press

Settore Biblioteche di Ateneo

Università degli Studi di Urbino Carlo Bo

e-mail: uup@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 Settore Biblioteche di Ateneo.

ISSN 2610-9050. La Rivista è registrata presso il Tribunale di Urbino.

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



SOMMARIO

I SEZIONE MONOGRAFICA

LUCA R. PERFETTI, Costruire e decostruire i concetti dell'organizzazione pubblica. Ragioni di un percorso e tracce per la sua prosecuzione	p.	15
MASSIMO MONTEDURO, Il funzionario persona e l'organo: nodi di un problema	p.	49
FRANCESCO FOLLIERI, Politica, burocrazia e buon andamento	p.	89
FLAMINIA APERIO BELLA, Amministrazione soggettivamente pubblica per fini pubblici e amministrazioni indipendenti e agenzie	p.	105
MARGHERITA INTERLANDI, Il ruolo degli enti locali per lo sviluppo del territorio, nell'era della "Ripresa" e della "Resilienza": verso nuovi assetti istituzionali?	p.	139
MASSIMILIANO BELLAVISTA, Amministrazione per fini pubblici, organizzazione e procedure. Un percorso	p.	175
BARBARA MAMELI, Amministrazione per fini pubblici e responsabilità	p.	199
MICHELE TRIMARCHI, Premesse sistematiche sulle relazioni organizzative	p.	249
FABIO G. ANGELINI, Amministrazione per fini pubblici, vincoli finanziari e organizzazione	p.	271
GIUSEPPE TROPEA, Amministrazione per fini pubblici e giurisdizione	p.	319
ALBERTO CLINI, Funzionamento, funzione e finalità dell'organizzazione europea del credito e della moneta	p.	355
ROSA CALDERAZZI, L'organizzazione economica privata di interesse pubblico	p.	379

II STUDI - Parte I

SIMONE TORRICELLI, Tra persona e persone, discutendo con Massimo Monteduro su doveri e diritti	p.	395
MARIA CRISTINA CAVALLARO, Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: appunti sul saggio di Massimo Monteduro	p.	407
ANTONIO CASSATELLA, Pluralismo costituzionale e doveri dell'amministrazione (in dialogo con Massimo Monteduro)	p.	427

SALVATORE DETTORI, Doveri amministrativi di risultato e doveri amministrativi di comportamento (a proposito di un recente saggio di Massimo Monteduro)	p.	449

II STUDI - Parte II

FRANCESCO DIMICHINA, Brevi considerazioni sul tema del sindacato del giudice amministrativo sugli atti della Banca d'Italia	p.	471

ELENA BUOSO, La pubblica Amministrazione in Germania nell'era dell'Intelligenza Artificiale: procedimenti completamente automatizzati e decisioni amministrative robotiche	p.	495

CRISTINA FRAENKEL-HAEBERLE, Procedimenti amministrativi algoritmici: la risposta tedesca*	p.	525

ALEJANDRO VERGARA BLANCO, The public/private summa divisio iuris	p.	551

RENATO ROLLI - MARIAFRANCESCA D'AMBROSIO, La necessaria lettura antropocentrica della rivoluzione 4.0	p.	573

ANTONIO MITROTTI, Interesse nazionale italiano ed emergenza pandemica: nihil sub sole novum	p.	597

ANDREA LOLLO, L'autorità garante della concorrenza e del mercato nel giudizio di Costituzionalità	p.	645

ANTONIO BARONE - GIUSEPPE DRAGO - COSTANZA NICOLOSI, L'erompere della vigilanza bancaria europea	p.	665

III OPINIONI E RECENSIONI

DONATO VESE, Regulating Fake News: The Right to Freedom of Expression in the Era of Emergency	p.	709

MIMMA ROSPI, L'equità intergenerazionale, la «disobbedienza civile» e il principio democratico alla luce della giurisprudenza costituzionale in materia previdenziale e in materia di equilibrio di bilancio	p.	759

JORDI JARIA-MANZANO, Apuntes sobre el constitucionalismo global en el antropoceno*	p.	789

PA Persona e Amministrazione continua nella sua evoluzione, sulla spinta di un dibattito interno costantemente vivo e di un percorso di ricerca aperto, dialettico, plurale. Quest'evoluzione porta con sé alcune novità.

La *Consulta*. Non è infrequente che le riviste, italiane e non, presentino un Comitato Scientifico. Si tratta, in molti casi, di un gruppo di studiosi di straordinario prestigio, che appartengono al settore del sapere umano cui la rivista è dedicata. Certamente un simile organo assolve a molte funzioni, molte delle quali importantissime. Tuttavia *PA Persona e Amministrazione* ha scelto, consapevolmente e dopo avere ampiamente discusso, di non introdurre un simile organo nella sua organizzazione. Abbiamo sempre pensato ad un'altra ipotesi, che finalmente vede la sua realizzazione. L'impostazione della rivista, diretta allo sviluppo concentrato di ricerche, discussioni, formazione del pensiero, richiedeva un organismo diverso, nel quale trovassero posto intellettuali vivaci, con dimensione internazionale, ma, soprattutto, che si dedicano a discipline differenti dalla nostra. Nessun sapere è isolato dal contesto in cui si sviluppa, nessuna disciplina si muove in un orizzonte astratto, sottratto alle questioni del tempo che si trova a vivere; tantomeno il nostro settore di conoscenza. Abbiamo fortemente voluto, quindi, un organismo che aprisse uno spazio di confronto sulle direzioni profonde del nostro tempo, sul mondo visto da prospettive intellettuali e con saperi disciplinari diversi e, soprattutto, diversi dal nostro. Un organismo che fornisse scenari, percezioni della realtà, spiegazioni raggiunte con metodi diversi dai nostri, per alimentare le nostre prospettive di ricerca ed inserirle in una riflessione complessiva intorno alla vita associata ed ai problemi che essa oggi pone anche a diritti, poteri, diritto.

In questa prospettiva siamo davvero molto grati agli studiosi che si sono resi disponibili a partecipare alla Consulta scientifica (anche il nome è volutamente diverso, sia per segnare la sua peculiarità che per indicare una funzione di consulenza, indicazione, visione). Si tratta di Alessio Ishizaka, studioso di Information Systems, Supply Chain and Decision making, attivo in università in vari continenti e studioso di fama mondiale; Maurizio Ferraris, filosofo teoretico di vasta fama internazionale, le cui opere fondative del "nuovo realismo" sono oggetto di dibattiti e studi in ambito planetario; Emiliano Brancaccio, economista eterodosso, interlocutore critico dei protagonisti delle principali scelte economiche e politiche degli ultimi anni; Paolo Ricci, esperto di Public Accountability, consulente di vari governi ed anch'egli di chiara fama internazionale. Ci attendiamo molto dal loro apporto di visione e siamo loro molto grati.

*La **Direzione**. Nonostante la cadenza semestrale della pubblicazione, **PA Persona e Amministrazione** è caratterizzata da un confronto frequente ed intenso della direzione. Per questo anche la sua composizione si allarga, seguendo lo sviluppo della riflessione interna. Con l'ingresso di Nicola Pignatelli lo sguardo si è andato ampliando dal lato del diritto costituzionale e questo numero segna l'innesto di due importanti, e tra loro diversi, studiosi del diritto amministrativo come Nino Paolantonio e Simone Torricelli.*

*La **Sezione Monografica**. La Sezione Monografica della rivista, in questo numero, è dedicata a tirare le fila di questi anni di riflessione sull'organizzazione pubblica, per porre le basi di una intensa prosecuzione di questi studi. Nel tentativo di rilanciare questo oggetto di studio, ci s'è resi conto di quanto se ne abbia ancora bisogno, di quante insufficienze ancora di presentano, di quanta urgenza presenta rispetto ai problemi del presente.*

*Continua, sempre con riferimento alla Sezione Monografica, la scelta di dedicarla, nel secondo fascicolo dell'anno, ai contributi ricevuti nell'ambito di una **call-for-papers** che, quest'anno, ha ad oggetto le disuguaglianze. Il testo della call si trova nelle pagine che seguono ed è in più lingue allo scopo di assicurarne una più ampia diffusione.*

*Infine, siamo lieti che **PA Persona e Amministrazione**, oltre ad essere da tempo indicizzata in alcune tra le più importanti banche dati e sistemi di citazione mondiale (come ad esempio Scopus), sia stata qualificata da Anvur tra le riviste di **fascia A** fin dalla sua fondazione. Si tratta di un ulteriore riconoscimento certamente merito della qualità degli interventi degli autori che hanno dedicato i loro sforzi alla rivista e che, quindi, sinceramente ringraziamo.*

(hrp)

CALL-FOR-PAPERS

Le disuguaglianze, nella loro varietà, sono aumentate progressivamente nelle democrazie occidentali, e la loro importanza sembra in grado di influenzare ampiamente il diritto pubblico. L'emergenza pandemica ha certamente amplificato questo fenomeno. La rappresentanza politica, la teoria delle fonti, l'organizzazione costituzionale ed amministrativa, ne sono influenzate grandemente. Più ancora, tuttavia, la libertà e i diritti fondamentali, l'accesso alle prestazioni corrispondenti a diritti sociali, l'intera dinamica democratica disegnata dalle Costituzioni italiana o di altri Paesi sono messe profondamente a rischio dall'estendersi, per qualità e quantità, delle disuguaglianze.

La Rivista, quindi, proseguendo il lavoro avviato con la riflessione collettiva rispetto all'emergenza ed alle sue diverse dimensioni, intende proseguire con un confronto aperto rispetto ad un tema che ripropone con forza la questione dei diritti fondamentali e del ruolo delle diverse istituzioni della Repubblica perché ne sia assicurato un godimento libero, pieno ed uguale; ruolo, che coinvolge la rilettura della sovranità, liberata dall'ancoraggio esclusivo alla rappresentanza popolare e collocata, secondo la nostra Costituzione, nella dinamica della libertà, dei diritti fondamentali e della funzionalizzazione dell'autorità alla persona.

Si invitano gli studiosi interessati ad inviare a redazione.pa@uniurb.it il loro contributo entro il giorno **11 ottobre 2021**.

Sono in responsabilità dell'autore assumere tutti gli impegni del Codice etico della Rivista, quello di sottoporre il suo lavoro a referaggio, consegnandolo adeguato alle specifiche redazionali della Rivista, in due copie delle quali una anonima, e rispettare puntualmente l'oggetto della call-for-papers. La Direzione della Rivista si riserva un insindacabile giudizio circa la congruenza del saggio con l'oggetto della call-for-papers, sicché informerà immediatamente l'autore circa la coerenza del suo lavoro con l'oggetto della call-for-papers, proponendo se del caso una revisione a tal fine. Resta, comunque, fermo l'impegno della Direzione della Rivista a non operare alcun sindacato circa le opinioni espresse dall'autore, riservando al referaggio indipendente il solo giudizio circa l'adeguatezza del contributo ai criteri di scientificità che la Rivista ha assunto fino dalla sua fondazione.

**PERSONA E
AMMINISTRAZIONE**

*Ricerche Giuridiche
sull'Amministrazione e l'Economia*

Volume IX

2/2021

CALL-FOR-PAPERS

Inequalities, in their variety, have progressively increased in Western democracies, and their importance seems to be widely influencing public law. The ongoing pandemic has certainly amplified this phenomenon, greatly influencing political representation, the theory of sources of law, as well as constitutional and administrative organisation.

Even more so, however, freedom and fundamental rights, the access to services corresponding to social rights, and the entire democratic dynamic designed by the Italian and other countries' Constitutions are deeply jeopardised by the extension, in terms of quality and quantity, of inequalities.

By continuing the work commenced with the collective reflection on the emergency and its numerous dimensions, the Journal intends to pursue an open debate on a topic strongly re-proposing the issue of the fundamental rights and the role of the various institution of the Italian Republic in order to ensure the free, full and equal enjoyment of such rights; a role involving the reinterpretation of sovereignty, freed from an exclusive anchorage to popular representation and placed, based on our Constitution, in the dynamics of freedom, fundamental rights and the authority's functionalisation to the person.

Interested scholars are invited to send their contributions to redazione.pa@uniurb.it by **October 11th, 2021**.

It is the responsibility of the Author to honour all the commitments of the Journal's Code of Ethics, to submit his/her work for refereeing, to deliver it in accordance with the Journal's editorial specifications, in two copies (one of which in an anonymous version) and to punctually comply with the subject of the call-for-papers.

The Journal's Management reserves the right to issue an unquestionable judgment on the congruence of the proposed paper with the subject of the call-for-papers and will immediately inform the Author about the consistency of his/her work with the subject of the call-for-papers, proposing, if necessary, a review to that end. However, the Journal's Management is committed to not censor in any way the opinions expressed by the Author, reserving to the independent peer-review process the sole judgment on the adequacy of the proposed contribution with the scientific criteria embraced by the Journal since its foundation.

**PERSONA E
AMMINISTRAZIONE**

*Ricerche Giuridiche
sull'Amministrazione e l'Economia*

Volume IX

2/2021

CALL-FOR-PAPERS

Die Ungleichheit, in ihren verschiedenen Erscheinungsformen, hat sich in den westlichen Demokratien zunehmend verstärkt, und ihr Ausmaß scheint in der Lage zu sein, das öffentliche Recht tiefgreifend zu beeinflussen. Der durch die Pandemie verursachte Notstand hat dieses Phänomen sicherlich verschärft.

Die politische Vertretung, die Theorie der Rechtsquellen, die verfassungs- und verwaltungsrechtliche Organisation sind davon stark beeinflusst.

In einem noch größeren Ausmaß werden jedoch die Grundfreiheiten und Grundrechte, der Zugang zu an soziale Rechte gekoppelte Leistungen, die von der italienischen Verfassung (oder von der anderer Staaten) vorgesehene demokratische Dynamik von den sich Ungleichheiten gefährdet, die sich qualitativ und quantitativ ausbreiten.

Die Fachzeitschrift beabsichtigt demnach, die bereits begonnenen gemeinsamen Überlegungen bezüglich der unterschiedlichen Dimensionen des Notstandes, durch einen offenen Diskurs über ein Thema fortzusetzen, welches mit voller Wucht die Frage nach den Grundrechten und nach der Rolle wieder aufwirft, die die verschiedenen Institutionen der Republik einnehmen, um deren freie, volle und gleiche Ausübung zu gewährleisten. Eine Rolle, die eine Neuauslegung des Souveränitätsbegriffs beinhaltet, der nicht ausschließlich in der Volksvertretung verankert ist, sondern sich in der von unserer Verfassung vorgesehenen Dynamik zwischen Freiheit, Grundrechten und Funktionalisierung der Behörden zu Gunsten des Menschen verorten lässt.

Die interessierten Wissenschaftler sind eingeladen, ihre Beiträge innerhalb **10 Oktober 2021** an redazione.pa@uniurb.it einzusenden. Es liegt in der Verantwortung des Autors, alle vom Ethikcodex der Fachzeitschrift vorgesehenen Verpflichtungen anzunehmen, den Beitrag einem *peer-review* zu unterziehen und diesbezüglich den Beitrag in doppelter Ausfertigung (eine davon anonymisiert) sowie gemäß den Redaktionsvorgaben verfasst abzugeben und das vom *call-for-papers* vorgegebene Thema genau einzuhalten. Die Redaktion behält sich eine unanfechtbare Beurteilung der Übereinstimmung des Beitrages mit den Vorgaben des *call-for-papers* vor. Der Autor wird unverzüglich über die Vereinbarkeit seines Beitrages mit dem *call-for-papers* sowie über die eventuell für notwendig erachteten Revisionsvorschläge informiert. Die Redaktion der Fachzeitschrift

**PERSONA E
AMMINISTRAZIONE**

*Ricerche Giuridiche
sull'Amministrazione e l'Economia*

Volume IX

2/2021

PA PERSONA E AMMINISTRAZIONE

Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia

verpflichtet sich, keine Beurteilung der von den Autoren zum Ausdruck gebrachten Meinungen vorzunehmen. Dem unabhängigen *peer-review* wird einzig die Beurteilung der Angemessenheit des Beitrags bezüglich der Wissenschaftlichkeitskriterien, die sich die Fachzeitschrift seit ihrer Gründung gesetzt hat, anvertraut.

I SEZIONE MONOGRAFICA

LUCA R. PERFETTI
Direttore scientifico di PA Persona e Amministrazione
luca.perfetti@belex.com

COSTRUIRE E DECONSTRUIRE I CONCETTI DELL'ORGANIZZAZIONE PUBBLICA. RAGIONI DI UN PERCORSO E TRACCE PER LA SUA PROSECUZIONE

CONSTRUCT AND DE-CONSTRUCT IDEAS ON PUBLIC ORGANIZATION: THE WORK SO FAR AND RECOMMENDATIONS TO FURTHER PROCEED

SINTESI

Il lavoro ha lo scopo di individuare gli elementi di maggiore interesse che emergono dalle ricerche in materia di organizzazione pubblica che negli ultimi due anni si sono sviluppate intorno alla *Rivista*, concentrando lo sguardo sul profilo costituzionale dell'amministrazione e sul suo rapporto con la politica, sulle autonomie regionali o locali e su quelle sociali, indicando alcuni possibili percorsi di riflessione.

ABSTRACT

PA Persona e amministrazione, in the last two years, focused administrative organization theory, after decades of scant attention paid by legal literature in Italy. Purpose of the paper is to analyze the state of discussion and indicate some path for further investigations.

PAROLE CHIAVE: Organizzazione amministrativa – Amministrazione e politica – Regioni ed enti locali – Esercizio di attività amministrativa da parte dei privati

KEYWORDS: Public administration – Burocracy and politics – Local and Regional Government – Public duties performed by private entities

INDICE: 1. Un percorso di riflessione. – 2. L'organizzazione pubblica nel quadro della Repubblica. – 3. Le autonomie locali e regionali. – 4. Le autonomie sociali ed il problema della relazione pubblico-privato. – 5. L'amministrazione soggettivamente pubblica in forma privata. – 6. Il governo dell'economia. – 7. Per la prosecuzione del percorso.

1. Un percorso di riflessione.

1.1. Il gruppo di studiosi che si riunisce intorno alla *Rivista*, secondo modulazioni tutte improntate alla radicale libertà, franchezza del dibattito e confronto tra posizioni differenziate, ha,

nel 2018, avvertito l'esigenza – anche attraverso la riflessione che si svolge ogni anno al Convegno di Urbino – di riprendere la riflessione sul tema dell'organizzazione pubblica. Sono passati alcuni anni da quella decisione – e quasi quaranta saggi sono stati ospitati dalla *Rivista* nell'articolazione di questo dibattito. Rileggendo questi contributi è nata l'esigenza di fare una prima riflessione intermedia, che cerchi di intuire le linee e soprattutto i limiti, per tracciare le direzioni di massima del percorso a venire.

Si tratta di un bilancio non facile, per varie ragioni.

Di *una*, congiunturale, occorre liberarsi subito; si tratta, come ovvio, dell'esplosione dell'emergenza pandemica. Non ci si deve liberare del tema perché costituisca una deviazione momentanea, una distrazione. Piuttosto, è vero l'opposto. L'emergenza ha messo in luce in modo chiarissimo tendenze già in atto da tempo, le ha consolidate ed, in qualche caso, ne ha mutato sostanza o direzione; i suoi effetti sul problema dell'organizzazione pubblica sono importanti ed alcune sue modificazioni, giustificate sulla temporaneità dell'emergenza, appaiono invece strutturali. Si tratta, quindi, di un fattore centrale della riflessione, non occasionale. Occorre liberarsene solo nella sua natura di fattore che ha reso complesso il dibattito: lo ha danneggiato per ragione della distanza tra gli studiosi, lo ha complicato a motivo dell'emergere prepotente dell'organizzazione dell'emergenza ad alterare – ed in certa parte mutare stabilmente – il volto di quella ordinaria, per il succedersi rapido di norme e mutamenti strutturali.

Considerare il cammino, i suoi risultati e le sue mancanze, appare complicato anche per una *seconda* e più profonda ragione, già chiara al suo avviarsi. Salve limitate riflessioni – per quanto autorevoli, profonde ed importanti –, il tema dell'organizzazione pubblica è stato scarsamente studiato in Italia da quasi un quarto di secolo. L'analisi delle dimensioni organizzative di questioni che organizzative non erano non è mai mancata; allo stesso modo, sono fioriti studi che debbono essere collocati nell'area dell'organizzazione (si pensi solo ai servizi pubblici o alle società in mano pubblica) ma le loro spiegazioni sono quasi mai pensate sul versante dell'organizzazione; come già accennato, si sono potuti leggere studi profondissimi e di grande rilievo in argomento, ma limitatissimi in numero; intere aree del problema (si pensi solo alle autonomie regionali e locali) sono state quasi abbandonate dagli amministrativisti, traslocando nella confusa evoluzione della prassi ovvero generosamente assunte dallo studio dei costituzionalisti (che, tuttavia, per metodo,

ha correttamente osservato profili diversi da quelli di interesse per l'amministrativista ed ordinariamente distanti dalla questione organizzativa) quando non dei privatisti (se solo si pensa alla sussidiarietà orizzontale ed al suo riflesso organizzativo).

È stato immediatamente chiaro, quindi, che la nostra riflessione si sarebbe mossa in uno spazio culturale incerto, su fondamenta non sempre solide.

Infatti, se si dispone di imponenti costruzioni concettuali del passato – e la profondità del dibattito che le ha generate consente, anche oggi, di cogliere le coordinate fondamentali dei problemi – è, tuttavia, difficilmente negabile che l'ordinamento (nella sua evoluzione multi-livello), i soggetti (con la crisi delle autonomie locali, l'espansione delle formule organizzative privatistiche, l'affermarsi di autorità indipendenti, l'ampio ricorso del legislatore alla creazione di amministrazioni *ad hoc*, alle quali, tuttavia, assegnare compiti differenziati, cui corrispondono modelli organizzativi distinti – basti pensare all'Agenzia del farmaco¹ o all'ANAC) e, più ancora, la relazione tra società e autorità, tra diritti e funzioni, sono così radicalmente evoluti (o involuti, piuttosto, se guardati nella prospettiva della democrazia repubblicana) che non tutto può poggiare su quelle fondamenta ed il ripensamento dei modelli organizzativi avviene, quindi, in parte non piccola lungo un orizzonte concettuale arido.

Mentre, quindi, elementi essenziali dell'oggetto di indagine mostravano in superficie l'effetto di cambiamenti profondi e silenziosi attraverso l'emergenza, la ricomposizione del quadro era appena avviata, percependone le difficoltà e si doveva confrontare con mutamenti imponenti.

1.2. Come in ogni percorso, quindi, è essenziale sostare, riconsiderare il tratto fatto, chiedersi se vi sia ragione di proseguire e progettare come farlo. Le riflessioni di questa sezione monografica della *Rivista* hanno principalmente questo scopo. Non si tratta di fornire ulteriori contributi, ma di comprendere criticamente il contesto complessivo – al quale, in queste pagine, farò solo limitatissimo riferimento – nel quale il dibattito si conduce e provare ad intenderne le prospettive.

Dal mio punto di vista², vorrei provare a misurare il problema lungo le direzioni della ricostruzione generale dell'organizzazione pubblica, dell'esame di suoi problemi specifici, di quello

¹ Sul problema, M. MONTEDURO, id., in este sentido, Lambert, *El gobierno de los jueces...* cit., p. 31ss., Torino, Giappichelli, 2018.

² Che ho provato a costruire in L. R. PERFETTI, *Organizzazione amministrativa e sovranità popolare. l'organizzazione pubblica come problema teorico, dogmatico e politico*, in questa *Rivista*, 1/2019, 7.

relativo alle autonomie istituzionali, della relazione tra soggettività pubblica e privata e del profilo organizzativo del governo dell'economia.

2. L'organizzazione pubblica nel quadro della Repubblica.

2.1. Molte delle riflessioni di questi anni, direttamente o implicitamente, arricchiscono il quadro degli studi e delle idee relative allo statuto costituzionale dell'organizzazione amministrativa e, per conseguenza, della sua teoria generale.

2.1.1. Diritti ed organizzazione pubblica.

L'impostazione iniziale, cercando di fare reagire gli “enzimi personalisti” dell'ordinamento³, proponeva un'impostazione molto netta e dissonante rispetto a quelle tradizionali.

Cercando di porre in luce il rilievo teorico, dogmatico e politico dei problemi che si concentrano sul concetto di amministrazione pubblica ed accettando l'idea che essa sia un sistema di imputazione di effetti giuridici, definito dai suoi fini, nel quadro costituzionale, l'organizzazione non può che assicurare un'azione amministrativa imparziale e improntata ai canoni del buon andamento, sicché imparzialità e buon andamento dell'amministrazione costituiscono i risultati del modo di essere dell'organizzazione.

Restano aperte, però, una serie di questioni – se l'organizzazione è obbiettivata, funzionalizzata al suo scopo, resta indefinito il concetto di fine o interesse pubblico; se l'altro elemento di certezza è dato dall'essere l'organizzazione articolazione di una persona giuridica che identificheremo con l'ente pubblico, anche quest'ultimo concetto è controverso, i suoi caratteri e la sua natura incerti; una volta che si siano individuati con precisione i concetti sia di ente che di interesse pubblici, resta controversa la relazione tra organizzazione e decisione amministrativa in quanto esternazione della funzione. Per superare queste incertezze, non resta che affidarsi al profilo costituzionale

³ P. FORTE, *Enzimi personalisti nel diritto amministrativo*, in questa *Rivista*, 2/2017, 63.

dell'organizzazione pubblica. In questa prospettiva, una definizione adeguata sarà possibile individuando a cosa sia funzionale l'organizzazione, cosa definisca i fini dell'organizzazione e come si chiarisca la relazione tra organizzazione in senso oggettivo e in senso soggettivo; qualunque soluzione sia fornita a questi problemi occorre avere chiarezza rispetto al suo rilievo politico e dogmatico, essere espliciti quanto a premesse ed assunzioni, giacché qualunque discorso sull'organizzazione non è neutro da questo punto di vista.

Si è quindi cercato di impostare il problema dell'organizzazione rispetto alla sua strumentalità al sovrano, individuato nel popolo secondo la lettera dell'art. 1 Cost., sicché la dinamica della sovranità che si legge in Costituzione segna con chiarezza tre movenze: trattenendosi permanentemente nella componente incompressibile dei diritti, fornisce il concetto di interesse pubblico (che sarà quindi la massimizzazione del loro godimento pieno ed uguale – art. 3 Cost.); esprimendosi nelle istituzioni repubblicane attraverso la rappresentanza, con eguale risultato (l'interesse pubblico di cui l'organizzazione sarà strumento risiede nel bilanciamento e massimizzazione del godimento pieno ed uguale della componente non incompressibile dei diritti fondamentali); aprendosi alle limitazioni allo scopo di garantire pace e giustizia (confermando così la pretesa espansiva di questi diritti e dell'uguaglianza). Ne deriva anche il chiarimento circa il soggetto cui l'organizzazione è strumentale: essa sarà – e il regime costituzionale lo conferma – articolazione della società e non dello Stato. Ne conseguono le forme di organizzazione, sicché, in ossequio del precetto costituzionale di cui all'art. 118, si avrà primariamente autorganizzazione come espressione di sussidiarietà, organizzazione amministrativa come diretta funzione della società e del suo ordine giuridico e solo in via residuale organizzazione amministrativa come funzione indiretta della società attraverso il circuito della rappresentanza democratica (vale a dire quella che siamo abituati a considerare il tutto dell'organizzazione pubblica).

Si tratta di una costruzione non priva di problemi e che per certo richiede sviluppi e approfondimenti, che non sono mancati⁴.

⁴ Si veda, ad esempio, il vasto e documentato studio di D. VESE, *L'efficienza dell'organizzazione amministrativa come massimizzazione dei diritti fondamentali*, in questa *Rivista*, 1/2019, 279, che affronta in una prospettiva storica l'evoluzione del profilo costituzionale del buon andamento e dell'efficienza dell'amministrazione, nonché del regime costituzionale stesso dell'organizzazione amministrativa, superando una visione economicistica e dimostrando in concreto la funzionalizzazione dell'amministrazione alla protezione dei diritti della persona.

Di particolare rilievo per la prospettiva di apertura al confronto e costruzione della teoria attraverso il suo *stress* dialettico, sono le riflessioni relative alla relazione tra organizzazione e diritti⁵.

È diffusa, nell'impostazione tradizionale del problema della relazione tra organizzazione e diritti, l'idea che «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 *prius logicus*»⁶.

Quest'impostazione, sulla quale pure di nutrono dubbi da altro punto di vista – come si dirà tra un istante – consente di cogliere la ragione profonda dell'aver dedicato questi anni di riflessioni alla dimensione organizzativa dell'amministrazione: se non è seriamente discutibile che l'organizzazione pubblica abbia un ruolo primario nella protezione dei diritti della persona, è tuttavia facile verificare come in questi decenni, invece, la giuspubblicistica italiana abbia trascurato questa prospettiva, concentrando lo sguardo sulla disciplina dell'attività amministrativa o sulla tutela giurisdizionale. E', invece, chiaro come ugualmente tutte e tre queste dimensioni – organizzazione, attività, processo – non solo siano (almeno a mio modo di vedere) luogo di concretizzazione e protezione dei diritti, funzioni definite dalla priorità (giuridica, non solo logica) della pretesa del diritto della persona (fondante l'intero ordinamento legale ed il sistema istituzionale, e non essendo pretesa da questi creata e riconosciuta) in quanto radicata nella sovranità costituzionale, ma esse stesse tra loro co-implicate. Sembra quasi banale considerare come la pretesa giurisdizionale in quanto agisca posizioni soggettive rese dolenti o incerte nei confronti di un'organizzazione mostrerà esigenze processuali non identiche a quelle rivolte verso il mondo dell'autonomia individuale – ed in questo senso la scienza processualistica ha contribuito a chiarire il quadro in modo molto noto; allo stesso modo, se l'azione procedimentalizzata modella di sé l'organizzazione, il dipanarsi della funzione all'interno dell'organizzazione fino alla decisione è largamente condizionato dai moduli organizzativi – e, quindi, dalla teoria dell'organo - una specifica rilettura della teoria dell'organo trova posto in un autonomo contributo che può leggersi qui di séguito e nel quale sono discussi i preziosi lavori dedicati a questo tema centrale della teoria dell'organizzazione⁷. Ed è prezioso in questo senso il lavoro di chi ha rielaborato il precetto

⁵ Ci si riferisce, in particolare, a E. CARLONI, *Diritti by design. Considerazioni su organizzazione, autonomia organizzatoria e protezione degli interessi*, in questa *Rivista*, 1/2020, 51.

⁶ E. CARLONI, *op.ult.cit.*, 51.

⁷ Si deve rinviare ai saggi, qui comunque tenuti in considerazione, di M. C. CAVALLARO, *Immedesimazione organica*

dell'imparzialità in dimensione organizzativa ⁽⁸⁾; vi si nota, correttamente, che seppure «*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"*», una lettura dell'imparzialità fondata sull'individuo e la sua pretesa, anziché sull'amministrazione e il suo potere, è rimasta «*allo stadio della dissenting opinion*», non avendo avuto seguito 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 imparzialità*» ⁽⁹⁾. L'imparzialità, invece, in quanto dimensione dell'organizzazione pubblica come forma di espressione della sovranità popolare, è anche una regola organizzativa. Lo studio – profondo nel caso di specie – dell'art. 6 *bis* della l. 7 agosto 1990, n. 241, conferma prospettive ed insufficienze, isolando – con contributo importante – «*una pretesa individuale all'imparzialità*» ⁽¹⁰⁾ e dimostrando il rilievo organizzativo di una norma che sanziona il conflitto di interessi prima ancora che la disparità di trattamento si sia concretata, sicché il privato potrà farla valere come pretesa propria (a «*protezione dal rischio che un conflitto di interessi del decisore pubblico possa tradursi in una disparità di trattamento*» ⁽¹¹⁾).

Se i diritti fondamentali della persona che si radicano nella sovranità costituzionale ed in essa in parte si trattengono permanentemente, essi incontrano organizzazioni, poteri e processi¹² e la

e criteri di imputazione della responsabilità, in questa *Rivista*, 1/2019, 39; S. CIMINI, *Modello organizzativo e responsabilità della P.A.*, in questa *Rivista*, 1/2019, 97; N. PAOLANTONIO, *Ricusaione del responsabile del procedimento per conflitto di interessi tra dimensione organizzativa e pretese dei privati*, in questa *Rivista*, 1/2019, 53; M. BELLAVISTA, *La posizione organizzativa del responsabile del provvedimento e di quello del procedimento*, in questa *Rivista*, 1/2019, 373; F. FRACCHIA, S. VERNILE, *Una rilettura della figura del responsabile del procedimento dal punto di vista dell'illecito erariale*, in questa *Rivista*, 1/2020, 83; C. NAPOLITANO, *Profili organizzativi dell'autotutela*, in questa *Rivista*, 1/2019, 241; P. FORTE, *Il bene culturale pubblico digitalizzato: prime note per uno studio giuridico*, in questa *Rivista*, 2/2019, 245; A. ZITO, *Il sistema della performance della pubblica amministrazione tra disegno organizzativo e svolgimento della funzione*, in questa *Rivista*, 2/2020, 599; L. MACCARI, *Le forme organizzative della amministrazione pubblica e la tutela delle posizioni giuridiche soggettive*, in questa *Rivista*, 1/2019, 365.

⁸ I. PIAZZA, *La pretesa a un'amministrazione imparziale. Note sul conflitto d'interessi nel diritto amministrativo*, in questa *Rivista*, 1/2020, 63.

⁹ I. PIAZZA, *La pretesa a un'amministrazione imparziale. Note sul conflitto d'interessi nel diritto amministrativo*, cit. 66.

¹⁰ I. PIAZZA, *op. ult. cit.*, 70.

¹¹ I. PIAZZA, *op. ult. cit.*, 80.

¹² Devono essere sottolineate le premesse del ragionamento di E. CARLONI, *op.ult.cit.*, laddove osserva che «*Così nel costruire il discorso giuridico sui diritti solo 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*» [51] e 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

loro protezione in concreto è influenzata significativamente da queste tre dimensioni pubbliche di base¹³.

Il tema decisivo è se l'organizzazione (come io credo) debba essere adeguata alla protezione dei diritti e massimizzazione del loro godimento nell'uguaglianza, ovvero se sia una dimensione autonoma che con essa si confronta.

Il problema è tipicamente giuridico. Nella prospettiva che trovo convincente, l'organizzazione pubblica è funzione dei diritti e, quindi, ad essi si conforma – e, come diremo tra un istante, le sue stesse risorse materiali sono condizionate da questo suo carattere essenziale –; nella diversa prospettiva del condizionamento reciproco, resta da definire, per conseguenza, a cosa sia – in sé e per sé – funzionale e da cosa sia conformata l'organizzazione. Se due realtà si confrontano e condizionano reciprocamente, ciascuna deve avere la sua natura e funzione autonoma rispetto all'altra. Se, invece, come io credo, una sia funzione dell'altra, la seconda – l'organizzazione – è definita e conformata dalla sua natura funzionale. E' agevole ipotizzare, che nell'impostazione opposta alla mia si ritenga che l'organizzazione sia funzionale agli interessi dello Stato sovrano (commettendo un errore in diritto a mio modo di vedere, se si legga correttamente l'art. 1 Cost.) ovvero, laddove si sciogla la sovranità popolare nella sola dimensione della rappresentanza politica, l'organizzazione non potrà che essere funzionale ad essa, attraverso la legge (doverosamente, per ragione dell'art. 97 Cost.).

Detto che in questa raffigurazione i diritti fondamentali semplicemente non esistono se non in tanto in quanto la legge li riconosca – ritornando, con altri termini, alla teoria classica degli *status civitatis*¹⁴, che come noto non sono in grado di reggere all'azione del legislatore che li sottragga e

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» [53].

¹³ Anzi, come si nota molto correttamente (E. CARLONI, *op.ult.cit.*, 54), l'asse principale della loro protezione può spostarsi su l'una o l'altra di queste tre dimensioni del potere pubblico: «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): 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».

¹⁴ Il riferimento è ovviamente a G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, Walter, 1914 (testo che ha avuto una profondissima influenza sulla letteratura italiana della prima metà del Novecento – e per tramite di quest'ultima, anche in séguito) e ID., *Das System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Berlin, Mohr, 1892 (trad. it. *Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, Milano, Giuffrè, 1912), ove i diritti sono qualificati come auto-obbligazione dello Stato (215), restando fermo che il

revochi –, resta che – anche ad ammetterne esistenza e protezione – diviene fondamentale stabilire lungo quale regola organizzazione e diritti si confrontino; regola necessariamente costituzionale se non si voglia tornare nell'ipotesi nella quale i diritti esistono se ed in quanto lo Stato li conceda.

Il che riporta all'altro profilo fondamentale del dibattito di questi anni, vale a dire quello della relazione tra organizzazione e politica, del quale si dirà tra un istante.

Il terreno sul quale la logica compositiva – seguita anche dalla Corte Costituzionale –, vale a dire quella per la quale diritti e organizzazione sono co-implicati – sia pure senza che sia chiara, a quel punto, la sostanza e funzione degli uni e dell'altra e la regola di composizione di quest'involgersi reciproco – entra in maggiore sofferenza – almeno a mio modo di vedere – è quello dei cosiddetti diritti di prestazione (anche se, con considerazione che credo sia da sottoscrivere quanto alla relazione tra diritti sociali e libertà, si nota che *«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: 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)»*¹⁵).¹⁶

Nel caso dei diritti di prestazione, infatti, si ritiene che *«l'organizzazione non si pone solo come condizione per il migliore esercizio dei diritti, ma per la loro stessa esistenza»*¹⁷.

Trovo, in questo punto, due elementi di dissenso. Anzitutto, l'idea dei diritti finanziariamente ovvero organizzativamente condizionati, sicché in assenza di risorse e strutture amministrative

diritto del cittadino riceve protezione solo in quanto ciò sia nell'interesse dello Stato (78), che è invece titolare di un *«potere di dominazione originario»*, vale a dire con la sovranità (G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, cit., 370). L'idea che viene espressamente teorizzata all'inizio del Novecento in Germania è nel senso che se il diritto della persona viene vantato nei confronti dello Stato, esso dovrà ritenersi fondato sulla concessione che ne faccia lo Stato stesso. Il che vale quanto dire che non esistono diritti della persona nei confronti dello Stato, stante che quest'ultimo può concederli o revocarli come crede. Le persone disporranno di diritti che si fondano sulla mera liceità (*Dürfen*), perché nascono e si sviluppano nel rapporto tra loro senza coinvolgere lo Stato, ma qualunque potere (*Können*) riguardante questi stessi diritti spetta allo Stato e può essere esercitato solo per concessione di uno specifico *status*, che sarà riconosciuto dallo Stato se ed in quanto coincida con l'interesse pubblico. Qualunque diritto, quindi, si fonda solo sullo Stato e la sua sovranità; anzi: *«concepire il diritto subbiettivo come qualche cosa di originario che derivi da sé medesimo la sua autorità ed il suo valore, non è altro che scambiare il fatto col diritto»* (G. JELLINEK, *Das System...*, 11).

¹⁵ E. CARLONI, *op.ult.cit.*, 56.

¹⁶ Per l'idea che diritti sociali e libertà abbiano la stessa struttura, più diffusamente, anche per i riferimenti in letteratura, a L. R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Diritto pubblico*, 2013, 61.

¹⁷ E. CARLONI, *op.ult.cit.*, 56.

pubbliche il diritto non potrebbe mai trovare soddisfazione trascura il disegno costituzionale retto dal principio di sussidiarietà, a condizioni di adeguatezza, sicché il diritto potrà trovare soddisfazione attraverso organizzazioni della società¹⁸ e non necessariamente dell'autorità; in questa prospettiva l'esistenza e *performance* di un'organizzazione pubblica di prestazione si colloca lungo la linea della sua doverosità¹⁹ solo laddove la pretesa non riceva soddisfazione a prescindere dall'intervento pubblico in forma diretta – sicché esso dovrebbe essere da intendere precluso ove l'organizzazione della società raggiunga il risultato adeguato in via spontanea ovvero con sostegni materiali. Quest'idea, tuttavia, non risolve il problema: basterebbe restringere il perimetro dell'affermazione circa l'inesistenza del diritto fondamentale ove al suo godimento necessitino esattamente prestazioni – vale a dire pubblici servizi²⁰ – che l'organizzazione sociale non provvede ed essa continuerebbe ad essere vera.

Il secondo elemento di dissenso – che contiene la conseguenza della concezione della sovranità e dei diritti fondamentali sulla politica – è che a mio modo di vedere non sono i diritti ad essere finanziariamente o organizzativamente condizionati, ma la finanza ed organizzazione pubblica ad essere condizionata dalla protezione dei diritti.

Piuttosto, se la componente essenziale dei diritti fondamentali (libertà e diritti sociali) si trattiene permanentemente nella sovranità, le istituzioni rappresentative – cui è affidata la promozione dell'uguale godimento della porzione non incompressibile di questi diritti (artt. 1 e 3 Cost.) – non dispongono di alcun margine di valutazione quanto a questa componente dei diritti; l'organizzazione amministrativa che fornisca queste prestazioni sarà, comunque, doverosa. Il che determina un effetto sulla finanza pubblica molto chiaro. Il Parlamento potrà disporre, secondo il

¹⁸ Per approfondimenti, G. TEUBNER, *Il diritto come sistema autopoietico*, Milano, Giuffrè 1996; ID., *Diritto policontesturale: prospettive giuridiche della pluralizzazione dei mondi sociali*, Napoli, La Città del Sole, 1999; ID., *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, raccolta di saggi pubblicata Roma, Armando, 2005; ID., *La giustizia autosoveriva: formula di contingenza o di trascendenza del diritto?*, *lectio magistralis* pubblicata Napoli, La Città del Sole, 2008. Su Teubner, L. ZAMPINO, *Gunther Teubner e il costituzionalismo sociale. Diritto, globalizzazione, sistemi*, Torino, Giappichelli, 2012 e A. jr. GOLIA, *Costituzionalismo sociale (teoria del)*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche. Aggiornamento*, Torino, Utet, 2017, 217.

¹⁹ M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva*, in questa *Rivista*, 2/2020, 543.

²⁰ L'idea che il servizio pubblico sia l'attività di prestazione corrispondente a libertà e diritti sociali che non possano essere pienamente goduti con uguaglianza senza quella prestazione è in L. R. PERFETTI, *Contributo a una teoria dei pubblici servizi*, Padova, Cedam, 2001.

suo indirizzo politico (nella realtà, quello del Governo), delle somme del bilancio dello Stato solo una volta che le prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale (art. 117, comma II, lett. m) Costituzione) siano assicurate; è altrettanto chiaro, quindi, che la regola di cui all'art. 97, comma I, Costituzione), per la quale le pubbliche amministrazioni «assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico», ne è conferma: l'equilibrio di bilancio e la sostenibilità del debito sono essenziali perché le prestazioni concernenti diritti possano essere finanziate nel tempo e non, invece, ridotte o compresse (come accaduto) per ragione della insostenibilità del debito contratto per finanziare spese diverse dal provvedere quelle prestazioni.

In questo senso, il costituzionalismo in senso giuridico è una risposta seria ai problemi di cui ci si sta occupando; l'assunto di base ⁽²¹⁾ è proprio che i diritti fondamentali e gli elementi basilari del sistema istituzionale debbano essere sottratti alla libertà della scelta politica, affinché non vengano prevaricati dall'esercizio del potere governativo, con il risultato di negare i diritti o alterare la democrazia ⁽²²⁾.

Si colloca qui la separazione tra diritti fondamentali e scelte politiche. Poiché queste seconde possono venire assunte per ragioni di convenienza, di conquista del consenso o per semplice pressione irrazionale a fronte di eventi, nonché a vantaggio di una maggioranza a scapito delle minoranze, è necessario che le siano sottratti i diritti costituzionali essenziali e che la decisione intorno ad essi in caso di conflitto sia assegnata ad un controllo di costituzionalità spettante a corti supreme non (troppo) politicizzate.

Quest'idea diviene ancora più radicale se solo si accetta l'impostazione – anche qui sostenuta

²¹ Sul costituzionalismo in questa direzione M. BRIGAGLIA, *Costituzionalismo dei diritti e diritto di eccezione*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2011, 277. Restano utili riferimenti T. ALLAN, *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001; C. SUNSTEIN, *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 1996; ID. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1999; J. GRIFFITH, *The Common Law and the Political Constitution*, in *Law Quarterly Review*, 117, 2001, 64 (e prima ancora ID., *The Political Constitution*, in *Modern Law Review*, 42 (1979), 1); seguito poi da G. GEE, *The Political Constitutionism of JAG Griffith*, in *Legal Studies*, 28 (2008), 20. Per una, pur non recente, rassegna delle idee, G. MADDUX, *A Note on the Meaning of 'Constitution'*, in *The American Political Science Review*, 76, 1982, pp. 805-809. Per la recente riaffermazione del valore politico della Costituzione, il libro di L. KRAMER, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, Oxford, 2004 e, prima, quello di M. TUSHNET, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1999 mentre, più recentemente, con diverso approccio culturale, anche R. BELLAMY, *Political Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.

²² Per qualche sviluppo di queste idee, L. R. PERFETTI, *Il governo dell'arbitrio*, Soveria Mannelli, Rubettino, 2021.

– per la quale i diritti fondamentali si collocano permanentemente nell'ambito della sovranità e, quindi, sono in ogni caso sottratti a qualunque arbitrio politico perché il processo istituzionale si svolge all'interno di un sistema nel quale l'autorità è sempre resa funzionale al godimento il più possibile uguale della porzione incompressibile dei diritti fondamentali.

Proprio sul terreno apparentemente più difficile, quello dei diritti richiedenti prestazioni, la natura dell'organizzazione come articolazione servente i diritti sembra trovare conferme costituzionali consistenti – sicché non resta che sperare in maggiore evoluzione della giurisprudenza della Corte Costituzionale.

Si deve, quindi, convenire con l'osservazione che *«nel testo della Costituzione del 1948 pare chiara, come accennato, la costruzione del sistema a partire dalla priorità del diritto»* ⁽²³⁾ sull'organizzazione, ma non con quella per la quale *«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 comma»* dai quali deriverebbe che *«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»* ⁽²⁴⁾. Tuttavia, importanti riflessioni derivano da questi approcci e l'indicazione del modello dei diritti *by design* – ipotesi che *«costruiscono la tutela di determinati diritti “nell'organizzazione” prevedendo che queste siano rivolte “by design” a garantire la protezione»* ⁽²⁵⁾ – non è che lo sforzo di un giurista sensibilissimo alla ricerca di sistemi adeguati di protezione dei diritti.

2.1.2. Amministrazione e politica.

È più che evidente la centralità del chiarimento circa la relazione tra organizzazione e politica.

Con un fondamentale chiarimento del tema²⁶, impostati i diversi concetti di “politica” ed attività di Governo, si assume che il concetto rilevante di amministrazione, in termini analitici, sia dato vuoi dall'attività amministrativa coincidente con la funzione esecutiva dello Stato, vuoi

²³ E. CARLONI, *op.ult.cit.*, 57.

²⁴ E. CARLONI, *op.ult.cit.*, 57.

²⁵ E. CARLONI, *op.ult.cit.*, 61.

²⁶ F. FOLLIERI, *Politica e amministrazione*, in questa *Rivista*, 1/2019, 109.

dall'insieme dei soggetti (organi o uffici amministrativi) chiamati ad esercitare questa funzione e per 'politica' vuoi l'attività di governo, *«corrispondente alla porzione dell'attività di produzione giuridica che determina i fini della collettività, trasversale alla funzione legislativa ed esecutiva dello Stato»*, vuoi gli organi politici²⁷, ponendo il problema, quindi, nella relazione tra attività ovvero tra organi amministrativi e politici. Lungo queste relazioni, quindi, si dipana il problema nel perimetro della strumentalità di organi ed attività amministrative rispetto ai fini politici – individuandone le fonti nell'ordinamento con precisione – ovvero dell'indipendenza di questi stessi organi ed attività. Colta dal piano della produzione delle fonti, se si assegna alla politica la libertà di porre in essere la legge e gli atti di alta amministrazione e programmazione, l'opposizione si risolve a favore della strumentalità: come la magistratura, gli organi amministrativi possono essere indipendenti²⁸ e, tuttavia, saranno tenuti ad applicare la legge, frutto dell'attività politica²⁹. Tuttavia, questa conclusione risente della sovrapposizione tra dell'attività ed organizzazione e della circostanza che entrambi sono principi e non regole (come tali, reciprocamente escludenti); in quanto principi ricercano un bilanciamento e *«che anche la Costituzione repubblicana sancisca strumentalità (sul piano organizzativo) e imparzialità come principi, che cioè non effettui direttamente il bilanciamento, si desume dal fatto che a Costituzione invariata sono stati ritenuti compatibili con la Costituzione sia un modello ispirato principalmente alla responsabilità dell'esecutivo (in maniera più accentuata fino al 1972 e in una forma più attenuata fino al 1990, a livello locale, e fino al 1992, a livello statale e regionale), sia un modello ispirato principalmente alla separazione tra politica e amministrazione»*³⁰. Sul versante dell'ordinamento positivo, al momento, il bilanciamento sarebbe raggiunto dalla convivenza di *«un modello ispirato alla separazione tra politica e amministrazione sul piano delle funzioni e delle responsabilità»*, al quale *«fa da contraltare un impianto ispirato al regime fiduciario (e dunque della strumentalità) sul piano dei poteri lato sensu datoriali degli organi di governo»*³¹.

²⁷ F. FOLLIERI, *Politica e amministrazione*, cit., 118.

²⁸ Sul punto, tuttavia, è fondamentale richiamarsi al relevantissimo studio di F. APERIO BELLA, *I riflessi dell'organizzazione sul rapporto tra le Istituzioni: l'AGCM quale giudice a quo del giudizio di legittimità costituzionale?*, in questa *Rivista*, 1/2019, 211, ma particolarmente da 230, ove ci si pone il problema della relazione tra indipendenza e qualificazione come giudice *a quo* nel giudizio costituzionale, soprattutto nella prospettiva dell'organizzazione dell'autorità indipendente.

agosto 14, 2019

²⁹ F. FOLLIERI, *Politica e amministrazione*, cit., 127.

³⁰ F. FOLLIERI, *Politica e amministrazione*, cit., 128.

³¹ F. FOLLIERI, *Politica e amministrazione*, cit., 129.

Si tratta di osservazioni preziose allo sviluppo della riflessione, che arricchiscono³² l'idea che l'amministrazione sia articolazione organizzativa della società e la politica, nella dinamica della rappresentanza, trovi intangibili per precetto costituzionale le dimensioni incompressibili dei diritti e debba massimizzare, nell'indirizzo che viene dalla Costituzione, il godimento delle restanti nella direzione dell'uguaglianza, attraverso un bilanciamento razionale e controllabile³³.

Risulta, quindi, di immediato interesse l'indagine circa la possibilità di regolazione del processo politico³⁴. Se si pone in luce la distinzione fra governo e gestione – e la si osserva alla luce di quanto avvenuto nella fase della pandemia – se ne traggono non solo elementi di primaria importanza circa la ragion d'essere della distinzione ma anche gli elementi di insoddisfazione dell'equilibrio tracciato dall'ordinamento e praticato dalla prassi. Con un ampio e documentato studio, si affrontano, quindi, la riflessione «*sull'interesse pubblico, e con esso sulla società e sui diritti degli individui, nonché (soprattutto e correlativamente) su una più sistematica ed incisiva disciplina dell'attività e della comunicazione politica, dentro e fuori le istituzioni*»³⁵.

³² Per un'articolata costruzione dalla quale vengono ulteriori elementi di collegamento, M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva*, cit., 543

³³ Su questo problema, soprattutto, A. CARBONE, *Prime considerazioni su situazioni giuridiche procedurali, organizzazione, funzione. A margine della rilevanza dell'art. 6 CEDU*, in questa *Rivista*, 1/2019, 175, per il quale la concezione delle situazioni giuridiche soggettive richiede una rimeditazione in relazione al rapporto in cui esse si pongono rispetto alla funzione, punto di sintesi tra il piano organizzativo e procedurale, da un lato, e, dall'altro, con quello teleologico, che esprime la struttura della funzione. In questa prospettiva assume particolare rilievo il profilo teleologico della partecipazione che si ricava sia dalla legislazione che dal profilo costituzionale che di diritto europeo. Il contraddittorio procedimentale è di tipo misto, collaborativo e garantisco ed, attraverso l'art. 6 CEDU, collega la protezione procedimentale e processuale delle posizioni soggettive, rendendo possibili diversi modelli procedurali sotto il profilo strutturale. I diversi modelli procedurali, quindi, si relazionano sia con il profilo organizzativo che con il contenuto del contraddittorio, conformando, per conseguenza, le posizioni soggettive in relazione al diverso modello. Visto nella prospettiva della violazione delle situazioni procedurali laddove essa dia luogo ad invalidità, si è ritenuto che l'art. 21 octies, co. II, l. 7 agosto 1990, n. 241 sia in grado di integrare la regola propria della violazione del contraddittorio il cui modello procedurale sia improntato ad una modalità partecipativa di stampo collaborativo/garantistica.

³⁴ G. TACCOGNA, *Disciplinare la politica per valorizzare l'amministrazione?*, in questa *Rivista*, 2/2020, 145.

³⁵ G. TACCOGNA, *Disciplinare la politica per valorizzare l'amministrazione?*, cit., 158. L'Autore è consapevole delle «possibili obiezioni all'indicata direzione di ricerca», soprattutto in relazione alle garanzie costituzionali della libertà di manifestazione del pensiero «e, più in generale, di azione politica ed altresì con la configurazione privatistica (non pubblicistica-organica) dei partiti»; tuttavia, «questi aspetti potrebbero non risultare di ostacolo rispetto all'indicato obiettivo della ricerca, sebbene occorra certamente tenerne conto. Non è infatti dubbio che la Carta ponga al servizio del popolo, o della nazione, tutte le istituzioni e le funzioni repubblicane e, quindi, che la dimensione servente, rispetto al bene comune e con esso all'interesse pubblico, debba caratterizzare l'inquadramento e la disciplina anche degli organi politici dell'amministrazione e, prima ancora, addirittura lo stesso Parlamento e la funzione legislativa. Molteplici sono i segnali in tal senso. Già potrebbe esserlo la forma repubblicana, suscettibile di essere intesa in sé (sia pure non pacificamente) come un orientamento complessivo del sistema pubblicistico al popolo e, quindi, al bene di esso ed all'interesse pubblico, specie se considerata unitamente al fondamentale principio democratico» (G. TACCOGNA, *op. ult. cit.*, 159).

Anche in questa riflessione, tra le molte ed importanti osservazioni che è necessario considerare per lo sviluppo delle ricerche – in ordine alla disciplina degli organi di governo dell'amministrazione e dell'attività politica al di fuori delle istituzioni e degli incarichi di governo – , «i diritti ed i doveri fondamentali previsti dalla Carta sembrano, quindi, fornire non già la soluzione del problema riguardante il bene comune e l'interesse pubblico –né un collegamento esaustivo fra società civile ed amministrazione, in assenza di chiavi univoche di decodifica della prima, ad opera della seconda –quanto piuttosto i limiti esterni di un campo, comunque va-sto, entro il quale l'indicato problema si pone e seguita a porsi, per essere affidato ad un processo politico, con uno spazio anche per l'indirizzo politico»³⁶, secondo una prospettiva dai chiari risvolti organizzativi.

2.1.3. Dovere e organizzazione amministrativa.

Nell'ambito della riflessione che si osserva è spesso emerso un profilo di doverosità dell'organizzazione. Si tratta di un terreno promettente. Non è affatto ignota alla teoria dell'organizzazione l'idea che per alcuni tratti l'organizzazione sia caratterizzata da doveri e, tuttavia, normalmente, le scelte organizzative sono ritenute libere ed insindacabili. Nel perimetro delle riflessioni di questi anni, invece, è emersa non solo l'idea che l'intera amministrazione – e la sua organizzazione – possano essere colte come espressione di doveri³⁷, ma anche una profonda rilettura del dovere d'ufficio, inteso come fonte autonoma del coordinamento amministrativo rispetto alle regole procedimentali³⁸.

L'insoddisfazione³⁹ quanto alla precisione dogmatica nell'individuazione dei concetti di

³⁶ G. TACCOGNA, *Disciplinare la politica per valorizzare l'amministrazione?*, cit., 161.

³⁷ E dell'amministrare: M. MONTEDURO, *op.ult.cit.*, *passim*.

³⁸ S. DETTORI, *Coordinamento e dovere d'ufficio nella logica dell'interdipendenza amministrativa*, in questa Rivista, 1/2020, 21.

³⁹ Per S. DETTORI, *op.ult.cit.*, 31, i limiti del dibattito fin qui sviluppato dall'approvazione della Costituzione, «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 vincolanti» ed, anzi sembra «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 amministrativo, sia dalla disciplina che regola ogni fenomeno di connessione o presupposizione anche al di fuori della sede procedimentale» (32). Anzi, «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 autonomia forza prescrittiva immediatamente vincolante ovvero – parimenti a quanto sopra evidenziato in

indirizzo e coordinamento e l'indagine storica relativamente all'uso di queste nozioni nel passaggio dal modello gerarchico al suo superamento⁴⁰, specie se viste dal versante organizzativo⁴¹, legittimano il tentativo di un integrale mutamento di prospettiva. Nella prospettiva organizzativa, infatti, il coordinamento non è colto nella prospettiva del divenire della funzione, ma dell'essere dell'organizzazione⁴².

In questa luce, si ipotizza che «il coordinamento possa esprimere una regola ulteriore ed autonoma rispetto alla disciplina del procedimento amministrativo» e che il dovere d'ufficio sia «il fondamento di tale regola»⁴³; infatti, vi è una doverosità che «anticipa l'agire amministrativo e ne costituisce il presupposto: essa è data dal dovere d'ufficio, espressione della forza dinamica che scaturisce dall'ufficio pubblico in quanto soggettività attributaria di competenze il cui esercizio è imposto al funzionario che agisce per l'amministrazione»⁴⁴, come dimensione di dovere autonoma «rispetto al più generale concetto di doverosità dell'azione amministrativa»⁴⁵. In ragione del dovere d'ufficio, «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»⁴⁶, nel perimetro della sua competenza⁴⁷, senza che da ciò derivi l'apprensione e bilanciamento degli interessi – che è profilo del contraddittorio procedimentale⁴⁸. Se ne trae una

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» (32).

⁴⁰ S. DETTORI, *op.ult.cit.*, 25, ove osserva che «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».

⁴¹ S. DETTORI, *op.ult.cit.*, 24, per il quale «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».

⁴² Per S. DETTORI, *op.ult.cit.*, 25, «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».

⁴³ S. DETTORI, *op.ult.cit.*, 36.

⁴⁴ S. DETTORI, *op.ult.cit.*, 36.

⁴⁵ S. DETTORI, *op.ult.cit.*, 37.

⁴⁶ S. DETTORI, *op.ult.cit.*, 38.

⁴⁷ S. DETTORI, *op.ult.cit.*, 39.

⁴⁸ S. DETTORI, *op.ult.cit.*, 40.

regola – doverosa – per il funzionario, vale a dire quella della acquisizione delle informazioni circa i fatti della loro condivisione con gli altri uffici e nella «rielaborazione di tali informazioni in senso utile a garantire la massimizzazione delle proprie competenze in una dimensione di interazione e dunque di reciprocità»⁴⁹.

2.2. Ciò che sembra interessante è che, pur in presenza di uno schietto riconoscimento del rilievo concreto della politica nelle decisioni organizzative, della capacità dei rappresentanti nelle assemblee elettive di dettare regole (con leggi e regolamenti) o assumere decisioni che possono conformare l'organizzazione, emerge complessivamente un tentativo – lungo i profili della disciplina dei diritti *by design*, dell'imparzialità, dell'efficienza, della regolazione del rapporto tra politica ed amministrazione, della doverosità dell'essere dell'organizzazione o del dovere d'ufficio – non tanto di limitare l'arbitrio della scelta politica ma di sottrarre (e, quindi, rendere doverosa), in tutto o in parte, l'organizzazione amministrativa per fini pubblici e soggettivamente pubblica all'indirizzo politico.

Non solo se ne vede la coerenza con il percorso di quelle interpretazioni del costituzionalismo contemporaneo cui s'è già fatto cenno, ma un tentativo responsabile di studiosi sensibili di fornire strategie adeguate per la protezione dei diritti in una stagione di vistoso appannamento della democrazia e, quindi, della legittimazione della politica.

3. Le autonomie locali e regionali.

3.1. Uno degli elementi di maggiore interesse che emerge dall'esame di questi anni di riflessioni è dato da una vistosa assenza, quella delle autonomie regionali e locali. Argomento di primissimo piano dalla fondazione della Repubblica, le autonomie locali sono state particolarmente trascurate in questi decenni.

Non sembra casuale che, nel nostro dibattito, i contributi relativi alle Regioni siano stati occasionati dall'emergenza, siano concentrati sugli elementi di crisi dell'istituzione regionale e le necessità di abbandonare il modello del regionalismo differenziato (mettendo in luce il rilievo

⁴⁹ S. DETTORI, *op.ult.cit.*, 41.

dell'influenza della politica su questi problemi, frutto anche dell'abbandono da parte dei giuristi ovvero di quei giuristi che non assecondano la politica) e, più in generale, di riforma delle Regioni⁵⁰; non a caso, provengono da costituzionalisti.

La crisi del regionalismo, quindi, viene anche dall'aver consegnato l'autonomia regionale alla politica ed all'ingegneria delle competenze, mentre *«L'emergenza ha palesato in questi mesi, in modo violento, la intima connessione tra la I e la II Parte della Costituzione; la inscindibile relazione tra la organizzazione dei poteri pubblici e la tutela dei diritti»*⁵¹, la possibile tensione tra istituzione regionale e diritti della persona – in contrasto, quindi, con le ragioni stesse dell'esistenza delle autonomie –, la sua insufficienza *«come limite al potere (centrale), mero veicolo quindi di un indirizzo politico alternativo, nonché contestualmente tutto il bisogno costituzionale di un regionalismo per la persona, preordinato teleologicamente all'attuazione dei diritti costituzionali»*⁵², sicché la crisi del regionalismo rende impellente la sua riforma e prima ancora l'attuazione del principio di sussidiarietà e la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali.

Ne consegue che la pretesa politica all'esercizio di funzioni autonome sembra conseguire più alla ricerca di potere proprio dell'ente piuttosto che ad una schietta funzionalizzazione, in senso pluralista, alle autonomie sottostanti e reclamanti diritti. Tant'è che chi si è con serietà chiesto *«se il riconoscimento di una quota di potere emergenziale alle regioni fosse una soluzione costituzionalmente necessitata o non sia stata dettata, invece, da altre esigenze e valutazioni»*⁵³ non ha faticato ad escludere una simile necessità, sicché un legislatore non *«costituzionalmente vincolato a prevedere poteri d'urgenza in capo alle regioni»*, ciò ha fatto in ragione di *«valutazioni relative alla responsabilità politica delle scelte fatte in un momento particolarmente drammatico della storia del Paese»*⁵⁴; riesce del tutto evidente, quindi, la contraddizione palese dell'autonomia di cui all'art. 5 Cost., non assumendo la Regione il compito di esprimerla quanto condividendo responsabilità per ragioni di tattica politica degli organi di vertice degli

⁵⁰ N. PIGNATELLI, *Brevi note sul regionalismo nell'emergenza sanitaria*, in questa Rivista, 2/2020, 99; F. MARONE, *L'emergenza Covid tra temporaneità dei poteri d'urgenza e crisi del regionalismo*, in questa Rivista, 2/2020, 123. Si deve, però esaminare anche il prezioso studio di F. APERIO BELLA, *L'accesso alle tecnologie innovative nel settore salute tra universalità e limiti organizzativi (con una postilla sull'emergenza sanitaria)*, in questa Rivista, 2/2020, 219.

⁵¹ N. PIGNATELLI, *op. ult. cit.*, 100.

⁵² N. PIGNATELLI, *op. loc. ult. cit.*

⁵³ F. MARONE, *op. ult. cit.*, 137.

⁵⁴ F. MARONE, *op. loc. ult. cit.*

esecutivi – di quello nazionale, per diluire le proprie, di quelli regionali, per affermare un protagonismo individuale nella gestione delle misure originate dalla pandemia. Anche la funzione – costituzionalmente obbligatoria – di superamento delle disuguaglianze, compito irrinunciabilmente regionale, mostra segni di crisi profonda, la cui causa non risiederebbe nella distribuzione delle risorse, come superficialmente si avverte di solito, la nell'inefficienza dell'organizzazione pubblica e nella preventiva necessità, quindi, di una sua profonda ristrutturazione⁵⁵.

Non solo la crisi del regionalismo, ma anche l'insufficiente inquadramento della natura e del regime dei diritti sociali, hanno consentito che, su materie di straordinario rilievo le Regioni siano avvertite non come un fattore di progresso nella tutela, ad esempio, della salute ma di ineguaglianza; a fronte, infatti, della «*natura essenziale delle prestazioni*» previste dai LEA, idonea a «*garantire il vincolo unitario a fronte della differenziazione organizzativa dei servizi sanitari regionali*»⁵⁶, la differenziazione tra le Regioni «*si traduce in un incremento della mobilità sanitaria piuttosto che in un livellamento verso l'alto degli standard di erogazione*»⁵⁷.

Quanto alle autonomie comunali, «*emerge anche un grosso difetto del nostro sistema istituzionale*»⁵⁸, non solo per la proliferazione di diversi sistemi emergenziali, ma come sintomo di una crisi più ampia dell'istituzione locale ed, in particolare, della tendenziale omogeneità della sua organizzazione a fronte delle profonde differenze territoriali, di compiti e risorse dei diversi Comuni. Anche prima dell'emergere della pandemia, la dimensione dell'ente locale era stata colta soprattutto sul versante dell'incapacità della sua organizzazione di assolvere a compiti che emergenziali apparivano più per la gestione politica che se ne faceva che non per i suoi caratteri strutturali⁵⁹. Proprio l'organizzazione della gestione dei flussi migratori, nella misura in cui incontra l'organizzazione locale, ha consentito di porre in luce anticipatamente alcuni temi

⁵⁵ S. AMOROSINO, *Politiche di coesione, strutture amministrative e Mezzogiorno*, in questa Rivista, 1/2019, 63.

⁵⁶ F. APERIO BELLA, *op. ult. cit.*, 234.

⁵⁷ F. APERIO BELLA, *op. ult. cit.*, 235.

⁵⁸ M. TRIMARCHI, *Dall'emergenza epidemiologica due indicazioni per la riforma dell'autonomia comunale*, in questa Rivista, 2/2020, 91 – il passo citato è a p. 93.

⁵⁹ M. 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"*, in questa Rivista, 1/2020, 301.

dell'organizzazione dell'emergenza e la sua strutturale tendenza a consentire decisioni organizzative in grado di pregiudicare sia «*le condizioni di vita delle comunità locali*»⁶⁰ che «*i diritti dei soggetti vulnerabili*»⁶¹.

3.2. Il dato che complessivamente emerge dalla riflessione sulle autonomie locali è piuttosto preoccupante. Da questo occorre muovere per vedere lungo quali linee possa svilupparsi la riflessione.

3.2.1. Anzitutto, appare chiaro un elemento non solo di crisi della riflessione in argomento, ma più ancora di profondissima difficoltà di queste istituzioni, osservate sostanzialmente solo per i loro profili di radicale criticità più che come strumenti di attuazione progressiva del disegno costituzionale.

3.2.2. L'elemento di maggiore preoccupazione, tuttavia, è un altro e più allarmante. Si tratta della sostanziale perversione della funzione costituzionale delle autonomie, della loro finalizzazione al «*rispetto della dignità e della libertà della persona umana*»⁶². Le autonomie locali e regionali sono elementi strutturali di progresso della funzionalizzazione delle strutture di potere ai bisogni della persona, luogo nel quale le comunità – in dimensione più limitata e con minore demoltiplicazione del meccanismo della rappresentanza – possono rappresentarsi in termini istituzionali.

Autonomia e strumentalità ai diritti della persona sono non solo dati costitutivi degli enti locali e regionali, ma più ancora elemento di progresso del disegno costituzionale. Ciò che appare dalle analisi di cui disponiamo, invece, è la aperta e completa contraddizione di queste funzioni, rappresentandosi come istituzioni in profonda crisi di identità, incapaci di assolvere alle proprie funzioni – anche per responsabilità del Governo centrale –, intrise di tattica politica e creazione del consenso assai più che funzionalizzazione al concreto dei bisogni della persona nella sua dimensione locale e territoriale. Ne deriva una radicale perdita di senso, imitazione delle movenze del Governo centrale, assorbimento dell'autonomia e, più radicalmente, domanda sociale di sottrazione dell'autonomia in nome di uguaglianza ed efficienza.

Da altro punto di vista, non può non apparire evidente come le autonomie locali e regionali si presentino intrise di gioco politico congiunturale, spesso dettato (si pensi solo alla questione dei

⁶⁰ M. INTERLANDI, *op. ult. cit.*, 306.

⁶¹ M. INTERLANDI, *op. ult. cit.*, 307.

⁶² 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.

migranti o a quella dei poteri emergenziali) dalle scelte del Governo nazionale; più ancora, però, lo stesso dibattito dei giuristi appare concentrato su questioni di modello (emblematica è la discussione sul regionalismo differenziato) dettate più dalle iniziative delle forze politiche o del Governo che da una schietta riflessione costituzionalmente orientata.

3.3.3. Non si può non avvertire la forte ed urgente esigenza di un ripensamento delle autonomie locali e regionali.

In questa prospettiva, si possono porre in evidenza tre aspetti, distinti e profondamente correlati: *anzitutto*, l'amministrazione pubblica è pluralista – nelle tre diverse direzioni in cui questo concetto deve essere ulteriormente declinato; in *secondo* luogo essa è amministrazione obiettivata – anche in questo caso con tre distinte sottolineature; *infine*, è autonoma dalla politica e dal Governo.

3.3.3.1. Anzitutto, l'amministrazione è pluralista. L'organizzazione amministrativa che si sviluppa lungo le due direttrici personaliste della teoria della società in relazione all'autorità e della teoria della Costituzione, non può che essere – come già s'è detto – pluralista⁶³. Si tratta di un pluralismo che è, prima che delle opinioni e culture, delle strutture sociali e istituzionali, sicché l'organizzazione amministrativa si inserisce tra codeste istituzioni non solo come funzione della società ma, necessariamente, con attitudine sussidiaria⁶⁴.

Pluralismo e sussidiarietà come regole dell'organizzazione amministrativa sono necessitati proprio per ragione del fatto che quest'ultima è funzione della società e non dello Stato, come s'è più volte provato a sostenere.

Ne deriva, quindi, la valorizzazione dell'art. 5 Cost. e delle autonomie locali in particolare; dal riconoscimento, e non appena garanzia, delle autonomie contenuta nell'art. 5 Cost. deriva che l'organizzazione locale e regionale è essa stessa diritto fondamentale della persona, essendo la tecnica normativa la stessa dell'art. 2 Cost. Tra i diritti fondamentali della persona viene iscritto quello a disporre di istituzioni locali autonome, nelle quali declinare la propria personalità non meno che nelle realtà sociali delle quali queste istituzioni sono espressione.

Non si fatica a misurare la distanza della attuale realtà delle istituzioni regionali e locali dal

⁶³ G. PASTORI, *Il pluralismo sociale dalla Costituzione repubblicana ad oggi: l'attuazione del pluralismo sociale nel trentennio repubblicano*, in *Il pluralismo sociale nello Stato democratico*, Milano, Vita e pensiero, 1980, ora in *Scritti scelti*, cit., 275.

⁶⁴ G. PASTORI, *La funzione amministrativa nell'odierno quadro costituzionale*, in *Dir. econ.*, 2002, 475, ma soprattutto da 480 (ora in *Scritti scelti*, cit., 785).

modello costituzionale⁶⁵.

3.3.3.2. In secondo luogo l'amministrazione pubblica è obbiettivata, partecipata e proceduralizzata.

Non si tratta, quindi, di una speranza astratta, dell'ottimismo del costituente che afferma le autonomie come leva attraverso la quale far progredire democrazia e diritti, trasformare le istituzioni e far sì che la società le penetri e non ne sia soggetta. A questo disegno, infatti, si associano diritti del cittadino nei confronti dell'agire dell'amministrazione che ne modellano l'organizzazione.

L'organizzazione pubblica deve essere «*esclusivamente impostata dall'angolo di visuale degli obiettivi e degli scopi*»⁶⁶ per i quali si costituisce. È la Costituzione, nel mettere in rilievo la funzione amministrativa come tale – non come strumentale al Governo – a «*volarla finalizzare direttamente agli scopi e agli obiettivi che la stessa Costituzione pone per il corpo sociale*»⁶⁷. Una volta resa funzionale agli obiettivi determinati dalla Costituzione, l'organizzazione amministrativa si predispone alla partecipazione dei portatori degli interessi, giacché essi stessi sono i titolari dei diritti e delle pretese che la Costituzione garantisce ma, più ancora, l'interesse pubblico (vale a dire l'obiettivo dell'azione amministrativa) è conoscibile da chiunque e non è appannaggio della volizione unilaterale dell'ente. In questa prospettiva, il procedimento diviene cifra dell'organizzazione obbiettivata e partecipata⁶⁸.

Se queste regole valgono per qualunque organizzazione amministrativa pubblica, ciò è certamente a maggior ragione vero per quelle più vicine ai bisogni concreti delle persone e delle comunità, nelle quali non solo è più agevole la rappresentazione degli indirizzi e dei bisogni comunitari, ma più immediata è la possibilità di prender parte al procedimento, sindacare la coerenza con gli obiettivi, che essendo più vicini si fanno più concreti, concretare l'azione proceduralmente.

3.3.3.3. Se è comune a qualunque amministrazione pubblica l'autonomia dalla politica⁶⁹, ciò

⁶⁵ G. PASTORI, *Gli enti comunitari. Profili generali*, in *Archivio ISAP 1962*, Milano, Giuffrè, 1962, ora in *Scritti scelti*, cit., 1.

⁶⁶ G. PASTORI, *Diritti della persona e interesse della collettività...*, cit., 220-221.

⁶⁷ G. PASTORI, *Riforme istituzionali e concezioni dell'amministrazione*, cit., 545.

⁶⁸ È quasi inutile la citazione di G. PASTORI, *La procedura amministrativa. Introduzione generale*, in *Archivio ISAP 1964*, Milano, Giuffrè ed ora in *Scritti scelti*, cit., 81.

⁶⁹ È da sottolineare la grande importanza del contributo di F. FOLLIERI, *Politica e amministrazione*, cit., 109, ove

è ancor più vero per quella civica. Allo stesso modo, proprio la Regione è sempre stata avvertita come luogo nel quale la politica potesse atteggiarsi in modo specifico, più adeguato alla rappresentanza sociale, in grado di rompere la dinamica centralista delle segreterie nazionali delle diverse forze politiche. Se l'amministrazione cessa di identificarsi «con la stessa funzione di governo o con l'azione dell'organizzazione di governo sulla società»⁷⁰, quest'ultima non potrà che reclamare autonomia dalla politica⁷¹, autonomia dalla politica delle organizzazioni nazionali di partito o movimento che siano.

Se la Costituzione disegna l'amministrazione «come funzione distinta rispetto alla funzione politica e di governo»⁷² e le assicura autonomia, come non vedere la straordinaria crisi delle autonomie, nella movenza centralizzatrice che si accompagna con la loro attuale dimensione di riproduzione in minore delle dinamiche politiche nazionali, con l'emergenza⁷³ e più in generale con l'avvertirsi le autonomie come luogo di inefficienza, ritardo o perfino contraddizione dei diritti fondamentali – ed esercizio alla loro compressione in misura superiore rispetto a quanto fatto dal Governo centrale.

3.4. Si aprono spazi molto ampi per una riflessione sul sistema delle autonomie, che i giuristi – e questa *Rivista* in particolare – hanno il dovere di cogliere.

si distingue la relazione tra attività politica ed amministrativa e quella (che viene colpita dalle osservazioni del testo) tra gli organi politici ed amministrativi. In questa seconda, la Costituzione assicura autonomia ed il legislatore ha cercato il bilanciamento tra strumentalità e di imparzialità, secondo un modello ispirato al principio di separazione tra politica e amministrazione sul piano delle funzioni e delle responsabilità, pur prevedendo raccordi e sistemi di influenza ancora piuttosto significativi. Ne deriva un'ibridazione che pone serie questioni sia sul fronte della responsabilità che della selezione dei dirigenti, rispetto alla quali il contributo in questione indica sapientemente soluzioni. Si deve leggere anche G. TACCOGNA, *cit.*, 145, che in un ampio e profondo testo affronta il problema della regolazione giuridica dell'attività politica, nella relazione anche con la garanzia dell'amministrazione, sicché si traggono le ragioni per le quali dalla Costituzione non emergono limitazioni o divieti ad una regolazione giuridica sistematica ed incisiva della politica, per individuare quegli elementi che, in costituzione, sembrano indicare l'esigenza di una sua regolazione a vantaggio dell'autonomia, stabilità ed efficacia dell'amministrazione. Sul tema serve rinviare, comunque, a M. MONTEDURO, *L'organizzazione amministrativa: riflessioni sul pensiero di Domenico Sorace*, in questa *Rivista*, 1/2020, 545, particolarmente da 555 a 559.

⁷⁰ G. PASTORI, *Riforme istituzionali e concezioni dell'amministrazione*, *cit.*, 540.

⁷¹ G. PASTORI, *Amministrazione pubblica*, *cit.*, 211.

⁷² G. PASTORI, *Riforme istituzionali e concezioni dell'amministrazione*, *cit.*, 544.

⁷³ Fondamentale è la lettura di G. CORSO, *Emergenza e organizzazione*, in questa *Rivista*, 2/2020, 13

4. Le autonomie sociali ed il problema della relazione pubblico-privato.

4.1. Di ancora maggiore rilievo teorico, almeno a mio modo di vedere, è il problema del pluralismo sociale, delle autonomie che pongono in essere attività organizzata per fini pubblici e che, tuttavia, restano estranee al perimetro degli enti pubblici.

Su questo terreno ci si muove ancora in modo incerto, nonostante si tratti di amministrazione pubblica in senso oggettivo che non solo si radica con coerenza immediata nella sovranità popolare, che non solo gode di un espresso riconoscimento costituzionale e di una specifica disciplina, ma che si colloca nel centro del riconoscimento dei diritti della persona («nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità») e dell'uguaglianza (giacché «È compito della Repubblica», non dello Stato, «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana»). Purtuttavia, si tratta di un profilo che rimane problematico.

Mi era sembrato necessario⁷⁴ proporre al nostro dibattito l'idea che una porzione significativa dell'organizzazione per fini pubblici si trovasse fuori del perimetro della soggettività pubblica, non solo in ragione della previsione di cui all'art. 118 Cost., stante la sua sintonia con le disposizioni che si leggono all'art. 33 Cost., agli artt. 41 e 43 Cost. (con riferimento ai servizi pubblici), all'art. 45 relativamente alla cooperazione sociale, all'inattuato art. 46 ed all'art. 47 relativamente alla disciplina del risparmio. Rispetto a quella prospettiva, che collocava l'esercizio delle funzioni poste in essere direttamente dalla società nell'ambito della libertà di soggetti interamente retti dal diritto privato, con regole di relazione con l'amministrazione pubblica date dalla partecipazione alla funzione di programmazione, dalla regolazione pubblicistica della loro attività, dall'eventuale convenzionamento o dall'esistenza di accordi, dai controlli e vigilanza di istituzioni pubbliche sulla loro attività. In questo senso, sul versante delle relazioni tra organizzazione in senso soggettivo ed oggettivo, si colloca il superamento della centralità della persona giuridica pubblica (dell'ente pubblico), non tanto per via della natura oggettiva ed obiettività dell'organizzazione soggettivamente pubblica, quanto perché l'organizzazione pubblica è per tratti essenziali esterna

⁷⁴ L. R. PERFETTI, *Organizzazione amministrativa e sovranità popolare. l'organizzazione pubblica come problema teorico, dogmatico e politico*, in questa *Rivista*, 1/2019, 7.

all'autorità.

In questo senso è preziosa la correzione che il dibattito ha portato a quell'assunto troppo rigido. Come rilevato anche nel dibattito relativo alle regole dell'economia, v'è un tratto di straordinario interesse. Infatti, i soggetti privati che svolgono, nell'ambito della sussidiarietà orizzontale, funzione pubblica ricevono alterazioni della loro organizzazione da parte della regolazione pubblica⁷⁵.

Si tratta di un elemento che non stupisce a fronte delle ipotesi nelle quali l'organizzazione privata agisce su incarico dell'amministrazione pubblica e *«ciò che impedisce che si determini un affievolimento delle garanzie dei cittadini è la procedimentalizzazione dell'attività, derivante dalla sottoposizione della stessa a quella trama di principi che definisce lo statuto del cittadino con riguardo all'azione amministrativa»*⁷⁶. Esclusa l'attività di indirizzo politico – più difficile da scorgere per le ipotesi nelle quali sia direttamente la legge ad incaricare il soggetto privato di una data attività – l'investitura *«di soggetti privati nella titolarità/nell'esercizio anche di funzioni amministrative discrezionali»*⁷⁷ sarà sempre possibile.

Al netto del fatto che la stessa possa essere qualificata come sostituzione – tema da sempre discusso, ad esempio, in capo al concessionario e che mi trova dissenziente, ancorché collocandomi sul versante della dottrina sicuramente minoritaria e che mi pare non essere decisivo nella ricostruzione con la quale ci si confronta⁷⁸ – certo è interessata dall'obbligo di mantenere inalterato il livello delle garanzie desumibile dall'art. 1, comma I *ter*, l. 7 agosto 1990, n. 241 e dall'art. 7, comma II, C.P.A.

A mio modo di vedere, però, il punto centrale del contributo si colloca nella constatazione che mentre nei casi nei quali il soggetto privato interviene su incarico dell'amministrazione in senso soggettivo la doverosità della cura dell'interesse pubblico interviene principalmente – ma, a me pare di dover aggiungere, non esclusivamente – sul versante della necessaria sottomissione a regole

⁷⁵ Come chiaramente dimostrato da A. 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'*, in questa Rivista, 1/2020, 161

⁷⁶ A. MALTONI, *op.ult.cit.*, 169.

⁷⁷ A. MALTONI, *op.ult.cit.*, 174.

⁷⁸ Perché a A. MALTONI, *op.ult.cit.*, «non (...) 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», 169.

pubblicistiche relative all'attività – essendovene anche di natura organizzativa, tuttavia; basterebbe l'esempio del gestore indipendente nelle imprese verticalmente integrate nel settore dell'energia –, quando invece ci si trovi alla pura attività di rilievo pubblico del privato nel senso della sussidiarietà orizzontale, «*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*»⁷⁹. Non mi pare che la normativa relativa ai poteri speciali del Governo quanto agli assetti proprietari delle società strategiche e d'interesse nazionale (cosiddetti *golden powers*) sia un esempio convincente, giacché codeste società strategiche e d'interesse nazionale possono non avere nulla a che fare con l'organizzazione privata per fini pubblici (infatti, stante l'estensione delle norme in materia, esse ricolorendone attività produttive anche molto lontane da quelle che possano essere ricondotte all'art. 118 Cost.).

L'idea che «*l'organizzazione dei soggetti privati assuma un rilievo nel caso in cui questi svolgano una funzione pubblica*» è confermata anche da altri preziosi e profondi contributi⁸⁰, che comprovano con esempi tratti dalla normativa primaria quest'idea⁸¹ e che consentono di sostenere che queste regole organizzative – qualificate come di garanzia – possano essere agite nei confronti dell'organizzazione privata di rilievo pubblico anche dai terzi⁸².

È certamente molto promettente la prospettiva di riflettere su quanto l'organizzazione dei soggetti privati che esercitino «*attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà*», sia per incarico pubblico che spontaneamente e con adeguatezza, venga condizionata per il fatto di svolgere quell'attività, in ragione di norme che espressamente introducano limiti e vincoli a quelle organizzazioni.

⁷⁹ A. MALTONI, *op.ult.cit.*, 178.

⁸⁰ I. PIAZZA, *L'organizzazione dei soggetti privati incaricati di pubbliche funzioni e i riflessi sul regime degli atti*, in questa Rivista, 1/2019, 159.

⁸¹ In particolare, I. PIAZZA, *op.ult.cit.*, si sofferma su due esempi di conformazione dell'organizzazione privata dati l'uno, dalla disciplina legislativa delle SOA e l'altro, dalle ipotesi di imposizione a soggetti privati della presenza del responsabile del procedimento. L'analisi di queste fattispecie consente di indicare «*i profili di possibile assimilazione dell'organizzazione privata con quella pubblica, laddove il privato svolga un'attività amministrativa e laddove le esigenze di garanzia dei cittadini lo richiedano, ma si mettono in luce anche le ineliminabili differenze*».

⁸² I. PIAZZA, *op.ult.cit.*, 174, ove si osserva anche che «*Ciò conferma, del resto, il nesso ineludibile tra organizzazione e attività. Se la prima è origine e matrice della seconda e se già nel momento organizzativo si realizza la tutela degli interessi rilevanti, ciò deve valere anche per l'esercizio privato di pubbliche funzioni: l'autonomia organizzativa privata incontra, di conseguenza, una serie di limiti derivanti dal tipo di attività svolta*».

Il progresso della riflessione nella prospettiva della sussidiarietà orizzontale è venuto anche da chi⁸³ lo ha articolato nel perimetro, sempre discusso, del regime delle Università libere come forma, anch'esse, di «*amministrazione diffusa nella società*»⁸⁴.

A mio modo di vedere, oltre alla profonda riflessione sulle Università private riconosciute, è rilevante la notazione per la quale la legislazione mostra frequenti ipotesi di divieto all'amministrazione pubblica in senso soggettivo di intervenire laddove quell'amministrazione diffusa della società sia operante (come per il d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 ove impedisce la presenza di società in controllo pubblico laddove sia efficiente il mercato e, soprattutto, richiedendo stringenti giustificazioni per conservarla nei «*settori di economia sociale*»⁸⁵).

Se sono presenti interventi che, in modo più tradizionale, vanno nella direzione – diffusa in giurisprudenza – dell'assorbimento della soggettività privata nell'ambito di quella degli enti pubblici⁸⁶, laddove svolga «*attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà*», anche ci abbia cara la centralità dell'amministrazione in senso soggettivo ha fornito chiarimenti fondamentali⁸⁷. Al netto della questione dell'attività di diritto privato dell'amministrazione, importa qui riferirsi a quelle riflessioni che si svolgano sul versante schiettamente organizzativo, terreno sul quale non si identificano ipotesi specifiche, condividendo invece l'idea che «*l'organizzazione dei soggetti privati che esercitano attività amministrative*» debba essere «*quella più idonea all'esercizio delle attività conferite*»⁸⁸; si tratta di un'idea pericolosa per almeno due ragioni: anzitutto, nella sua genericità rischia di legittimare interventi pubblicistici sull'organizzazione del privato non facilmente definibili *ex ante*; in secondo luogo, e più ancora, ciò potrà valere solo per quelle attività di rilievo pubblico che l'amministrazione pubblica in senso soggettivo attribuisca, conferendole o delegandole, a soggetti privati, giacché sul terreno della sussidiarietà orizzontale non potrà darsi “conferimento”. In questa

⁸³ B. GILIBERTI, *L'amministrare in senso oggettivo tra libertà e funzione. Riflessioni a margine di un recente caso in materia di libere università*, in questa Rivista, 1/2019, 71.

⁸⁴ G. PASTORI, *Tendenze recenti della pubblica amministrazione italiana*, in *Annuario 2009 dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 361.

⁸⁵ B. GILIBERTI, *op.ult.cit.*, 78.

⁸⁶ M. D'ARIENZO, *Crisi e riscatto delle funzioni serventi degli Ordini e dei Collegi professionali*, in questa Rivista, 1/2019, 393.

⁸⁷ E. ZAMPETTI, *Riflessioni in tema di soggettività e attività amministrativa di diritto privato e principio di sussidiarietà orizzontale*, in questa Rivista, 2/2019, 339.

⁸⁸ E. ZAMPETTI, *op.ult.cit.*, 352.

seconda prospettiva, sono certamente rilevanti le riflessioni volte a definire il contenuto dell'enunciato «attività d'interesse generale»⁸⁹, che viene inteso in senso procedurale. Non convince l'idea che sia necessario che «quella determinata attività sia concretamente ritenuta d'interesse generale dagli apparati pubblici di riferimento»⁹⁰, perché – ripetendo *a contrario* il modello del servizio pubblico facoltativo – si determinerebbe la circostanza per la quale un'attività di interesse generale, esercitata nell'ambito di una fondamentale libertà costituzionale, tale sarebbe solo a fronte del riconoscimento pubblico, sicché basterebbe all'organizzazione pubblica in senso soggettivo non operare questo riconoscimento per sostituirla con un esercizio soggettivamente pubblico, sottraente peraltro al soggetto privato la possibilità di dolersene in giudizio perché l'attività posta in essere da quest'ultimo, in quanto non riconosciuta dall'ente pubblico, non sarebbe di interesse generale.

La sostanza è se l'attività di interesse generale, anche alla luce della predeterminazione dei fini pubblici con atti programmatici, sia autonomamente conoscibile dalle organizzazioni private ovvero diventi tale solo a fronte del riconoscimento da parte dell'ente pubblico, conseguente anche alla verifica dell'idoneità dell'organizzazione⁹¹. Si tratta di temi concettualmente non troppo differenti da quelli che si pongono intorno all'idea del servizio pubblico in senso oggettivo, tant'è che, come già accennato, l'idea che «in una prospettiva assiologica o di concezione oggettiva del potere», pur a fronte di «bisogni progressivamente emergenti nel tessuto sociale» resti «pur sempre necessaria una sintesi dell'apparato pubblico, affinché quei bisogni assurgano realmente ad interesse generale»⁹² sembra ricalcare il percorso delle attività di servizio pubblico che possono essere assunte dall'ente pubblico, sicché secondo le concezioni soggettive del servizio pubblico queste stesse attività, pur identiche prima e dopo l'assunzione, sia quanto all'attività che all'organizzazione, fino da un istante prima dell'assunzione sarebbero attività privata priva di alcun rilievo pubblico per divenire servizio pubblico solo in ragione del fatto che l'ente abbia assunto quell'attività nel perimetro dei servizi

⁸⁹ E. ZAMPETTI, *op.ult.cit.*, da 352.

⁹⁰ E. ZAMPETTI, *op.ult.cit.*, 353.

⁹¹ Per E. ZAMPETTI, *op.ult.cit.*, 354, «Una volta, poi, che l'attività sia riconosciuta d'interesse generale, il soggetto pubblico deve verificare se, per quella stessa attività, i soggetti privati astrattamente disponibili ad esercitarla siano concretamente "capaci" di svolgerla in maniera adeguata, efficace ed efficiente».

⁹² Per E. ZAMPETTI, *op.ult.cit.*, 363.

pubblici.

4.2. Ribadendo l'estremo interesse del dibattito che si è fin qui sviluppato, a mio modo di vedere il profilo della sussidiarietà orizzontale presenta ancora larghi terreni di esplorazione ed, in particolare, sembra fruttuoso il cammino lungo il quale, dal punto di vista strettamente organizzativo, si sono iniziate a cogliere forme organizzative che s'impongono ai privati laddove svolgano attività d'interesse generale.

Le alterazioni della libertà organizzativa dei privati sembrano omogenee a quelle che intervengono su attività puramente private che non sono da ricondursi all'interesse generale e che, tuttavia, per il fatto di essere esposte ad una pluralità di destinatari ed assumere rilievo indiretto rispetto a diritti e pretese della comunità, mostrano atteggiamenti omogenei (seppur non eguali) alle conformazioni dell'organizzazione privata di interesse pubblico che derivano direttamente dalla legge o da fonti normative generali, e sembrano essere entrambe coerenti con quelle alterazioni della struttura organizzativa che subiscono le imprese incaricate di attività da enti pubblici in forza di provvedimenti di assegnazione. Si tratta di un terreno ancora in buona parte da percorrere, per comprendere se esistano tratti oggettivi di organizzazione che corrispondono al rilievo pubblico o almeno (con termine meno ambiguo) generale dell'attività.

5. L'amministrazione soggettivamente pubblica in forma privata.

5.1. L'esigenza di riprendere la riflessione sull'organizzazione pubblica – ed in particolare sulla costruzione costituzionale del suo concetto e delle sue regole⁹³ – ha fortunatamente tenuto il dibattito della *Rivista* dalla questione delle organizzazioni pubbliche con regimi di diritto privato.

Si tratta di temi ai quali la letteratura di diritto pubblico si è ampiamente dedicata negli ultimi anni, cogliendo certamente le diverse movenze organizzative, i problemi sistematici, le questioni interpretative ed applicative, la relazione con i compiti di interesse o servizio pubblico. Riavviare una riflessione significa anche non tornare sui temi che presentano minore urgenza, sicché di questo

⁹³ Tentativo che ho provato ad impostare con il lavoro di apertura L. R. PERFETTI, *Organizzazione amministrativa e sovranità popolare. l'organizzazione pubblica come problema teorico, dogmatico e politico*, cit.

profilo del dibattito v'è da essere soddisfatti.

5.2. Il che non significa che si tratti di profili non presentano problemi, anche gravi. Dovendone indicare almeno uno⁹⁴, credo non si possa sottacere come, sulla base di una visione quasi mistica dell'interesse pubblico⁹⁵, fornendone letture pervasive e sempre prive dell'identificazione del concetto, aggettivandolo sempre come superiore, molta parte della giurisprudenza – con non irrilevante seguito dottrinale – sia pronta a sfigurare gli istituti privatistici, piegandoli a riletture pubblicistiche – talora per giungere alle stesse soluzioni di regime e, quindi, inutilmente – funzionali ad attrarre nella sfera del potere discrezionale atti, contratti, organizzazioni o anche semplici comportamenti altrimenti regolati dal diritto privato. Non si fatica a capire l'importanza del problema: anche trascurando il dato di incertezza del diritto ed imprevedibilità delle decisioni giurisdizionali che ne conseguono, resta che la valutazione di interesse pubblico interviene nel momento dell'elezione dello strumento privatistico come efficace e coerente con l'obiettivo da perseguire, sicché queste devastazioni del regime previsto dalla legge – in nome del superiore interesse pubblico o di una sua immanenza organizzativa – non sono se non la contraddizione dell'interesse pubblico stesso, giacché laddove si scelga una formula organizzativa (ad esempio quella della società di capitali) il regime che la riguarda è parte essenziale di quella decisione e della sua coerenza con l'obiettivo – questo sì di pubblico interesse – che si intende perseguire.

6. Il governo dell'economia.

6.1. Di non minore interesse sono le riflessioni che misurano i concetti dell'organizzazione pubblica nel settore dell'economia. Si tratta, infatti, di un ambito di disciplina che, più di altri, ha

⁹⁴ Ho provato ad indicarne i termini in L. R. PERFETTI, *Le imprese pubbliche holding. Osservazioni sul problema del rilievo dell'interesse pubblico nella partecipazione a società di capitali da parte di enti pubblici*, in *Diritto amministrativo e società civile. Volume III - Problemi e prospettive*, Bologna, Bononia University Press, 2020, 249 e ID., *Cerbero e la focaccia al miele. Ovvero dei pericoli del processo amministrativo e delle sue mancate evoluzioni*, in *Il Processo*, 2020, 429.

⁹⁵ Preziosi in questa direzione sono i contributi demistificanti il ruolo dell'interesse pubblico nell'organizzazione di Domenico SORACE, che sono puntualmente ricostruiti da M. MONTEDURO, *op. ult. cit.*, 552.

sùbito profonde trasformazioni negli ultimi decenni, passando – per proporre una semplificazione eccessiva – dall'intervento diretto massiccio dei pubblici poteri ad una pervasiva estensione della regolazione dell'attività dei privati.

Si tratta di organizzazioni che più di altre hanno subito l'iniziativa di norme ed organizzazioni sovranazionali, dell'Unione Europea soprattutto⁹⁶, segnandosi così un'altra tendenza accentratrice; mentre la società arretra, le istituzioni del pluralismo stentano a trovare una loro dimensione pubblica e le autonomie locali e regionali manifestano una crisi inedita, organizzazioni e competenze si accentrano al livello statale ed europeo ed, in entrambi questi poli, vengono attratte dagli Esecutivi a scapito dei restanti poteri⁹⁷. Se questo movimento è indubbiamente riconoscibile, è però difficile negare come l'Unione Europea, nella sua disciplina e nell'orientamento delle sue organizzazioni, indichi con chiarezza nella persona, nel soggetto portatore di diritti il suo obiettivo di promozione e di tutela. Ciò è straordinariamente evidente nel settore bancario, sicché se entrambe le funzioni – di vigilanza prudenziale e monetaria – che avevano costruito la centralità della banca nazionale e legittimato il procedimento euristico della teoria dell'ordinamento sezionale del credito⁹⁸ sono ora di nuovo concentrate nella BCE, d'altro canto la sua azione e, soprattutto, la disciplina europea di questi anni travolgono quell'interpretazione, giacché appare chiaro l'orientamento alla tutela del consumatore dei servizi bancari come punto centrale dell'azione ed alla garanzia della stabilità del sistema come strumento per assicurare le funzioni – anche di protezione dei diritti individuali e, soprattutto, di quelli sociali – che si accompagnano al risparmio, la rotta concreta di azione. D'altro canto, gli stessi strumenti di azione dei pubblici poteri nei confronti di un'organizzazione economica sempre più lasciata all'iniziativa privata in un ambiente regolato, pongono problemi rilevanti sul versante dell'organizzazione (ed, in modo non secondario, sulle garanzie d'indipendenza della stessa), nella ancora insufficiente definizione dell'attività di

⁹⁶ A. CLINI, *Funzione monetaria e organizzazione nell'Unione Europea*, in questa *Rivista*, 1/2020, 103, che assume proprio la dimensione organizzativa delle istituzioni europee e la natura obiettivata della funzione monetaria come elementi di ricomposizione di una ricostruzione che chiarisce le ragioni per le quali l'organizzazione pubblica e le misure di intervento dell'autorità sono in concreto rese funzionali al godimento della libertà economica e dei diritti delle persone.

⁹⁷ G. CORSO, *Emergenza e organizzazione*, in questa *Rivista*, 2/2020, 13.

⁹⁸ A. CLINI, *Ordinamento sezionale del credito e diritti fondamentali della persona*, in questa *Rivista*, 1/2019, 137, che mostra, tuttavia, anche motivi di preoccupazione rispetto alla concentrazione di poteri.

regolazione – e della non irrilevante confusione con quella *command-and-control*⁹⁹.

Del resto, la stessa dislocazione dell'organizzazione pubblica principalmente sul versante della disciplina del mercato, della regolazione, della programmazione e successiva abilitazione di attività economiche, non sembra più indiscussa, stante il mutamento di rotta delle politiche comunitarie e l'intensità dell'intervento nel processo economico conseguente all'emergenza che, se non alimenta eccessivamente le preoccupazioni di nuovo esercizio diretto di azione imprenditoriale pubblica, certamente interviene in modo molto significativo su un fattore organizzante qual è il debito pubblico¹⁰⁰. Anche senza una sincera adesione alle premesse ordoliberalistiche di chi ha posto quest'ordine di problemi (sicché «*affinché l'intervento pubblico possa risultare coerente con il quadro costituzionale eurounitario esso dovrebbe realizzarsi "senza intervenire negli apparati del mercato creando perturbazioni"*» e al solo fine di assicurare il rispetto delle «*condizioni per il corretto funzionamento dell'ordine concorrenziale del mercato*»¹⁰¹), non si fatica a cogliere il rilievo del debito pubblico sull'organizzazione amministrativa, come vero e proprio fattore ordinante, giacché l'abbandono del pareggio di bilancio non può che porre un tema di sostenibilità del debito nel tempo e, quindi, di tenuta dell'organizzazione di prestazione (sanitaria o scolastica, ad esempio) a fronte dell'obbligo di restituzione dei prestiti.

Forse ancor più rilevante contributo per lo studio dell'organizzazione pubblica viene da quelle indagini¹⁰² che hanno messo in luce come anche l'organizzazione puramente privata assume regole di azione, modelli organizzativi e relazioni interorganiche o intersoggettive difforni da quelle destinate ad operare nello spazio della pura autonomia quando, come per l'impresa bancaria, debba assolvere – indipendentemente dall'impatto della regolazione – funzioni di interesse sovra-individuale o addirittura generale – come la protezione del risparmio. Si trova su questo crinale non tanto la conferma della pubblicizzazione dei processi produttivi privati, confondendo regimi ed alterando istituti – come accade per l'esercizio di attività dei soggetti pubblici attraverso forme

⁹⁹ A. GEMMI, *La golden power come potere amministrativo. Primi spunti per uno studio sui poteri speciali e sul loro rafforzamento*, in questa Rivista, 1/2020, 321.

¹⁰⁰ F. G. ANGELINI, *L'impiego delle risorse del Recovery Fund tra conformità all'ordine giuridico-economico europeo e funzione discorsivo-razionale del diritto pubblico*, in questa Rivista, 2/2020, 219.

¹⁰¹ F. G. ANGELINI, *op. ult. cit.*, 226.

¹⁰² R. CALDERAZZI, *La funzione dell'organizzazione nell'impresa bancaria*, in questa Rivista, 1/2019, 261.

organizzative privatistiche – quanto piuttosto un interessante elemento strutturale, sicché sembra potersi dire che il rilievo sovra-individuale della funzione esercitata tende a modellare l'organizzazione quale che sia la sua soggettività; pur senza sovraccaricare questo risultato di significati che possono derivare anche da altri fattori, se ne ricava che l'esame della relazione tra funzioni e modelli organizzativi sia non meno fruttuosa rispetto a quella, da sempre ritenuta decisiva, tra questi ultimi e la soggettività pubblica o privata.

6.2. Le linee lungo le quali può progredire questa riflessione non spettano al puro pubblicista. Tuttavia, sembrano doversi indicare due direzioni lungo le quali disciplinare lo sguardo, come portato di quanto fin qui emerso.

Da un lato, infatti, la minore rigidità dei modelli culturali e l'adattabilità ai problemi della cronaca che la disciplina pubblica del processo economico offre sembra un laboratorio di grande interesse per misurare concetti e regole destinate ad operare anche nel quadro più strutturato del diritto pubblico in quanto tale.

Da altro lato, sembra molto fruttuosa la prospettiva di misurare i modelli organizzativi anche in ambienti di diritto privato, per verificare se non vi siano strutture concettuali e regole destinate a valere non per ragione del soggetto che pone in essere l'organizzazione ma a motivo degli interessi che questa deve gestire e proteggere.

7. Per la prosecuzione del percorso.

Mancanze e ricchezza di quanto fin qui è emerso, sembrano dipendere da un'origine comune; infatti, il metodo di porre ricostruzioni generali non occasionali a base del confronto e lasciare che poi questo si sviluppi secondo gli interessi dei singoli studiosi, con metodo aperto, in dialogo, senza tacere differenze ed anzi approfondendole come elemento di progresso nella comprensione ed soluzione dei problemi genera risultati insperati e, ad un tempo, lascia fronti scoperti, determina mancanze. Non è un metodo migliore di altri; ma è quello che ci è parso e ci pare più adeguato alla categoria di problemi da studiare ed al tempo presente.

In ogni caso, i risultati già emersi, l'urgenza dei problemi da affrontare e la capacità di stimolare una riflessione più ampia, al di fuori di chi dialoga con la *Rivista*, sono tutte ragioni che consigliano di proseguire la marcia, di non rinunciare ai suoi punti di partenza e non definire quelli di approdo.

MASSIMO MONTEDURO
Professore Associato di Diritto Amministrativo presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche
dell'Università del Salento
massimo.monteduro@unisalento.it

IL FUNZIONARIO PERSONA E L'ORGANO: NODI DI UN PROBLEMA

THE FUNCTIONARY AS A HUMAN PERSON AND THE ORGAN: AN UNRESOLVED PROBLEM

SINTESI

L'articolo mostra come uno dei principali, più antichi e resistenti dogmi che la dottrina ha tradizionalmente associato alla teoria dell'organo, ossia la *fiction* della c.d. immedesimazione organica, non sia difendibile nel quadro dei principi costituzionali sull'amministrazione pubblica. L'immedesimazione organica, consistendo in un'artificiale de-umanizzazione che dissolve la soggettività e nega l'alterità del funzionario persona rispetto all'ente pubblico nei rapporti giuridici con i cittadini, appare incompatibile con il primato della persona umana fuori e dentro l'organizzazione amministrativa. Nelle conclusioni, viene proposta un'ipotesi di lavoro per una teoria dell'organo depurata dal dogma dell'immedesimazione organica e revisionata nella sua configurazione.

ABSTRACT

This paper argues that one of the main, eldest and most resistant dogmas that legal scholars have traditionally associated with the organic theory, namely the legal fiction of the so-called *immedesimazione organica* (identification doctrine), is indefensible within the framework of the constitutional principles on public administration. The identification doctrine, consisting in an artificial de-humanisation that dissolves subjectivity and denies the otherness of the functionary as a human person with respect to the juristic person, appears to be incompatible with the primacy of the human person both outside and inside the administrative organisation. In the conclusions, a working hypothesis is proposed for rethinking the organic theory and cleansing it of the dogma of identification doctrine.

PAROLE CHIAVE: funzionario, organo, teoria dell'organo, immedesimazione organica, organizzazione amministrativa, persona

KEYWORDS: functionary, organ, organic theory, identification doctrine, administrative organisation, human person

INDICE: Premessa. – 1. Il dogma dell'immedesimazione organica come fulcro della teoria dell'organo e la sua persistenza. – 2. L'immedesimazione organica come eclissi del funzionario persona. – 3. Il contrasto tra la *fiction* dell'immedesimazione e la centralità del funzionario persona nel quadro della Costituzione. Le tendenze alla ri-personalizzazione del rapporto amministrativo. – 4. Un'ipotesi di lavoro per la revisione della teoria dell'organo.

«[...] il concetto di organo è sempre più forte e più denso di significati di quello di persona giuridica. Se questa perde di smalto, se non altro perché è portata a calarsi e confondersi tra tutte le persone giuridiche, comprese quelle di diritto privato, l'organo conserva meglio il mistero dello stato, e cioè di una unità pensata, più che finta, perché voluta o creduta. Tutto l'insistere della dottrina pubblicistica sull'organo denuncia questo preciso avvertimento. Se cade l'organo, si va a rischio di scoprire il nulla e lo si deve tenere in piedi [...] il diritto pubblico non è che un linguaggio speciale, cui aderiscono degli apparati o che questi apparati custodiscono ed esprimono. I dogmi della persona e dell'organo sono a loro volta le custodie di questo linguaggio, che appunto ha forza fintantoché è creduto» (G. BERTI, *La parabola della persona Stato (e dei suoi organi)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno. Itinerari moderni della persona giuridica*, [11-12, n. 2], 1982/1983, pp. 1011-1012).

«in astratto, organo potrebbe essere anche uno schiavo [...] come sta a indicare la stessa parola organo, il suo principale ed essenziale carattere distintivo non sta nella sua funzione, ma prima ancora nella sua compenetrazione con un ente giuridico, il quale ha posseduto degli organi quando si è voluto che esso agisse direttamente e immediatamente, ricorrendo, per il raggiungimento dei suoi fini, a persone che, prestandogli la propria volontà e la propria attività, scompaiono, per così dire, negli ingranaggi della sua compagine, trasformandosi in mezzi idonei a farlo volere e agire. O il concetto di organo si accetta con questi estremi o lo si respinge: configurato altrimenti, non ha più senso e si distrugge, se pure non diventa un mostro giuridico, ibrido e deforme» (S. ROMANO, *Organi*, in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, p. 155 e p. 166).

Premessa.

La Rivista *P.A. Persona e Amministrazione*, sin dal suo primo numero, ha offerto importanti contributi per un ripensamento dei presupposti e delle categorie della teoria dell'organizzazione amministrativa, rileggendo quest'ultima nella prospettiva dell'amministrazione al servizio della persona. Il dibattito, plurale e aperto, è stato arricchito ed ulteriormente animato dai Convegni di Urbino del triennio 2018-2020¹.

Anche la teoria dell'organo, essendo al cuore della teoria dell'organizzazione, è stata investita da questa discussione.

Solo per citare alcuni apporti, di particolare rilievo ai fini di quanto si dirà nel prosieguo, Luca Raffaello Perfetti ha ricordato come la nozione stessa di «organo» appartenga tuttora al novero dei concetti «controversi»², «più che discussi» oltre che «storicamente cangianti»³, il che incide sulle «due sequenze concettuali» fondamentali della teoria dell'organizzazione: quella «propria

¹ “*Organizzazioni, interessi pubblici e diritti?*”, Urbino, 20-21 settembre 2018; “*Diritti, funzione e organizzazione?*”, Urbino, 14-15 novembre 2019; “*Forme della sovranità della persona. Emergenze e poteri?*”, nella forma di ciclo di webinar svolti in data 26 giugno, 3 luglio, 25 settembre e 23 ottobre 2020 (visionabili nella sezione *Multimedia* di questa Rivista, al link <https://journals.uniurb.it/index.php/pea/multimedia>).

² L.R. PERFETTI, *Organizzazione amministrativa e sovranità popolare. L'organizzazione pubblica come problema teorico, dogmatico e politico*, in questa Rivista, n. 1/2019, p. 7 ss., citazione a p. 13. Si segnala sin d'ora la ricostruzione dell'origine e dell'evoluzione della teoria dell'organo, in relazione alle teorie della persona giuridica e alle concezioni della sovranità e dello Stato, che l'A. compie, con ampi e specifici riferimenti dottrinali, in particolare nelle note 4, 5, 32 e 33.

³ ID., *ivi*, p. 9.

dell'amministrazione in senso soggettivo e, cioè: [fine pubblico] ⊢ [persona giuridica pubblica] ⊢ [organizzazione] ⊢ [organo] ⊢ [funzionario]» e quella che «riguarda l'amministrazione in senso oggettivo, vale a dire: [fine pubblico] ⊢ [procedimento] ⊢ [competenza] ⊢ [organo] ⊢ [decisione/volontà]»⁴.

Pierpaolo Forte ha sottolineato la necessità di superare la stagione della «amministrazione-macchina» e di attivare invece, rispetto all'organizzazione amministrativa, «enzimi personalisti», nella prospettiva di una «*nuova rilevanza dell'elemento personale nella configurazione dell'ufficio-organo-decisore amministrativo*» secondo cui «non è irrilevante che all'ufficio Tale sia preposto Tizio o invece Caia, non sono indifferenti il portato personale, le attitudini, le esperienze, persino i tratti caratteriali che distinguono Mevia e Sempronio», perché «l'elemento personale [...] diviene dirimente in un'amministrazione che usa la ragionevolezza come criterio giuridico di validità delle proprie decisioni»⁵.

Massimiliano Bellavista, riflettendo sulla figura del responsabile del procedimento, ha osservato che «l'affermarsi della *persona fisica come protagonista dell'organizzazione* al posto dell'ufficio in senso giuridico [...] *pone certamente in crisi la figura dell'organo*»⁶.

Maria Cristina Cavallaro, nel «procedere alla verifica della tenuta del principio di immedesimazione organica, come criterio di imputazione della responsabilità», ha tra l'altro rilevato che «la ricerca, in capo al funzionario agente, dell'elemento soggettivo dell'illecito [...] postulando l'abbandono del principio della colpa *in re ipsa*, pone le premesse per il *superamento della teoria dell'immedesimazione organica* e, *più in generale, del processo di astrazione della persona giuridica*, di cui è figlia la metafora organicistica [...] è possibile *ritenere che l'evoluzione degli apparati amministrativi e dei modelli organizzativi delle pubbliche amministrazioni spinga nella direzione di un superamento del principio dell'immedesimazione organica*»⁷.

⁴ ID., *ivi*, p. 17 e ss..

⁵ P. FORTE, *Enzimi personalisti nel diritto amministrativo*, in questa Rivista, n. 1/2017, p. 63 ss., citazioni alle pp. 85, 94 e 103 (corsivi aggiunti).

⁶ M. BELLAVISTA, *La posizione organizzativa del responsabile del provvedimento e di quella del responsabile del procedimento*, in questa Rivista, n. 1/2019, p. 373 ss., citazione a p. 385 (corsivi aggiunti).

⁷ M.C. CAVALLARO, *Immedesimazione organica e criteri di imputazione della responsabilità*, in questa Rivista, n. 1/2019, p. 39 ss., citazioni alle pp. 44 e 50 (corsivi aggiunti).

Gli stimoli forniti dai citati saggi, unitamente a numerosi altri pubblicati sulla Rivista, hanno alimentato interrogativi ed ipotesi alla base delle riflessioni che seguono.

1. Il dogma dell'immedesimazione organica come fulcro della teoria dell'organo e la sua persistenza.

La longevità della teoria dell'organo è sorprendente: essa ha ampiamente dimostrato di riuscire ad attraversare – pressoché indenne – epoche storiche, movimenti culturali e contesti ordinamentali differenti, se non antitetici, tra loro.

Sin dalla sua genesi nelle note elaborazioni della dottrina tedesca del XIX secolo, è emerso con chiarezza il filo rosso della teoria, tramandatosi – con poche variazioni – sino ad oggi: «mentre la teoria della *rappresentanza* era costruita su di un rapporto *trilaterale* tra soggetto agente (rappresentante), soggetto portatore dell'interesse (rappresentato) e soggetto inciso dall'azione del rappresentante (terzo, nel caso di specie, qualunque cittadino), in base alla teoria *organica* poteva aversi un rapporto *bilaterale* tra il soggetto pubblico (la persona giuridica che agisce tramite l'organo) ed il privato cittadino destinatario dell'atto della persona giuridica [...] la relazione specifica tra organo e persona giuridica era, in tal modo, d'*immedesimazione organica* (*Organschaft*) nel senso che, come ciascun organo sta all'*interno* del corpo e non è cosa diversa, così gli organi pubblici non sono “altro” dalla persona giuridica pubblica (alterità che è invece tratto saliente della relazione tra rappresentante e rappresentato all'interno del rapporto di rappresentanza)»⁸.

Sebbene si debba all'ormai remota dottrina della seconda metà dell'Ottocento l'elaborazione compiuta, in termini dogmatici, del concetto di immedesimazione organica, quest'ultimo continua a resistere, nel suo nucleo duro, sino ad oggi, restando un fulcro della teoria dell'organo⁹ (la quale,

⁸ Così, nella sua ricostruzione della genesi e dell'evoluzione della teoria dell'organo, A. VIGNUDELLI, *Diritto costituzionale*, 5ª ed., Torino, 2010, p. 702.

⁹ Sul complesso dibattito che ha accompagnato, in Italia, la teoria organica, oltre alla bibliografia citata in L.R. PERFETTI, *Organizzazione amministrativa e sovranità popolare*, cit., note 4, 5, 32 e 33, nonché agli autori citati *infra* nelle note seguenti del presente contributo, si vedano almeno le indagini di A. DE VALLES, *Teoria giuridica dell'organizzazione dello Stato*, I, Padova, 1931, spec. p. 77 ss.; C. ESPOSITO, *Organo, ufficio, soggettività dell'ufficio*, in *Annali dell'Università di Camerino*, Sez. giuridica, vol. 6, Padova, 1932, spec. p. 257 ss.; U. FORTI, *Nozione e classificazione degli organi*, in *Studi di diritto pubblico*, 1937, p. 18 ss.; V. CRISAFULLI, *Alcune considerazioni sulla teoria degli organi dello Stato*, in *Arch. giur.*, 1938, p. 81 ss.; S.

unitamente al modo di concepire la persona giuridica pubblica, è stata semmai in gran parte 'alleggerita' delle immagini pittoresche del marcato antropomorfismo delle origini¹⁰, che potrebbero apparire forse ingenui agli occhi di un osservatore distratto del XXI secolo ma che, invece, come ben noto, avevano radici e giustificazioni precise nell'esperienza giuridica e, più in generale, nella temperie politica e culturale di quell'epoca). Scriveva Otto von Gierke, a proposito della radicale differenza tra rappresentanza e teoria organica: «qui non si tratta della rappresentanza di una persona in sé conchiusa tramite un'altra persona in sé conchiusa [...] quando l'organo opera nel modo dovuto all'interno della sua sfera di competenza, è in realtà l'unità vivente del Tutto che agisce [...] qui viene meno il concetto del contratto, per mezzo del quale soggetti fra loro estranei si accordano su un comune contenuto di volontà, che pongono come norma vincolante della loro condotta»; ne deriva che non vi è alcuno spazio per l'individualità del funzionario-organo come persona umana, in quanto l'organo

ROMANO, *Organi*, in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, p. 145 ss.; L. RAGGI, *Ancora sul concetto di organo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, p. 301 ss.; S. FODERARO, voce *Organo (teoria dell')*, in *Nss. Dig. it.*, XII, 1968, p. 214 ss.; ID., voce *Organo delle persone giuridiche pubbliche*, in *Nss. Dig. it.*, XII, 1968, 223; S. AGRIFOGLIO – L. ORLANDO, *Teoria organica e Stato-apparato*, Palermo, 1979; M.S. GIANNINI, voce *Organi (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, p. 37 ss.; G. BERTI, *La parabola della persona Stato (e dei suoi organi)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno. Itinerari moderni della persona giuridica*, [11-12, n. 2], 1982/1983, p. 1001 ss.; P. COSTA, *Lo Stato immaginario: metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento*, Milano, 1986, spec. p. 65 ss.; A. MASSERA, *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel diritto amministrativo. I. Stato-persona e organo amministrativo. Profili storico-dogmatici*, Milano, 1986, spec. p. 218 ss.; G. MARONGIU, *Funzionari e ufficio nell'organizzazione amministrativa dello Stato*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, Milano, 1987, p. 393 ss.; ID., voce *Organo e ufficio*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1990. Secondo B. SORDI, *Rappresentanza, organo, organizzazione: l'itinerario del diritto amministrativo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, (37) 2008, p. 187 ss., p. 200, nota 44, «il primo a importare la nozione, con taglio sistematico, nel diritto pubblico italiano» fu V.E. ORLANDO, in *Principii di diritto amministrativo*, 2ª ed., Firenze, 1892, spec. p. 46 ss.

¹⁰ Basti pensare all'esaltazione della personalità giuridica dello Stato quale «tutto organico, cioè avente una vita propria benché risultante da quella delle parti che partecipano alla vita dell'intero»: così L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1892, p. 28. Ancor prima, e se possibile con toni ancor più marcati, F. PERSICO, *Principii di diritto amministrativo*, vol. I, Napoli, 1875, p. 7 e p. 18: «la verità è che lo Stato è una cosa viva [...] è vivo d'una vita di ordine superiore, un tutto organico sotto forma di personalità [...] verace persona vivente che ha coscienza ed unità di essere [...] come è assurdo nell'uomo sinngolo supporre più anime, o un'anima fatta in pezzi in questi o quegli organi; così è assurdo il porre parecchie sovranità in uno Stato medesimo e il credere che la si sminuzzi o divida in più parti [...] quella mente imperante [...] può risultare da più persone o ordini di persone raccolte in unità, e così rimanere una e individua». Per una rassegna critica di tali posizioni e un'elegante analisi, si rinvia a A. DE NIITO, *Dottrina e realtà delle persone giuridiche pubbliche tra fine '800 ed inizi '900 in Italia. Alle origini del problema della crisi dello Stato*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno. Itinerari moderni della persona giuridica*, [11-12, n. 1], 1982/1983, p. 631 s., spec. p. 647 ss. Caustico, sulle «aberrazioni delle tesi antropomorfiche», il giudizio di B. CAVALLO, *Teoria e prassi della pubblica organizzazione*, Milano, 2005, p. 125, secondo cui «di questo passo non si deve stupire il lettore che in letteratura, specie nel primo novecento, non siano mancati elaborati tentativi di comparare i vari organi dell'anatomia umana con l'articolazione degli organi dello stato-persona, al fine di individuarne addirittura il sesso ».

giuridicamente opera «come quando gli occhi vedono, la bocca parla o la mano afferra»¹¹. Anche Paul Laband – sebbene in polemica con von Gierke – affermava, come ricorda Maurizio Fioravanti, che nella personalità giuridica dell'ente «le personalità individuali dei singoli membri scompaiono totalmente»¹². E Georg Jellinek ribadiva che «dietro gli organi non vi è alcun'altra persona, ma essi sono lo Stato medesimo in quanto manifesta la sua volontà»¹³. In Italia, Giuseppe Mantellini, seppur in un altro contesto, scriveva che «lo Stato forma delle intelligenze, delle volontà, e delle forze individuali un fascio, e ne costituisce un'intelligenza, una volontà sola [...] esaminato nel suo organamento lo Stato è come l'uomo in grande [...] mente, volontà, braccio; sapere, volere, potere trovar debbono e trovano nell'ordinamento dello Stato organi corrispondenti»¹⁴.

Il fenomeno dell'immedesimazione organica è oggi descritto, in rilevante parte della manualistica di diritto amministrativo, con parole che ancora conservano l'eco di quelle, sopra citate, dei giuristi dell'Ottocento: ad esempio, viene tuttora utilizzata a fini didattici la «metafora antropomorfa» per spiegare la teoria dell'organo e l'immedesimazione organica, «assimilando l'amministrazione a un corpo umano e il suo organo a una mano. Quando le mani di Tizio e Caio si stringono reciprocamente non si dice che si sono salutate le loro mani, ma che Tizio e Caio si sono salutati: l'organo perde la sua individualità», a differenza di quanto accade nella teoria della rappresentanza in cui, per converso, «la individualità del rappresentante non scompare (tanto che vengono in rilievo i suoi stati psichici) e tra i due non vi è immedesimazione (basti pensare alla possibilità del conflitto di interessi e al contratto con se stesso: artt. 1394 e 1395 c.c.)»¹⁵.

¹¹ O. VON GIERKE, *Das Wesen der menschlichen Verbände*, prolusione tenuta il 15 ottobre 1902 in occasione dell'assunzione del rettorato della Königliche Friedrich-Wilhelms-Universität di Berlino, trad. it. *La natura delle unioni umane*, testo in appendice in G. ZAGREBELSKY, *Società-stato-costituzione. Lezioni di dottrina dello stato degli anni acc. 1986-1987 e 1987-1988* (a cura di N. ZANON), Torino, 1988 p. 173 ss., citazioni a pp. 177-178 (corsivi aggiunti).

¹² M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, 1979, pp. 368-369 (corsivi aggiunti).

¹³ G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi* (trad. it. riveduta dall'autore della 2ª edizione tedesca del *System der subjektiven öffentlichen Rechte* [Tübingen, 1905] con prefazione di V.E. ORLANDO), Milano, 1912, pp. 246-247 (corsivi aggiunti).

¹⁴ G. MANTELLINI, *Lo Stato e il Codice Civile*, Vol. I (Parte prima, Libro primo, intitolato *Lo Stato persona*), Firenze, 1880, p. 19 e p. 30 (corsivi aggiunti).

¹⁵ Così D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, 9ª ed., Bologna, 2018, pp. 259-260 (corsivi aggiunti): lo stesso A. prosegue ulteriormente nella «metafora antropomorfa» affermando che «il cervello è più importante della mano» (p. 261). F.G. SCOCA, *Le amministrazioni come operatori giuridici*, in AA.VV., *Diritto amministrativo. I. Parte generale*, 5ª ed., Bologna, 2005, p. 303 ss., spec. p. 307, nota 3, riporta adesivamente le sopra citate parole di Sorace, aggiungendo che «in realtà l'uso della metafora antropomorfa è a tutt'oggi frequente nella manualistica, ed in effetti rende efficacemente l'idea della relazione che si instaura tra organo ed ente destinatario dell'imputazione». Riprende la metafora e le parole di Sorace anche A. BARTOLINI, *Organo e ufficio*, in G. MORBIDELLI

In molti hanno osservato, a proposito della teoria dell'organo e dell'immedesimazione organica, che «tale teoria, all'evidenza, risultava legata a un'ideologia *autoritaria* del diritto e dello Stato quale era – per l'appunto – quella dominante nel XIX secolo»: costoro non hanno potuto fare a meno di interrogarsi su «come sia possibile che una teoria giuridica originariamente legata ad una concezione *autoritaria* dello stato possa poi trovare applicazione, ed addirittura un terreno di sviluppo favorevole, in un contesto *democratico*»¹⁶.

Le risposte fornite a questo interrogativo sono state molteplici: prescindendo dal tormentato dibattito circa la necessità o meno di riconoscere in capo alla persona giuridica, grazie agli organi, una propria capacità di agire, per evitare che l'ente pubblico apparisse all'esterno quale 'incapace'

(a cura di), *I fondamenti dell'organizzazione amministrativa*, Roma, 2010, pp. 1 ss., spec. p. 15, nell'analizzare l'organo «sia da punto di vista anatomico, che da quello fisiologico». Si avvale della metafora antropomorfa anche G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, 6^a ed., Torino, 2013, p. 12. *Contra* v. B. CAVALLO, *Teoria e prassi della pubblica organizzazione*, cit., pp. 130-131, il quale rifiuta suggestioni antropomorfiche a proposito del concetto di immedesimazione organica e ne propone una lettura originale, volta a distinguerlo nettamente dal concetto di rapporto organico: «generalmente, in letteratura, si ritiene che il fenomeno dell'immedesimazione organica vada [...] riferito a quanto accade per l'organo in relazione all'ente pubblico di sua appartenenza. In questo senso l'organo s'immedesimerebbe nella persona giuridica pubblica, di cui è parte, alla stessa guisa di una mano nel corpo di una persona fisica. Il ricorrente espediente antropomorfo, per spiegare l'immedesimazione dell'organo nella persona giuridica, lascia come sempre perplesso chi non ha mai creduto a codeste comparazioni paranaturalistiche [...] l'immedesimazione, così intesa, altro non sarebbe che quel rapporto organico con il quale si tende a spiegare, più che l'immedesimazione organica vera e propria, il processo di imputazione giuridica: cioè l'agire dell'organo quale agire della persona giuridica pubblica. Ritengo che si tratti, invece, di due fattispecie fenomeniche diverse, seppur collegate da una funzionale interazione: da un lato, l'immedesimazione individua il fenomeno di totale assorbimento di tutti gli elementi compositivi l'organo, compreso il suo titolare, nello stesso. Mentre, per converso, il c.d. rapporto organico [...] è il processo di imputazione che trasferisce 'in capo' all'ente giuridico 'tutto' l'agire del suo organo».

¹⁶ Esemplificativamente, in questi termini, ancora A. VIGNUDELLI, *Diritto costituzionale*, cit., p. 703.

costretto ad avvalersi di rappresentanti¹⁷, e da altri pur importanti argomenti¹⁸, soprattutto una risposta ha raccolto notevole consenso. Essa si trova (sebbene già esposta da autori precedenti) efficacemente sintetizzata nelle parole di Giannini, il quale, dopo essersi chiesto «se le ragioni che solleccitarono l'invenzione del concetto siano tuttora valide», ha ritenuto che «non vi possano essere dubbi sulla risposta affermativa» in quanto «il concetto di organo fu una *conquista civile*: rese possibile perfezionare la *tutela delle libertà e dei diritti dei cittadini nei confronti dei pubblici poteri*»¹⁹. In questa

¹⁷ Cfr. sul punto, solo come esempi di opposte posizioni, da un lato S. ROMANO, *Organi*, cit., secondo cui (p. 148, corsivi aggiunti) «era sconveniente raffigurare lo Stato, l'ente sovrano, il soggetto superiore ad ogni altro, come una persona incapace, un minore o un ammalato di mente. E per dargli, oltre la c.d. capacità di diritto, la capacità di agire, era necessario fornirgli di organi, cioè di elementi che non si limitassero ad agire per lui, ma che lo facessero agire [...] tale concezione [...] venne gradatamente estendendosi alle più importanti persone pubbliche», onde (p. 155, corsivi aggiunti) «l'individuo che assuma la qualità di organo [...] non vuole e agisce per l'ente, in vece e per conto dell'ente, ma, come si è detto e giova ripetere, fa volere e agire l'ente, apprestando a questo qualità fisiche e psichiche che l'ente altrimenti non possiederebbe, ma che così vengono a costituire qualità anche di quest'ultimo, conferendogli una capacità che per gli individui è, prima che giuridica, naturale, mentre per l'ente è meramente giuridica. E non si tratta di una finzione o di una astrazione, tanto meno di una semplice immaginazione: si tratta di una realtà [...] chi disconosce questa possibilità mostra di non rendersi conto di ciò che il diritto può realizzare, con dei risultati che sono veramente mirabili: uno di questi risultati che segna un progresso notevolissimo è dato per l'appunto dalla figura dell'organo»; dal lato opposto, si vedano i contributi di A. FALZEA citati *infra*, nella nota 28, ai quali *adde* ID., *Responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *La responsabilità penale delle persone giuridiche in diritto comunitario*, Atti del Convegno di Messina, 30 aprile – 5 maggio 1979, Milano, 1981, p. 149 ss., ora in ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*. Vol. III. *Scritti d'occasione*, Milano, 2010, p. 67 ss., spec. pp. 88-89, ove, a proposito della teoria dell'organo, Falzea afferma: «il tratto più originale di questa teoria, capace di resistere al necessario ripudio dei presupposti socio-giuridici, sta in ciò che, sostituendo lo strumento giuridico della organizzazione a quello della rappresentanza, utilizzato dalla teoria della finzione, fa fare all'istituto un ulteriore passo avanti, configurando la persona giuridica come centro di imputazione di attività giuridiche oltre che come centro di imputazione di situazioni giuridiche. È certamente un grande progresso, al quale nessuno oggi può consapevolmente rinunciare, identificare la persona giuridica come centro di attività giuridiche, cioè come polo soggettivo di riferimento giuridico delle attività dei suoi organi: le attività degli organi fanno la storia della persona giuridica e non (o non soltanto) delle persone fisiche che agiscono come suoi organi. Ma ci si guardi dal considerare questa imputazione delle attività giuridiche altrimenti che come uno strumento giuridico, in tutto simile alla imputazione delle situazioni giuridiche. Ci si guardi soprattutto dal deformare la dimensione di questo strumento, mostrandolo come la semplice traduzione giuridica di una realtà di fatto. Nella realtà di fatto l'agire non può che essere di persone fisiche e di persone fisiche non possono non essere i correlativi fatti di coscienza – sentimento, conoscenza, volontà – anche quando l'uno e gli altri si presentano come fenomeni collettivi e interindividuali. È per ciò che sono sempre stato contrario a parlare di una capacità di agire delle persone giuridiche come se ne parla per le persone fisiche. La capacità di agire delle persone fisiche è fondata sulla loro capacità di intendere e di volere sicché dove questa manca non può esistere neanche l'altra» (corsivi aggiunti). Falzea chiarisce (*ibidem*) che l'imputazione di attività giuridiche alla persona giuridica tramite l'organo rappresenta una «finzione», nel senso tecnico di «meccanismo di tecnica legislativa operante col criterio dell'assimilazione».

¹⁸ Tra questi, «l'esigenza di rappresentare lo Stato come unità» nel segno «della spersonalizzazione e dell'oggettivazione» (B. SORDI, *Rappresentanza, organo, organizzazione*, cit., p. 201).

¹⁹ M.S. GIANNINI, voce *Organi (teoria generale)*, cit., p. 41 (corsivi aggiunti); identicamente, tra i molti, F.G. SCOCA, *Le amministrazioni come operatori giuridici*, in L. MAZZAROLI – G. PERICU – A. ROMANO – F.A. ROVERSI MONACO – F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, vol. I, 2ª ed., Bologna, 1998, p. 482; G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa: principi*, nel *Sistema del diritto amministrativo italiano* diretto da F.G. SCOCA – F.A. ROVERSI MONACO – G. MORBIDELLI, Torino, 2013, p. 99.

prospettiva, l'immedesimazione organica si eleverebbe a garanzia per il cittadino, dato che la persona giuridica pubblica perderebbe nei confronti dei terzi qualsiasi 'immunità'²⁰, non potendo 'nascondersi' dietro un rappresentante, né additare quest'ultimo come soggetto 'altro da sé', né farsi 'scudo' dell'imputabilità al solo rappresentante degli atti compiuti da quest'ultimo, dei correlati stati soggettivi, di eventuali abusi *ultra vires* del potere di rappresentanza, etc.²¹. Ed infatti, «il rappresentante, ove ecceda i limiti del suo potere di rappresentanza, compie atti di cui risponde personalmente, mentre l'organo, se supera i limiti della sua competenza, compie atti egualmente propri dell'ente, sia pure più o meno gravemente viziati»²²; da qui «l'utilità pratica della imputazione organica: con essa la tutela di coloro che entrano in rapporto con la persona giuridica si rafforza, dato che questa non può sottrarsi alla responsabilità assumendo che gli atti viziati vadano attribuiti all'organo e non a sé medesima [...] per quanto riguarda le persone giuridiche pubbliche, il profilo della tutela dei terzi diventa preminente, dato che esse adottano atti imperativi, che incidono unilateralmente su libertà e diritti dei cittadini»²³.

In questo senso è stato detto che «la "fortuna" della figura dell'organo va rinvenuta nella sua *versatilità*, che consente, tra l'altro, di risolvere un problema assai sentito proprio negli ordinamenti democratici [...] ricorrendo alla metafora dell'organo risulta infatti possibile collegare *immediatamente* l'azione del funzionario pubblico – che agisca in tale sua veste – al soggetto statale (o regionale, comunale, ecc.), rendendo quest'ultimo responsabile in via diretta dell'azione del suo preposto nei confronti del privato cittadino destinatario dell'atto pubblico (illegittimo e/o illegale)», sicché l'organicismo del XIX secolo, pur venuto meno nel suo «substrato ideologico», ha in

²⁰ F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, Vol. II, Padova, 2010, p. 440, a proposito del concetto di organo, rileva che «l'individuazione di questo concetto ha assolto, nella ricostruzione del più ampio concetto di persona giuridica, una funzione di grande importanza: ha rimosso – o, se si preferisce, ha tradotto in termini logico-giuridici la maturata coscienza di dover rimuovere – tutta una serie di "immunità" delle quali le persone giuridiche avevano goduto per il passato».

²¹ B. CAVALLO, *Teoria e prassi della pubblica organizzazione*, cit., pp. 124-125, si mostra piuttosto scettico nei confronti di tale spiegazione: «questo è il racconto che ancora oggi si propina, qualificando siffatta novativa invenzione come una operazione di alta civiltà giuridica. Nulla da eccepire al riguardo se fosse maturata la creazione dell'organo per questa civilissima ragione di maggiore garanzia dell'amministrato: vi è da dubitare che lo stato liberale di allora possedesse una così raffinata sensibilità [...] le ragioni d'*antan* paiono più una costruzione motiva elaborata *a posteriori*, piuttosto che le originarie pulsioni causali riconducibili alla fase genetica dell'organo; altre, a mio modo di vedere, sono le cause vere della fortunosa nascita di questo, nonché della sua fortunata diffusione nei sistemi amministrativi dell'Europa continentale».

²² G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*. Vol. I. *Principi generali*, 8ª ed., Milano, 1958, p. 138.

²³ F.G. COCA, *Le amministrazioni come operatori giuridici*, cit. [dalla 2ª ed., 1998], p. 482.

sostanza lasciato «a disposizione degli studiosi e dei pratici del diritto l'apparato linguistico e concettuale da esso forgiato, ad iniziare dal concetto di "organo" (della persona giuridica pubblica)»²⁴. E si è aggiunto che «la teoria organica, fondata su apriorismi non facilmente giustificabili, legata ad una radice sociologica più che giuridica, e sostenuta da una metodologia che anche nel campo sociologico finì con l'essere abbandonata, non poteva certo tenere il campo. Essa, però, ha lasciato in eredità alla scienza giuridica il concetto di "organo" [...] è il caso di riconoscere che il concetto di organo ha reso notevoli servizi alla scienza, la quale ha potuto chiarire meglio la struttura ed il funzionamento di quei complicati meccanismi che sono le persone giuridiche»²⁵.

Il dogma dell'immedesimazione organica, così configurato sul piano giuspubblicistico, è riuscito ad imporsi con una pervasività straordinaria ben oltre il perimetro del diritto amministrativo e costituzionale: se non meraviglia che, fin dagli inizi, sia stato coinvolto nel dibattito il diritto privato, con l'alternarsi di critiche e adesioni alla teoria dell'organo e dell'immedesimazione (in una discussione che prosegue tuttora, anche rispetto al concetto di «rappresentanza organica») ²⁶, più intrigante è la penetrazione del dogma dell'immedesimazione in

²⁴ A. VIGNUDELLI, *Diritto costituzionale*, cit., pp. 703-704 (corsivi aggiunti).

²⁵ S. PUGLIATTI, *Diritto civile. Metodo - Teoria - Pratica. Saggi*, Milano, 1951, ora in *Scritti giuridici*, Vol. III (1947-1957), Milano, 2010, citazioni a pp. 598-599.

²⁶ Già agli inizi del secolo scorso, F. FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, Napoli-Torino, 1915, p. 387, affermava: «perciò niente *organici*», in senso molto critico nei confronti dei «pubblicisti che hanno accarezzato questo concetto»; per ulteriori critiche, seppur di segno meno radicale, per le posizioni adesive, e in ogni caso per una rassegna ampia del dibattito, v. C. MAIORCA, *La nozione di organo nel diritto privato con particolare riguardo alla teoria delle associazioni*, in *Annali della Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Camerino*, Vol. XI, Napoli, 1937, p. 53 ss.; G. MINERVINI, *Alcune riflessioni sulla teoria degli organi delle persone giuridiche private*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953, p. 953 ss.; F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1969, p. 65 ss.; ID., *Le associazioni, le fondazioni, i comitati*, Padova, 1987, p. 206; A. ARENA, *Le società, in quanto persone giuridiche, agiscono direttamente, non a mezzo di rappresentanti (per una rivalutazione della teoria organica)*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, vol. V, Milano, 1969, p. 25 ss.; U. NATOLI, *La rappresentanza*, Milano, 1977; A. GIAMPIERI, voce *Organo nella persona giuridica*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. XIII, Torino, 1995, p. 192 ss.; G. VISENTINI, *La teoria della personalità giuridica ed i problemi della società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1999, p. 89 e ss.; M. GALLI, *Immedesimazione organica e rappresentanza negli enti*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 382 ss.; M. BASILE, *Le persone giuridiche*, in G. IUDICA - P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, 2ª ed., Milano, 2006, p. 252 ss.; V. SCALISI, *Rappresentanza come dovere e rapporto organico come imputazione*, in M. TRIMARCHI (a cura di), *Rappresentanza e responsabilità negli enti collettivi*, Milano, 2007, p. 19 ss.; C. CARBONE, *La rappresentanza volontaria tra sostituzione ed immedesimazione*, in *Riv. notar.*, 2011, p. 878 ss.; A.-M. PERRINO, *Appunti sull'estensione del rapporto d'immedesimazione organica tra amministratore e società*, in *Foro it.*, 2012, p. 1850 ss.. Si segnala per la sua originalità la posizione di S. DELLE MONACHE, *La «contemplatio domini». Contributo alla teoria della rappresentanza*, Milano, 2001 ribadita in ID., *Art. 1387 – Fonti della rappresentanza*, in *Commentario del Codice Civile* diretto da E. GABRIELLI, Torino, 2012, p. 5 ss., sec. p. 10 ss.. Nella giurisprudenza civile sono numerose le pronunce sul tema; si veda, solo esemplificativamente, Cass. civ., Sez. V, 6 luglio 2001, n. 9189: «secondo la giurisprudenza tradizionale e consolidata [...] poiché le persone giuridiche non dispongono, come le persone fisiche, di strumenti propri per esprimere direttamente la loro volontà, ma possono farlo solo attraverso soggetti ad essa legati da particolari rapporti giuridici, occorre distinguere la

un terreno tradizionalmente sensibile quale il diritto penale, in cui l'immedesimazione organica è assurda, nella giurisprudenza e con l'avallo di rilevante parte della dottrina, a fondamento giustificativo della caduta di un altro dogma, quello espresso dal brocardo *societas delinquere (et puniri) non potest*, determinata – come è noto – dal d.lgs. 231/2001²⁷.

rappresentanza organica, propria di tali enti, e che si realizza attraverso *persone fisiche in rapporto cosiddetto di immedesimazione organica con l'ente*, dalla comune rappresentanza intersoggettiva, che postula l'esistenza di due distinti centri di imputazione degli effetti degli atti. E, sebbene anche le persone giuridiche, al pari delle persone fisiche, possano conferire con apposita procura poteri rappresentativi a soggetti, estranei alla sua organizzazione interna, i cui atti producano effetti nella sfera giuridica del rappresentato (vale a dire in una sfera giuridica diversa da quella del rappresentante) in forza di un criterio di imputazione che ha base negoziale, di regola esse si esprimono attraverso persone fisiche che per legge e per statuto hanno il potere di farlo a nome loro, e che, agendo in tale veste, *non vengono in considerazione quali autonomi soggetti di diritto, distinti dalla società*. Ciò si riflette non solo sul piano delle obbligazioni contrattuali, che la persona giuridica contrae attraverso gli atti compiuti dai soggetti in rapporto di immedesimazione organica con essa, ma anche in tema di responsabilità extracontrattuale. Infatti, poiché le persone giuridiche agiscono a mezzo degli organi che le rappresentano, ed il comportamento di questi ultimi si identifica con quello dell'ente, l'illecito degli uni è anche l'illecito dell'altro, con la sola limitazione che si tratti di operazioni volte al raggiungimento dei fini per cui la persona giuridica è stata costituita e che i rappresentanti abbiano agito nell'ambito dei propri poteri (Cass., 23 gennaio 1964 n. 161)» (corsivi aggiunti). Di particolare rilievo, in ordine alla natura della responsabilità civile dello Stato e degli enti pubblici per fatto illecito dei propri dipendenti, è la sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione civile del 16 maggio 2019, n. 13246, sulla quale, per un commento, v. E. ROMANI, *La responsabilità civile della p.a. per il fatto penalmente illecito commesso da un proprio dipendente alla luce delle Sezioni Unite n. 13246/2019*, in *Federalismi.it*, 2020, p. 229 ss.

²⁷ Lo rileva, tra gli altri, nella sua densa, elegante e articolata indagine monografica, G. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Pisa, 2012, in particolare nel par. 4.1.2. significativamente intitolato *Il fondamento giuridico dell'imputazione: l'idea dell'immedesimazione organica (e la sua sorprendente vitalità)*, p. 149 ss., ma *passim*. D'altro canto, la stessa *Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in *Dir. e giust.*, 2001, n. 20, p. 16, par. 3.2., parla di «espressione normativa del rapporto di immedesimazione organica». Proprio l'immedesimazione organica, infatti, riesce a dare una soluzione al grave problema teorico rappresentato dal fatto che l'art. 27 Cost., in materia di responsabilità penale, pone un divieto di responsabilità «per fatto altrui» nel momento in cui impone che la responsabilità penale sia «personale» e, dunque, derivi da un «fatto proprio». La *fiction* dell'immedesimazione organica riesce a dissolvere la duplicità/alterità tra la persona fisica (organo), esecutore materiale della condotta, e la persona giuridica, alla quale si imputano non solo gli effetti lesivi della medesima, ma la condotta stessa (l'atto), consentendo così di configurare la responsabilità penale della stessa persona giuridica come responsabilità per fatto proprio e non altrui; la responsabilità penale della persona giuridica, tuttavia, non elide quella della persona fisica che ha realizzato materialmente il fatto, ma si aggiunge ad essa (in questo riecheggiando uno schema non lontano da quello scolpito, ad altri fini, dall'art. 28 Cost.). È noto che le disposizioni di cui al d.lgs. 231/2001 «si applicano agli enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica» ma, per converso, «non si applicano allo Stato, agli enti pubblici territoriali, agli altri enti pubblici non economici nonché agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale» (art. 1). Sul piano dei criteri di imputazione oggettiva della responsabilità, vengono in gioco, oltre all'immedesimazione organica legata all'incardinamento degli agenti nell'organizzazione dell'ente in particolari posizioni (organi apicali, o soggetti sottoposti a direzione/vigilanza di organi apicali) i due parametri dell'«interesse» e del «vantaggio» dell'ente, che la giurisprudenza considera concorrenti ma alternativi, nel senso che è sufficiente uno di essi ad integrare la responsabilità dell'ente: «l'ente è responsabile per i reati commessi *nel suo interesse o a suo vantaggio*: a) da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso; b) da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a). *L'ente non risponde se le persone [...] hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi*» (art. 5). Il criterio di imputazione soggettivo è rappresentato dalla c.d. *colpa di organizzazione*, per cui, se il reato è commesso da soggetti in posizione apicale nell'organizzazione dell'ente, «l'ente non risponde se prova che: a) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente

Nella dottrina amministrativistica italiana, l'impostazione che ad oggi sembra prevalere segue una "dorsale" storica che, muovendo dal magistero di teoria generale di Falzea²⁸, penetrato tra gli amministratori soprattutto tramite l'autorità della mediazione (in parte correttiva) operata da Giannini²⁹, ha condotto all'attuale sistemazione di Scoca,³⁰ recepita seppur con sfumature diverse

attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; b) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli e di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo; c) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione; d) non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b)» (art. 6). Se, invece, il reato è commesso da soggetti sottoposti all'altrui direzione, «l'ente è responsabile se la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza. In ogni caso, è esclusa l'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza se l'ente, prima della commissione del reato, ha adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi». Per ampie indicazioni bibliografiche sulla dottrina (maggioritaria) favorevole – nonché su quella (minoritaria) sfavorevole – a fondare sull'immedesimazione organica il superamento del dogma *societas delinquere (et puniri) non potest* operato dal d.lgs. 231/2001, v. ancora G. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, cit., pp. 149-150, in particolare nella nota 169; adde, più di recente, ID., *La colpevolezza dei soggetti metaindividuali: una questione tuttora aperta*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 910 ss.; G. LATTANZI – P. SEVERINO (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*. Vol. 1. *Diritto sostanziale*, Torino, 2020. In giurisprudenza, esemplare *Cass. pen.*, Sez. VI, 16 luglio 2010, n. 27735 (richiamata da numerose sentenze successive, da ultimo in *Cass. pen.*, Sez. IV, 29 gennaio 2020, n. 3731): «la disciplina dettata dal D.Lgs. n. 231 del 2001, in tema di responsabilità da reato degli enti non entra in rotta di collisione con i principi che la Carta Fondamentale enuncia negli artt. 3, 24 e 27 e si rivela, pertanto, manifestamente infondata la prospettata questione di costituzionalità. V'è certamente compatibilità tra tale disciplina e il riferimento all'art. 27 Cost.. Il fatto-reato commesso dal soggetto inserito nella compagine della *societas*, in vista del perseguimento dell'interesse o del vantaggio di questa, è sicuramente qualificabile come "proprio" anche della persona giuridica, e ciò in forza del rapporto di immedesimazione organica che lega il primo alla seconda: la persona fisica che opera nell'ambito delle sue competenze societarie, nell'interesse dell'ente, agisce come organo e non come soggetto da questo distinto; né la degenerazione di tale attività funzionale in illecito penale è di ostacolo all'immedesimazione. Il D.Lgs. n. 231 del 2001 ha introdotto un *tertium genus* di responsabilità rispetto ai sistemi tradizionali di responsabilità penale e di responsabilità amministrativa, prevedendo un'autonoma responsabilità amministrativa dell'ente in caso di commissione, nel suo interesse o a suo vantaggio, di uno dei reati espressamente elencati nella sezione 3^a da parte un soggetto che riveste una posizione apicale, sul presupposto che il fatto-reato "è fatto della società, di cui essa deve rispondere". Conclusivamente, in forza del citato rapporto di immedesimazione organica con il suo dirigente apicale, l'ente risponde per fatto proprio, senza coinvolgere il principio costituzionale del divieto di responsabilità penale per fatto altrui (art. 27 Cost.). Né il D.Lgs. n. 231 delinea un'ipotesi di responsabilità oggettiva, prevedendo, al contrario, la necessità che sussista la c.d. "colpa di organizzazione" dell'ente, il non avere cioè predisposto un insieme di accorgimenti preventivi idonei ad evitare la commissione di reati del tipo di quello realizzato; il riscontro di un tale deficit organizzativo consente una piana e agevole imputazione all'ente dell'illecito penale realizzato nel suo ambito operativo» (corsivi aggiunti).

²⁸ A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939; ID., voce *Capacità (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 8 ss., spec. p. 31 ss., ora in ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*. Vol. II. *Dogmatica giuridica*, Milano, 1997, p. 233 ss., spec. p. 287 ss.

²⁹ M.S. GIANNINI, voce *Organi (teoria generale)*, cit.; ID., *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1993, p. 145 ss. spec. p. 146 ss.

³⁰ F.G. SCOCA, nel suo fondamentale capitolo *Le amministrazioni come operatori giuridici*, prima pubblicato in L. MAZZAROLLI – G. PERICU – A. ROMANO – F.A. ROVERSI MONACO – F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, vol. I, Bologna, con alcuni rimaneggiamenti nelle varie edizioni intervenute tra il 1993 e il 2005 (1^a ed. 1993; 2^a ed. 1998; 3^a ed. 2001; 4^a ed. 2005), poi confluito con identico titolo - ma con testo notevolmente ridotto e sintetizzato - in ID. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, nelle sei edizioni intervenute tra il 2008 e il 2019, senza significative variazioni del capitolo tra le varie edizioni (1^a ed. 2008; 2^a ed. 2011; 3^a ed. 2014; 4^a ed. 2015; 5^a ed. 2017; 6^a ed. 2019). Di seguito,

da numerosi autori³¹. Sono rimaste isolate e minoritarie altre ricostruzioni, in parte eterodosse e sicuramente originali come, ad esempio, quella di Miele³², che oggi tuttavia appaiono di grande interesse e modernità (soprattutto nella prospettiva che si tenterà di delineare, esplorativamente, nelle conclusioni).

Le linee di questo percorso *mainstream* mostrano, a ben vedere, una 'intensificazione' e al contempo una 'focalizzazione' del dogma dell'immedesimazione organica nel suo recepimento da parte della scienza del diritto amministrativo, almeno da Giannini in poi. Ricostruirne i passaggi, seppur in sintesi, appare perciò utile.

nel testo e nelle note, per le citazioni si utilizzerà la seconda edizione (1998) del manuale a cura di L. MAZZAROLLI – G. PERICU – A. ROMANO – F.A. ROVERSI MONACO – F.G. SCOCA, in quanto ivi il capitolo *Le amministrazioni come operatori giuridici* trova una formulazione più estesa, articolata e con numerosi approfondimenti (basti considerare che nell'edizione del 1998 il suddetto capitolo occupa le pp. 473-540, mentre nell'edizione del 2015 si riduce alle pp. 303-342; ancor più sensibile la riduzione nel successivo manuale a cura di F.G. SCOCA, in cui già nella prima edizione del 2008 il capitolo *Le amministrazioni come operatori giuridici* occupava le pp. 21-32, e nell'ultima, del 2019, le pp. 67-77); per le citazioni dal manuale a cura di Scoca si utilizzerà l'edizione del 2017.

³¹ Solo a titolo di esempio, nell'esposizione di G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa: principi*, cit., pp. 98-105, o in quella di V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, 6ª ed., Torino, 2017, pp. 91-95.

³² G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Vol. I (2ª ristampa della 2ª edizione), Padova, 1966, pp. 75-80. Miele giunge infatti ad affermare, con riferimento al rapporto organico, che «il titolare dell'organo deve essere considerato, così nei riguardi dell'ente da cui dipende come dei terzi con cui viene in rapporto, un vero e proprio soggetto di diritto [...] non sembra perciò approvabile l'opinione tradizionale, che sostiene l'esistenza di un solo soggetto, la persona giuridica, tanto all'interno quanto all'esterno, mentre la persona fisica che agisce in qualità di titolare dell'organo eserciterebbe poteri e facoltà, diritti e obblighi che non sono suoi, ma dell'ente, anzi impersonerebbe l'ente stesso che, attraverso l'individuo, attua i suoi compiti»; rompendo con la tradizione, l'A. ritiene che «non si tratta, in conclusione, di un unico soggetto, la persona giuridica, la quale attraverso i titolari dei suoi organi attua il proprio volere, ma di due soggetti distinti, la persona giuridica da una parte e il titolare dell'organo dall'altra, il quale ultimo provvede a tutto ciò che rientra nella sfera di competenza dell'ente mediante l'esercizio di poteri e facoltà, che l'ordinamento gli conferisce direttamente in qualità di titolare dell'organo» (pp. 77-78, corsivi aggiunti). Si noti che, nella concettualizzazione di Miele, il riconoscimento dell'alterità soggettiva tra funzionario-organo ed ente, e dunque la negazione della *fictio* dell'immedesimazione, non conduce al ripudio della teoria dell'organo, tutt'altro: per Miele, nonostante l'espunzione dell'immedesimazione organica, si può senz'altro continuare ad utilizzare la teoria organica, in luogo della rappresentanza, «onde ogni atto compiuto dal titolare dell'organo, benchè esercizio di un potere o di una facoltà conferiti al detto titolare, sono considerati direttamente e immediatamente atti dell'ente» (p. 77, enfasi in corsivo nell'originale). Questa tesi viene argomentata da Miele facendo ricorso alla distinzione tra «sfera di competenza strumentale», propria della persona fisica titolare dell'organo, e «sfera di competenza materiale», propria della persona giuridica: «la persona giuridica, della cui organizzazione l'organo è parte integrante, possiede così la sola capacità giuridica, ossia la titolarità di diritti, obblighi e attribuzioni che formano la sua sfera di competenza (materiale), ma è priva della capacità di agire, ossia della titolarità di poteri e facoltà, che spetta invece alle persone fisiche preposte ai suoi organi. In tale veste, ossia come titolare di poteri e facoltà, e quindi fornito anch'esso di una propria sfera di competenza (strumentale), il titolare dell'organo deve essere considerato [...] poteri e facoltà non possono competere, come già osservammo, che a soggetti in grado di esercitarli, ossia, in primo luogo, a persone fisiche, le quali ne sono i titolari, e non già ne hanno il mero esercizio [...] la personalità dell'ente, a cui l'organo appartiene, sussiste limitatamente ai diritti, obblighi e attribuzioni che rientrano nella sua sfera di competenza materiale [...] per converso, la persona fisica titolare dell'organo è soggetto di diritto limitatamente ai poteri e facoltà che esercita per adempiere le attribuzioni dell'ente nella parte che la riguarda» (*ibidem*).

Falzea, come è noto, liberò la teoria dell'organo dalla necessità di attribuire, tramite essa, capacità di agire alle persone giuridiche, sostituendo a ciò il concetto di capacità di imputazione giuridica³³: l'organo, in virtù della sua immedesimazione nella persona giuridica, imputa globalmente a quest'ultima non solo gli effetti (come il rappresentante) ma gli atti stessi, più ampiamente l'intera fattispecie, senza tuttavia dover riferire alla persona giuridica la capacità di agire, la quale resta in capo alla persona fisica-organo; la persona giuridica, grazie all'organo, diviene così centro di imputazione di attività giuridiche e non solo (come nel modello della rappresentanza) centro di imputazione di situazioni giuridiche. Tuttavia, Falzea fu sempre fermo circa un punto: «nella realtà di fatto l'agire non può che essere di persone fisiche e di persone fisiche non possono non essere i correlativi fatti di coscienza – sentimento, conoscenza, volontà →»³⁴. Per questo Falzea operò una distinzione tra imputazione psicologica e imputazione giuridica: gli «atti sono prodotti dagli organi nella loro accezione soggettiva (imputazione psicologica) e successivamente attribuiti all'ente (imputazione giuridica)»; «nessun artificio può impedire di considerare prodotti dagli organi» gli atti «nella loro accezione soggettiva (imputazione psicologica)», in quanto «il diritto considera» l'«organo-soggetto» «sotto il profilo psicologico, come l'unico autore dell'atto»³⁵.

³³ A. FALZEA, voce *Capacità (teoria generale)*, cit. Sul punto G. MARONGIU, *Organo e ufficio*, in *Jus*, 1988, p. 78 ss., p. 84, nel riportare testualmente l'affermazione di Falzea secondo cui «le persone giuridiche non hanno capacità di agire, ma posseggono capacità di imputazione giuridica di fattispecie», la ritiene «fondamentale [...] di per sé sufficiente a mettere in crisi un'intera tradizione dottrinale sugli organi, indipendentemente dalle configurazioni date agli organi dalle varie teorie»; come sottolinea l'A., «sostituendo al rapporto organico come rapporto d'immedesimazione un rapporto d'imputazione, anche se d'imputazione di fattispecie [...] si ottiene di distinguere l'azione svolta da organi dall'azione svolta da rappresentanti, nella quale si avrebbe solo un'imputazione di effetti, si raggiunge anche l'acquisizione di teoria generale secondo la quale la produzione giuridica, di fattispecie o di effetti, appartiene sempre, interamente ed esclusivamente, alla persona fisica agente. La teoria generale del diritto offre dunque un importante contributo alla teoria dell'organo, sgombrando il terreno dalla radicata convinzione che non ci possa essere una effettiva partecipazione della persona collettiva alla dinamica del diritto, se non attraverso il riconoscimento ad essa della capacità d'agire. Tale riconoscimento è stato sostituito, sempre in chiave di teoria generale, da un vero e proprio congegno di tipo organizzativo, che si fonda sulla distinzione dell'ordine dell'azione dall'ordine dell'imputazione». Tuttavia, ad avviso di Marongiu, «se si può trovare qui il punto di superamento di una lunga e travagliata vicenda di pensiero, non si può certo dire che si sia arrivati in questo modo ad una soluzione positiva del problema: liberata la teoria dell'organo dal suo residuo organicista e dall'equivoco concettuale che l'hanno appesantita, è solo ora possibile iniziare l'opera ricostruttiva per una più soddisfacente spiegazione».

³⁴ V. *supra*, nota 17.

³⁵ A. FALZEA, voce *Capacità (teoria generale)*, cit., pp. 293-294. Lo stesso Falzea peraltro riconosceva, ferma l'imputazione *psicologica* (reale) in capo alla sola persona fisica, che l'imputazione *giuridica* (formale) alla persona giuridica, in forza del rapporto organico, facesse riferire a quest'ultima, sul piano della rilevanza giuridica, anche gli stati soggettivi della persona fisica. V. ID., *Responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 93: «allo stesso modo che per gli effetti giuridici, anche per l'attività giuridica ricorre una sola imputazione, quella della persona giuridica, e l'organo agente resta estraneo, sotto il profilo del diritto, a tutta la vicenda che lo ha visto protagonista sotto il profilo del fatto [...] a tal fine è

Giannini recepì il cambio di paradigma introdotto da Falzea, imponendolo nel diritto amministrativo con il peso della sua personale autorevolezza di maestro. Tuttavia, vi sono due aspetti –importanti almeno a giudizio di chi scrive – su cui Giannini si distacca nettamente da Falzea:

(i) la celebre espressione «*al titolare dell'organo non si imputa nulla*», con la quale Giannini si oppone alla tesi di Falzea dell'«imputazione psicologica» dell'atto alla persona fisica; quest'ultimo (già esile) cordone ombelicale con la realtà dell'esperienza, rappresentato dal riconoscimento (almeno) dell'imputazione psicologica al titolare dell'organo, che non a caso Falzea aveva esplicitamente voluto preservare nella sua costruzione, viene così drasticamente reciso da Giannini, il quale espunge del tutto tale concetto, epurandolo quale incrostazione individualistica perturbatrice dell'immedesimazione organica ed annullandolo in un'imputazione esclusiva all'ente pubblico di «stati mentali», «stati di coscienza», perfino della «malizia»³⁶, in tal modo cancellando dall'orizzonte teorico qualsiasi residua visibilità dell'essere umano-organo;

(ii) per Giannini, inoltre, la teoria organica concerne solo l'imputazione di atti giuridici, *non invece di fatti né di comportamenti materiali*; in particolare, il rapporto organico *non riguarderebbe le imputazioni di fatti illeciti*, anche in questo caso in difformità rispetto all'opinione di Falzea³⁷.

L'assunto *sub* (i) blinda definitivamente l'immedesimazione organica come schema teorico di integrale obliterazione dell'individualità, perfino sul piano psicologico, della persona umana titolare dell'organo.

L'assunto *sub* (ii) conduce a un'altra fondamentale conseguenza, non così esplicita in

sufficiente il meccanismo della imputazione alla persona giuridica *dei fatti e degli atti* dell'organo; *insieme all'atto illecito sono imputati alla persona giuridica i fatti soggettivi della persona fisica* che ha agito come organo e che *assumono rilevanza come fatti soggettivi della prima*».

³⁶ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, cit., p. 146 (corsivi aggiunti). Chiosa F.G. SCOCA, *Le amministrazioni come operatori giuridici*, cit. [dalla 2ª ed., 1998], p. 484, circa la posizione di Giannini: «tale Autore esclude quindi che l'atto possa essere oggetto di una imputazione psicologica alla persona fisica, titolare dell'organo, che di fatto lo pone in essere». Plaude – con non celata soddisfazione – a questo “strappo” di Giannini rispetto a Falzea B. CAVALLLO, *Teoria e prassi della pubblica organizzazione*, cit., p. 135: «ha pienamente ragione il maestro di tutti noi nel sostenere che “al titolare dell'organo non si imputa nulla”: i suoi stati mentali, confluiti nei relativi atti condizionati dagli stessi, s'imputano all'ente pubblico, secondo il consolidato schema della imputazione organica. È beninteso Massimo Severo Giannini, che così si esprime, in aperto dissenso con la tesi di Falzea, ancora diffusa specie nella letteratura civilistica, convinta nel sostenere la differenziazione tra imputazione psicologica e quella organica».

³⁷ M.S. GIANNINI, voce *Organi (teoria generale)*, cit., pp. 47-48. Di contro, per Falzea, l'organo imputa non solo atti ma anche fatti, inclusi quelli illeciti (v. *supra*, nota 35).

Giannini, ma portata ad emersione coerentemente da Scoca, il quale recepisce tutte le suestposte “correzioni” gianniniane, le rafforza e le colloca al centro di una sistemazione più articolata, limpida e compatta: se l'imputazione (e l'immedesimazione) organica non riguarda i fatti, e in particolare i fatti illeciti, ma solo gli atti, allora può essere “neutralizzato” l'art. 28 Cost., che in questo modo sarebbe fuori campo e non assumerebbe rilevanza per la teoria organica (*rectius*, sia consentito aggiungere, non verrebbe a minacciarne la tenuta).

Scrivi Scoca, sul punto, che «a proposito dei fatti illeciti imputabili alle persone giuridiche [...] vigono regole generali [...] ovvero regole speciali per le persone giuridiche pubbliche»: tra queste ultime, Scoca cita proprio l'art. 28 Cost.». Ebbene, a giudizio dell'illustre Autore, «*tali regole [incluso in *apicibus* l'art. 28 Cost., n.d.r.] non hanno nulla a che fare con la figura dell'organo e con la nozione di rapporto di imputazione organica*»³⁸.

Rispetto a questo secondo assunto (l'asserita estraneità/irrilevanza dell'art. 28 Cost. e della responsabilità per fatto illecito rispetto alla teoria organica), tuttavia, solo alcuni autori si sono allineati alla direttrice tracciata da Giannini e precisata da Scoca³⁹; un consistente ed anzi maggioritario orientamento dottrinale è di avviso opposto, individuando proprio nella responsabilità (qualificata come diretta, per fatto proprio, e non indiretta, per fatto altrui) dell'ente pubblico ex art. 28 Cost. uno dei terreni di applicazione dell'immedesimazione organica⁴⁰, e

³⁸ F.G. SCOCA, *Le amministrazioni come operatori giuridici*, cit. [dalla 6ª ed., 2017], p. 74 (corsivi aggiunti): si noti la maggiore perentorietà di questa affermazione rispetto a quella inizialmente presente in ID., *op. cit.* [nella 2ª ed., 1998], p. 484, ove Scoca, dissentendo (come Giannini) dall'affermazione di Falzea circa la rilevanza dell'imputazione organica per la responsabilità sia civile che penale, affermava che «*probabilmente* l'imputazione di responsabilità non ha nulla a che fare con l'imputazione organica» (corsivo aggiunto). Ancora ID., *op. cit.*, [dalla 6ª ed., 2017], p. 74, a giustificazione del proprio assunto, afferma che «da nozione di imputabilità che si utilizza a proposito dei fatti illeciti [...] è profondamente diversa da quella di imputazione (o, con termine maggiormente appropriato, ascrizione) riferita al rapporto tra l'organo e la persona giuridica [...] l'imputazione dei fatti illeciti si fonda sul nesso di causalità materiale; i fatti illeciti non sono estrinsecazione della soggettività giuridica [...] compiere un fatto illecito significa compierlo *materialmente*; compiere un atto giuridico significa esserne *giuridicamente* l'autore».

³⁹ Tra questi, ad es., B. CAVALLO, *Teoria e prassi della pubblica organizzazione*, cit., p. 136; G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa: principi*, cit., p. 103.

⁴⁰ Ad es. G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo. Parte generale: i lineamenti essenziali del sistema*, Milano, 2010, p. 34 ss.; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di diritto amministrativo per il corso di base*, 3ª ed., Napoli, 2012, p. 158 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., pp. 94-95; M. CARRÀ – W. GASPARRI, *Elementi di diritto amministrativo*, Torino, 2017, p. 76 ss.; D. SORACE, *Diritto*, cit., pp. 454-455; M.C. CAVALLARO, *Immedesimazione organica e criteri di imputazione della responsabilità*, cit., spec. p. 41 ss.

soprattutto la giurisprudenza è pressoché unanime in questo secondo senso⁴¹.

Con l'art. 28 Cost., dunque, la teoria dell'organo non può evitare di "fare i conti": come si tenterà di evidenziare *infra* nei paragrafi successivi, si tratta di un confronto *cruciale*, ed anzi – contrariamente a quanto ritengono giurisprudenza e dottrina dominanti – forse addirittura *esiziale* per il dogma dell'immedesimazione organica⁴².

Anche la raffinata elaborazione di Scoca, in ogni caso, non riesce a fare a meno del dogma della «immedesimazione organica», la quale viene anzi identificata con la stessa imputazione organica nella sua massima intensità: pur dando conto del fatto che «l'idea di immedesimazione organica è da alcuni contestata» (Scoca cita tra le opinioni dissenzienti quelle di Giorgio Berti e Giovanni Marongiu), l'Autore ritiene che «*di immedesimazione organica si può correttamente parlare*», considerandola descrittiva della «*forma più intensa del rapporto di imputazione*», in quanto essa

⁴¹ Ad es., Corte cost., 30 luglio 1997, n. 295: «[...] si verifica una vera e propria scissione del rapporto di immedesimazione organica tra agente e pubblica amministrazione. Ma proprio tale frattura del nesso organico con l'apparato pubblico, rendendo estraneo l'ente [...] impedisce di ricondurre il caso in esame agli schemi della responsabilità dell'amministrazione, non consentendo di invocare a sostegno della questione il parametro dell'art. 28 della Costituzione, che, nel contemplare la responsabilità dell'amministrazione accanto a quella degli agenti pubblici, presuppone, in via di principio, che si tratti di attività riferibile all'ente stesso». Cass. pen., Sez. II, 27 maggio 2021, n. 20996: «sussiste la giurisdizione del giudice ordinario [...] in virtù del rapporto di immedesimazione organica che, ai sensi dell'art. 28 Cost., lega il dipendente autore del fatto illecito all'ente pubblico». Cass. civ., Sez. Un., 16 maggio 2019 n. 13246: «deve ammettersi la coesistenza dei due sistemi ricostruttivi, quello della responsabilità diretta soltanto in forza del rapporto organico e quello della responsabilità indiretta o per fatto altrui: entrambi sono validi, poichè il primo non esclude il secondo ed ognuno viene in considerazione a seconda del tipo di attività della P.A. di volta in volta posta in essere [...] ritengono queste Sezioni Unite che debba allora superarsi la rigida alternatività, con rapporto di mutua esclusione, fra i criteri di imputazione pubblicistico o diretto e privatistico o indiretto: l'art. 28 Cost., non preclude l'applicazione della normativa del codice civile, piuttosto essendo finalizzata all'esclusione dell'immunità dei funzionari per gli atti di esercizio del potere pubblico ed alla contemporanea riaffermazione della responsabilità della P.A.; ne consegue che la concorrente responsabilità della P.A. e del suo dipendente per i fatti illeciti posti in essere da quest'ultimo al di fuori delle finalità istituzionali di quella deve seguire, in difetto di deroghe normative espresse, le regole del diritto comune». Corte dei Conti Sardegna, Sez. contr., Delib. 26 gennaio 2021, n. 6: «rinvenuta la *ratio* dell'art. 28 della Costituzione nell'intento di "rafforzare, oltre che la legalità dell'azione amministrativa, la tutela dei privati contro gli atti illeciti della pubblica amministrazione" (sentenza Corte costituzionale n. 64/1992), la finalità di garantire una tutela effettiva del terzo è raggiunta attraverso il meccanismo della solidarietà passiva in forza del quale l'amministrazione di appartenenza dell'agente, legato alla stessa dal rapporto di c.d. immedesimazione organica, è chiamata a rispondere per i danni arrecati a soggetti estranei all'apparato pubblico dal dipendente che ha agito nell'esercizio dei compiti istituzionali».

⁴² Lo mette efficacemente in evidenza S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, 6ª ed., Milano, 2000, p. 162, formulando il seguente interrogativo retorico, che allude proprio a un'incompatibilità logica tra il dogma dell'immedesimazione organica e l'art. 28 Cost.: «se la funzione dell'organo è di svolgere un'attività imputando (e cioè, riferendo), poi, atti e risultati allo Stato, come può accadere che non tutti gli atti dell'organo si imputino allo Stato (ad esempio, la disciplina della responsabilità dei pubblici funzionari distingue ipotesi nelle quali la responsabilità è personale ed ipotesi nelle quali essa ricade sull'ufficio)? Può l'organo essere, di regola, parte del tutto (dello Stato) e, ad alcuni fini, non esserlo?».

esprimerebbe esattamente «il più intenso contenuto della imputazione, per cui la persona giuridica non è soltanto il soggetto nei cui confronti si produce l'effetto ma è anche il soggetto che è (divenuto) titolare (autore) dell'atto»⁴³, richiamandosi sul punto alla nota formula, mutuata da Giannini, *i.e.* «la più ampia delle imputazioni giuridiche pensabili dopo quella della persona fisica»⁴⁴.

2. L'immedesimazione organica come eclissi del funzionario persona.

Mantenere l'immedesimazione organica al cuore della teoria dell'organo comporta tuttavia un caro prezzo da pagare, cui neppure le più recenti versioni dell'immedesimazione (come quella prospettata da Scoca) riescono a sottrarsi: se gli organi sono «*mezzi di apparizione dello Stato* di fronte ad altri soggetti di diritto»⁴⁵, ciò accade perché, proprio nello schema teorico dell'immedesimazione, in maniera speculare e simmetrica gli organi sono, al contempo, *mezzi di sparizione dell'alterità della persona fisica* del funzionario rispetto all'ente pubblico (in questo, soprattutto, permane il retaggio della genesi ottocentesca del concetto)⁴⁶.

Nella *factio* dell'immedesimazione organica, in tutte le sue versioni, l'agente umano incardinato nell'organizzazione amministrativa subisce, infatti, un'*eclissi* che artificialmente lo transustanzia, lo trasfigura, lo assorbe, riportandolo per una via o per l'altra, attraverso una sorta di gelida *ἔκστασις* giuridicamente coatta, all'uno-tutto della persona giuridica (con le parole di Berti citate in esergo, ad «una unità pensata, più che finta, perché voluta o creduta»⁴⁷). Attratte dalla gravità totalizzante della sfera di imputazione della persona giuridica, devono in quest'ultima compenetrarsi, risolversi, dissolversi le singole persone umane dei funzionari-organi, volenti o nolenti, e le loro umane

⁴³ F.G. SCOCA, *Le amministrazioni come operatori giuridici*, cit. [dalla 6ª ed., 2017], p. 71 (corsivi aggiunti).

⁴⁴ M.S. GIANNINI, voce *Organi (teoria generale)*, cit., p. 46; la formula è citata in F.G. SCOCA, op. ult. cit., p. 70.

⁴⁵ L'espressione è di A. DE VALLES, *Teoria giuridica dell'organizzazione dello Stato*, cit., p. 109.

⁴⁶ G. MARONGIU, *Organo e ufficio*, op. ult. cit., p. 79: «[...] se si nega la stessa possibilità che una qualche distanza sussista nell'alterità del rapporto giuridico [...] tra lo Stato e i propri agenti, il passo verso l'ipotesi - euristica e costruttiva - dell'immedesimazione organica è logicamente necessario. Ed è proprio qui in definitiva il vero terreno in cui nasce e si spiega la teoria dell'organo. L'organo, appare qui, in tutta la sua evidenza, il solo ed esclusivo "congegno" [...] attraverso il pieno assorbimento della volontà (naturale) dell'individuo agente nella volontà (artificiale) della persona giuridica: costituendo, quindi, l'agente come "parte", strumento, dunque, quasi in senso meccanico o biologico, dell'ente stesso».

⁴⁷ G. BERTI, *La parabola della persona Stato (e dei suoi organi)*, cit., p. 1011.

condotte concrete⁴⁸; si tratta, in definitiva, di una neutralizzante *de-umanizzazione*⁴⁹, che fagocita, normalizza ed occulta, pretendendo di renderlo virtualmente invisibile, l'individuo che lavora nella e per la pubblica amministrazione rispetto al suo essere uomo in carne ed ossa, mente e psiche, anomalia irriducibilmente imperfetta, irripetibilmente differenziata. *E pluribus unum*.

Santi Romano mette bene in evidenza questo tratto identitario dell'immedesimazione organica quando riconosce che gli organi, rispetto all'ente pubblico, sono «persone che, prestandogli la propria volontà e la propria attività, *scompaiono*, per così dire, *negli ingranaggi della sua compagine, trasformandosi in mezzi* idonei a farlo volere e agire», tanto che «organo potrebbe essere anche uno schiavo»⁵⁰: d'altro canto, il significato radicale del lemma greco ὄργανον è appunto quello di strumento, utensile, mezzo, apparecchio. *Stat rosa pristina nomine*: al fondo, l'organo è reificazione dell'uomo, distinto e agente, in congegno, indistinto e servente. Per citare ancora Berti, nel «comporre l'unità dello stato attraverso la loro trasfigurazione organica», gli organi in quanto «parti diventano tutte uguali»⁵¹. Da altro versante, si è sottolineato che «portando ad esasperazione, oltre ogni ragionevole esaltazione, il principio di immedesimazione organica sino alla negazione di ogni possibile dualità soggettiva e al riconoscimento come proprie dell'ente in quanto tale di qualità fisiche e psichiche [...] proprie dell'organo, questa teoria ha finito ad un certo stadio della sua evoluzione con il dar vita a una nuova "alienità", quella questa volta della persona fisica preposta

⁴⁸ Come sottolinea B. SORDI, *Rappresentanza, organo, organizzazione*, cit., p. 203, «sono proprio quelle persone fisiche e naturali [...] quelle che dovevano essere nascoste dalla costruzione giuridica [...] al di là degli organi, tutto il resto è giuridicamente invisibile».

⁴⁹ Di «*disumanizzazione*» dei titolari degli organi» nell'ambito dell'immedesimazione organica parla G. SIRIANNI, *Le qualità dei governanti nella Costituzione*, in *Dir. pubbl.*, 2012, p. 169 ss., a p. 192, nota 50, richiamando il pensiero di Giovanni Marongiu e, in parte, anche quello di Giorgio Lombardi. Chi scrive ritiene, tuttavia, che il termine 'de-umanizzazione' (proposto nel testo) possa indicare il meccanismo artificiale di neutralizzazione, astrazione, estrazione e sottrazione della componente umana, attraverso il supposto dissolvimento dell'individualità della persona fisica che connota la *ficção* dell'immedesimazione organica, in maniera forse più precisa rispetto a quello di 'disumanizzazione'. La categoria del 'disumano', infatti, implica accezioni ulteriori, impregnate anche di esperienze storiche diverse rispetto alla «libertà come cifra fondamentale dell'umano»; essa «rimanda al linguaggio dei valori e delle scelte» ed a quelle «particolari condizioni in cui l'uomo si dimette dalle sue più preziose peculiarità», ed in cui ciononostante «l'uomo non cessa mai di essere tale anche negli abissi», come rileva recentemente, a proposito del pensiero di J.-P. Sartre e H. Arendt, M. MELETTI BERTOLINI, *Disumano, inumano e postumano. Alcune riflessioni tra J.-P. Sartre e H. Arendt*, in *Studi sartriani*, 2019 (in volume monografico significativamente intitolato *L'umana disumanità*), p. 119 ss., citazioni a pp. 120-121.

⁵⁰ S. ROMANO, *Organi*, cit., citazioni rispettivamente a p. 166 e a p. 155.

⁵¹ G. BERTI, *La parabola della persona Stato (e dei suoi organi)*, cit., p. 1008.

all'organo»⁵².

Ancora oggi, in letture contemporanee ed avvertite della teoria dell'organo, si ammette che l'immedesimazione organica consiste «in una *funzione* giuridica per cui la persona fisica (ed in genere il titolare) incardinandosi nell'organo *si dissolve* in quest'ultimo, *perdendo la propria individualità*»⁵³.

Vi è chi ritiene che «la c.d. immedesimazione organica», pur risolvendosi in una vera e propria «*indistinzione del soggetto agente rispetto all'ente*», dovrebbe «dirsi presente tutte le volte che sussistano effetti nei confronti dei terzi» (ad es., in caso di responsabilità per atto illecito in danno di terzi del funzionario-organo), sicchè essa «*rileva essenzialmente nei confronti dei terzi, mentre tra l'ente ed il proprio soggetto agente permangono, da altro angolo prospettico, le relazioni tipiche del rapporto di servizio*, con tutte le conseguenze che ne derivano, ad esempio in tema di diritti ed obblighi reciproci e in tema di responsabilità (tra le parti) per la relativa violazione»⁵⁴.

Se si assume questa prospettiva, «la persona fisica (preposta all'organo) *si identifica con l'ente* in forza del rapporto organico *ma, al contempo, si contrappone ad esso* in quanto legata dal rapporto di servizio»⁵⁵: emerge qui un ossimoro logico, nella pretesa simultaneità di identificazione e contrapposizione tra le stesse entità, che tuttavia non viene percepito come tale dalla dottrina che lo enuncia o, nei casi in cui ciò accade, viene liquidato ascrivendolo al novero dei «sofismi»⁵⁶. Altra

⁵² V. SCALISI, *Rappresentanza come dovere e rapporto organico come imputazione*, cit., p. 41.

⁵³ A. BARTOLINI, *Organo*, cit., p. 16 (corsivi aggiunti). Lo stesso A. (pp. 12-15), dopo aver definito il «concetto di organo» come uno «strumento potente di ipostatizzazione» in quanto «l'immedesimazione organica [...] consente la dissoluzione dell'amministratore nell'ente, venendo meno quell'alterità, dualità, presente nelle figure della rappresentanza e della sostituzione», da un lato riconosce che «la teoria organica necessita sicuramente di una rivisitazione e di un ammodernamento», ma dall'altro lato ritiene che «non sembra che ci si possa spingere al punto da negarne la sua utilità e vigenza [...] non sembra, dunque, ancora arrivato il momento di cantare un *te-deum* in memoria dell'organo amministrativo, che pare essere ancora in buona salute».

⁵⁴ Così G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo. Parte generale: i lineamenti essenziali del sistema*, cit., pp. 34-35 (corsivi aggiunti); si tratta di osservazione peraltro diffusa in dottrina.

⁵⁵ E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, 9ª ed., Milano, 2007, pp. 156-157. Secondo F. MERLONI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, 2ª ed., Torino, 2016, p. 104, «il rapporto di immedesimazione organica attiene sempre al *profilo oggettivo* del funzionamento dell'organo ed è cosa diversa dal rapporto (di lavoro o di ufficio, professionale o onorario) che regola lo svolgimento delle attività del funzionario (nel suo senso più ampio) a favore dell'amministrazione».

⁵⁶ Si legga S. ROMANO, *Organi*, cit., pp. 155-156: «Contro questa concezione dell'organo inteso come individuo, si sono mosse alcune obiezioni che sono del tutto infondate. Si è detto che, se l'individuo-organo conserva la sua qualità di persona, egli non può considerarsi assorbito nell'ente [...] sono questi dei sofismi: l'individuo-organo è persona, cioè può essere titolare di poteri, diritti, obblighi, di fronte a tutte le altre persone e lo stesso ente di cui è organo. Soltanto quando esercita la funzione connessa alla sua qualità di organo, non viene più in considerazione la sua personalità né di fronte all'ente né di fronte ai terzi, giacchè si immedesima con l'ente e fa corpo con esso. Non in ogni attività umana si manifesta la personalità, in senso giuridico, di chi la compie: nell'attività dell'organo come tale, essenziali sono le sue possibilità fisiche e psichiche di fare agire e volere l'ente, non le sue qualità giuridiche: in astratto,

autorevole dottrina, se da un lato ribadisce che «rispetto all'ente l'organo non rappresenta un'entità distinta, ma semplicemente una parte costitutiva», dall'altra afferma che «la verità è che di massima *gli organi [...] hanno una soggettività (interna) nell'ambito dell'ordinamento particolare dell'ente* cui appartengono, *ma non anche nell'ambito dell'ordinamento generale [...]* l'organo è sempre, rispetto all'ente cui appartiene, una parte rispetto al tutto; *in seno all'ordinamento (interno) dell'ente esso è però dotato di una propria soggettività (interna)*, la quale lo individua nei confronti degli altri organi. *In seno all'ordinamento generale [...]* l'organo è di norma *sforato di personalità*»⁵⁷.

A giudizio di chi scrive, invece, non è sostenibile l'idea secondo cui, azionando una sorta di ideale interruttore teorico, sarebbe possibile accendere la *fiction* dell'immedesimazione organica (facendo 'sparire' il funzionario persona) nel rapporto 'esterno' tra ente pubblico e terzi (ossia nell'ordinamento 'generale'), ed invece spegnerla (facendo 'riapparire' il funzionario persona) nel rapporto 'interno' tra ente pubblico e funzionario o tra funzionari (ossia nell'ordinamento 'particolare' dell'ente pubblico).

In primo luogo, in termini generali, il dogma dell'immedesimazione organica – se viene accettato davvero in quanto tale – implica un corollario logico non aggirabile: quello per cui «la nozione di *organo* è *antitetica* a quella di *soggetto* giuridico, nel senso che, per il principio dell'immedesimazione organica [...] *l'organo non può contrapporre una propria volontà autonoma rispetto a quella dell'ente* cui appartiene»⁵⁸ (si potrebbe dire, ponendosi dal lato della persona giuridica che

l'organo potrebbe essere anche uno schiavo. Il che non toglie [...] che gli siano attribuiti diritti e doveri verso lo stesso ente, ma tutto ciò attiene alla posizione che egli ha *perché* organo, non *come* organo; è un antecedente o un conseguente a tale sua qualità, non un intrinseco di essa».

⁵⁷ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Vol. 1, 14^a ed., Napoli, 1984, p. 212 (corsivi aggiunti), il quale significativamente aggiunge: «ma questa caratteristica non è essenziale alla categoria, non esistendo una assoluta incompatibilità logica tra organo e personalità giuridica: allorché l'organo abbia (eccezionalmente) personalità giuridica, l'imputazione del suo operato all'ente sarà di secondo anziché (come di regola) di primo grado»; ciò, secondo Sandulli, «vale anche a spiegare se qualche volta si sia parlato in dottrina di quasi-personalità o semipersonalità degli organi». V. in senso analogo C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Tomo I, 9^a ed., Padova, 1975, pp. 200-207, ove l'A. esamina partitamente «l'organo nel suo ordinamento interno», «l'organo nei suoi rapporti con lo stato» ed «i rapporti dell'organo con altri organi», concludendo nel senso che «si deve negare che, di norma, l'organo goda di una piena personalità esplicabile in ogni specie di rapporti. Ma il difetto di siffatta posizione di persona non vale a togliere giuridicità ai [...] rapporti interni», in seno ai quali l'ordinamento giuridico può attribuire agli organi «la posizione di centri autonomi di imputazione giuridica, e così consentirgli di porre in essere i rapporti necessari a soddisfarli».

⁵⁸ P. VIRGA, *Diritto amministrativo*. Vol. 1. *I principi*, Milano, 1983, p. 57 (corsivi aggiunti). Questo è uno tra i numerosi argomenti sulla base dei quali S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, cit., pp. 159-166, opera una serratissima «critica della teoria dell'organo», rilevandone numerose «aporie e contraddizioni» ed aggiungendo che essa «non è solo prigioniera di una spirale di contraddizioni interne [...] è anche non rispondente al diritto positivo», nonché

assorbe in sé l'organo, “né pentere e volere insieme puossi / per la contraddizion che nol consente”).

In secondo luogo, l'idea secondo cui l'immedesimazione organica opererebbe solo nei rapporti 'esterni' dell'ente pubblico con i cittadini, mentre non opererebbe, invece, nei rapporti 'interni' dell'ente pubblico con i funzionari, genera una contraddizione interna rispetto allo stesso orientamento dottrinale che pone l'immedesimazione a base della teoria dell'organo: la dottrina amministrativistica prevalente, infatti, riconosce la qualità di organo non solo agli «organi esterni», ma anche agli «organi interni», affermando che l'immedesimazione organica dovrebbe «coprire l'intero arco delle imputazioni, ossia l'imputazione alla persona giuridica di tutti gli atti giuridici, *sia rilevanti sia non rilevanti nei confronti dei terzi*», di talché «se l'organo imputa alla persona giuridica atti giuridici, e se vi sono atti giuridici rilevanti e non rilevanti nei confronti dei terzi, occorre giungere alla distinzione tra *due tipi di organo: l'organo che imputa atti interni e l'organo che imputa atti esterni*»⁵⁹.

In terzo luogo, per poter accettare la tesi sopra accennata, occorrerebbe supporre che il rapporto di servizio tra funzionario ed ente debba considerarsi, appunto, una relazione con rilevanza meramente 'interna', che si confina e si esaurisce totalmente nello spazio chiuso dell'ordinamento 'particolare' dell'ente pubblico e, dunque, resta giuridicamente irrilevante per i terzi collocati all' 'esterno' dell'ente, nell'ambito dell'ordinamento 'generale'. Tale assunto, tuttavia, non sembra in linea con una concezione giuridica moderna dell'organizzazione amministrativa, per una pluralità di ragioni, sulle quali vale la pena di soffermarsi.

L'organizzazione amministrativa si è affrancata, ormai, dal retaggio della sua dequotazione a

figlia di «esigenze superate», sicché «viene a mancare la base stessa sulla quale la teoria dell'organo è stata sviluppata». In particolare, Cassese evidenzia in forma interrogativa un paradosso (p. 162): «può l'organo essere, di regola, parte del tutto (dello Stato) e, ad alcuni fini, non esserlo?».

⁵⁹ F.G. SCOCA, *Le amministrazioni come operatori giuridici*, cit. [dalla 2^a ed., 1998], pp. 485-486; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., pp. 125-126; P. VIRGA, *Diritto amministrativo*. Vol. 1. *I principi*, cit., p. 53; M.S. GIANNINI, voce *Organi (teoria generale)*, cit., p. 49; ma già G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*. Vol. I. *Principi generali*, cit., p. 141. Non mancano in verità opinioni contrarie alla nozione di «organo interno», seppur minoritarie: ad es. G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa: principi*, cit., pp. 101-102; in ambito costituzionalistico, v. L. PALADIN - L.A. MAZZAROLLI - D. GIROTTO, *Diritto costituzionale*, IV ed. interamente riveduta e aggiornata, Torino, 2018, pp. 14-15, secondo cui «ragionare di organi interni in contrapposizione agli organi esterni dello Stato-soggetto – come pure suol farsi in dottrina – rappresenta un controsenso, perché la ragion d'essere dell'organo è il rapporto da instaurare fra lo Stato e uno o più soggetti terzi, di talché si dovrebbe concludere che il c.d. *organo interno* ... non è in realtà un organo, perché non in grado, per definizione, di produrre effetti giuridici capaci di travalicare la sfera giuridica dell'ente cui appartiene e per cui opera».

«retrobottega»⁶⁰, luogo di relazioni segregate, intestine, celate in una sfera meramente interna alla persona giuridica pubblica e a quest'ultima riservata, come tale di norma impermeabile/inatingibile da parte dei cittadini. Oggi, di contro, si può affermare che la sfera dell'organizzazione – la quale include evidentemente i rapporti di ufficio e di servizio tra funzionari ed enti pubblici – ha rilevanza esterna, potendosi riconoscere, ad esempio, la giuridica tutelabilità di pretese all'organizzazione amministrativa da parte dei cittadini, o ammettere la giustiziabilità dei doveri di organizzazione: ciò soprattutto ove si accolga la prospettiva che valorizza la strumentalità dell'organizzazione amministrativa al primato costituzionale della persona umana. In questa visione, infatti, si può ricostruire la «organizzazione amministrativa come funzione diretta» o «indiretta» dell'«ordine giuridico della società» costituito dai «diritti della persona»⁶¹; in questa visione, l'organizzazione amministrativa si mostra servente non solo all'esecuzione dell'indirizzo politico, ossia alla massimizzazione attuativa dell'interesse pubblico in senso “formale”, per come selezionato/preferito in maniera transeunte dalla maggioranza politica democraticamente rappresentativa del momento, ma anche, ed anzi soprattutto, servente al «pieno sviluppo della persona umana», singola e associata, nelle relazioni in cui «si svolge la sua personalità» (cfr. artt. 2

⁶⁰ 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, p. 57 ss., spec. p. 61 e p. 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)». Si tratta del noto insegnamento risalente a M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, pp. 118-120, 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».

⁶¹ L.R. PERFETTI, *Organizzazione amministrativa e sovranità popolare*, cit., 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»).

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 tutte le persone in carne ed ossa che, nel loro insieme, al di là della «distinzione di opinioni politiche» (art. 3 Cost.), lo costituiscono; la strumentalità dell'organizzazione amministrativa, dunque, non si riduce al servizio di una sola «parte» del popolo, ossia di quella che rappresenta temporaneamente e variabilmente la maggioranza elettorale del momento e che si colloca (per elezione o per nomina politica) ai vertici delle persone giuridiche pubbliche, ma assurge a garanzia di effettività indispensabile per tutelare i diritti inviolabili di ogni persona umana (a prescindere dal figurare tra i governanti o tra i governati, dall'appartenere a maggioranze o a minoranze, dall'essere tra i votanti o tra i non votanti), presidiandone inderogabilmente almeno il nucleo irriducibile⁶².

Lo stesso diritto positivo, peraltro, smentisce la tesi che vorrebbe dequotare il rapporto di servizio tra funzionario ed ente pubblico a fenomeno giuridicamente non rilevante per i terzi (i c.d. amministrati) all'esterno dell'ente pubblico, ossia nell'ordinamento generale, e racchiuderlo esclusivamente nell'ordinamento c.d. particolare dell'ente pubblico di appartenenza, a mo' di *interna corporis*.

Basti solo pensare a uno dei perni della moderna configurazione del rapporto di servizio, ossia il ciclo della *performance* disciplinato dal d.lgs. 150/2009 (definizione ed assegnazione degli obiettivi, collegamento tra gli obiettivi e le risorse, monitoraggio costante ed attivazione di eventuali interventi correttivi, misurazione e valutazione della *performance* organizzativa e individuale, utilizzo dei sistemi premianti, rendicontazione dei risultati conseguiti)⁶³. L'obbligo per ogni p.a. di misurare e valutare la *performance* è riferito dal d.lgs. 150/2009 non solo «all'amministrazione nel suo complesso, alle unità organizzative o aree di responsabilità in cui si articola», ma anche, individualmente, «ai singoli dipendenti» (art. 3, comma 2), in termini personalizzati di «*performance individuale* dei dirigenti e del personale responsabile di una unità organizzativa in posizione di

⁶² Sia consentito, sul punto, il rinvio a M. MONTEDURO, *L'organizzazione amministrativa: riflessioni sul pensiero di Domenico Sorace*, in questa *Rivista*, n. 1/2020, p. 545 ss., spec. p. 560 ss., e ID., *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva*, ancora in questa *Rivista*, n. 2/2020, p. 543 ss., spec. pp. 592-593.

⁶³ Su cui, di recente, v. le riflessioni di A. ZITO, *Il sistema della performance della pubblica amministrazione tra disegno organizzativo e svolgimento della funzione*, in questa *Rivista*, n. 2/2020, p. 599 ss.: in una prospettiva differente, ma complementare, rispetto a quella qui assunta, l'A. (p. 612) ritiene che «dal punto di vista dell'organizzazione, pare evidente come a dovere essere rimessa al centro del discorso è la pubblica amministrazione intesa come unitario soggetto di diritto, verrebbe quasi da dire la pubblica amministrazione come persona giuridica».

autonomia e responsabilità» (art. 9), oltre che in termini di «*performance organizzativa*» delle strutture cui i singoli appartengono (art. 8). Si noti che la «*performance individuale*» si misura in relazione al grado di raggiungimento di «specifici obiettivi individuali», alla differente «qualità del contributo assicurato» dal singolo rispetto ad altri colleghi nella struttura, alle differenti «competenze professionali e manageriali dimostrate», ai «comportamenti organizzativi» tenuti personalmente dal funzionario in questione, alla sua «capacità di valutazione dei propri collaboratori» se si tratta di dirigente o responsabile di unità (art. 9). Si valutano, oltre ai «risultati organizzativi», specificamente i «*risultati individuali raggiunti*» (art. 10). Rispetto al rapporto di servizio tra i singoli funzionari e l'ente, il d.lgs. 150/2009 stabilisce, da un lato, che la valutazione è «condizione necessaria per l'erogazione di premi e componenti del trattamento retributivo legati alla *performance* e rileva ai fini del riconoscimento delle progressioni economiche, dell'attribuzione di incarichi di responsabilità al personale, nonché del conferimento degli incarichi dirigenziali», dall'altro che «la valutazione negativa, come disciplinata nell'ambito del sistema di misurazione e valutazione della *performance*, rileva ai fini dell'accertamento della responsabilità dirigenziale e ai fini dell'irrogazione del licenziamento disciplinare»⁶⁴ (art. 3, commi 5 e 6); si tratta di «garantire che alla significativa differenziazione dei giudizi [...] corrisponda un'effettiva diversificazione dei trattamenti economici correlati» e, nel caso specifico dei dirigenti, «il criterio di attribuzione dei premi [...] è applicato con riferimento alla retribuzione di risultato» (art. 19); l'intero sistema dei «premi» al personale (art. 20 e ss.) si ispira ad analoghi criteri.

Questa normativa, in definitiva, per quanto discutibile e discussa, è chiaramente retta ed ispirata dall'idea che i funzionari non siano entità standardizzate/uniformi, indistinte all'interno della persona giuridica pubblica; che, invece, di ogni funzionario occorra saper discernere il *quid pluris* in termini di apporto e peso specifico riferito alla sua persona; che vi sia, cioè, il dovere di distinguere e valorizzare le differenze tra i contributi, le capacità, i comportamenti, i risultati individuali, perché i funzionari-uomini, che li esprimono nell'organizzazione, non sono affatto

⁶⁴ In relazione ai problemi connessi alla responsabilità dirigenziale e al conferimento degli incarichi dirigenziali, cfr. di recente M. IMMORDINO – C. CELONE (a cura di), *La responsabilità dirigenziale tra diritto e economia* [atti del Convegno internazionale, Palermo, 6-7 giugno 2019], Napoli, 2020; P.L. PORTALURI, *Pensieri scomposti sugli incarichi dirigenziali*, in *Federalismi.it*, n. 6/2021, p. 147 ss.; circa i profili relativi al potere disciplinare, v. S. STACCA, *Il potere disciplinare. Dalla protezione della comunità alla protezione dell'individuo*, Milano, 2018.

ingranaggi anonimi, invisibili, impersonali, meccanicamente fungibili.

Ebbene, in questo complesso sistema, appare significativo il fatto che «*la funzione di misurazione e valutazione delle performance è svolta*» – si badi – non solo «dagli Organismi indipendenti di valutazione della performance» e «dai dirigenti di ciascuna amministrazione», ma anche «*dai cittadini o dagli altri utenti finali in rapporto alla qualità dei servizi resi dall'amministrazione*» (art. 7, comma 2); sebbene i cittadini, in forma singola o associata, siano coinvolti nell'ambito della valutazione della «performance organizzativa» (art. 19-*bis*), per evitare forme di penalizzazione nominativa e diretta di singoli funzionari, il concetto di «*rilevazione del grado di soddisfazione degli utenti e dei cittadini*» è centrale (ancora art. 19-*bis*), così come il fatto che la «*rendicontazione dei risultati*», anche con riferimento alla *performance* individuale, debba avvenire non solo «agli organi di indirizzo politico-amministrativo, ai vertici delle amministrazioni, nonché ai competenti organi di controllo interni ed esterni», ma anche «*ai cittadini, ai soggetti interessati, agli utenti e ai destinatari dei servizi*» (art. 4, comma 2, lett. f). È stabilito l'obbligo per ogni pubblica amministrazione di presentare la Relazione sulla *performance* di cui all'art. 10, comma 1, lettere a) e b), del d.lgs. 150/2009, la quale «evidenzia, a consuntivo, con riferimento all'anno precedente, *i risultati organizzativi e individuali* raggiunti», anche «alle associazioni di consumatori o utenti [...] e a ogni altro osservatore qualificato, nell'ambito di apposite giornate della trasparenza» (art. 10, comma 6, del d.lgs. 33/2013); sono imposti rigidi «obblighi di pubblicazione dei dati relativi alla valutazione della *performance* e alla distribuzione dei premi al personale» (art. 20 del d.lgs. 33/2013); si consideri altresì l'obbligo di pubblicazione, per la conoscenza all'esterno da parte di ogni cittadino, del *curriculum vitae* di tutti i funzionari titolari di posizioni organizzative nell'ambito di un ente pubblico (art. 14, comma 1-*quinquies*, del d.lgs. 33/2013).

Tutte le suesposte previsioni normative, se lette nel loro complesso, rendono difficile sostenere che il rapporto di servizio, per come oggi normativamente conformato, sia riducibile a rapporto meramente interno alle mura della persona giuridica pubblica, come tale irrilevante all'esterno per i cittadini nell'ordinamento generale.

Ma allora:

(i) se il rapporto di servizio tra funzionario ed ente pubblico è un autentico rapporto giuridico bilaterale (non unisoggettivo), che come tale intercorre tra soggetti giuridici distinti,

(ii) e se il rapporto di servizio è giuridicamente rilevante all'esterno, ossia nell'ordinamento generale, anche nei confronti dei cittadini,

(iii) allora non sembra possibile giustificare logicamente l'esito cui condurrebbe il dogma dell'immedesimazione organica, ossia quello secondo cui, nell'ambito dell'ordinamento generale, quando i funzionari in rapporto di servizio con l'ente pubblico si relazionano ai cittadini, adottando nei loro confronti atti amministrativi o tenendo comportamenti amministrativi, il rapporto tra ente pubblico, funzionari-organi e cittadini non dovrebbe considerarsi trilaterale, bensì bilaterale, perché uno dei soggetti – il funzionario-organo – dovrebbe asseritamente 'scompare', di fronte ai cittadini, nella sua alterità soggettiva con l'ente pubblico di appartenenza.

A rafforzare tale dubbio, si aggiunga che neppure la stessa «etica pubblica» del funzionario – posta al cuore del rapporto di servizio, in quanto ispira numerosi istituti tra i quali i codici di comportamento, cui sono collegati profili disciplinari – è intesa, oggi, come un fatto a rilevanza meramente interna, per così dire endo-organizzativa o intra-burocratica.

Attenta dottrina, infatti, ricordando che ex art. 28 Cost. «l'affermata diretta responsabilità di funzionari e dipendenti pubblici ha da tempo legittimato in sede civile e penale il diritto di azione degli interessati, condizionato o in posizione sussidiaria», ha ritenuto in proposito che «a eguale conclusione si debba pervenire con riferimento alla *possibilità degli amministratori di agire in sede disciplinare ogni qualvolta risultino lesi i loro diritti a vedere funzionari e dipendenti pubblici adempiere le funzioni con disciplina e onore (artt. 28 e 54 Cost.), veri e propri diritti relativi alla correttezza di funzionari e dipendenti pubblici* esattamente correlati agli indicati obblighi di questi di legalità, fedeltà, diligenza, rettitudine e obbedienza [...] è proprio lo *statuto costituzionale del funzionario e dipendente pubblico a rendere tale conclusione inevitabile*, a cominciare dal dovere imparziale (art. 97 Cost.) del pubblico impiegato di porsi al servizio esclusivo dei cittadini amministrati (art. 98 Cost.) secondo un comportamento che rifletta «disciplina e onore» (artt. 54 e 98 Cost.), la violazione dei quali determina una diretta responsabilità degli stessi funzionari e dipendenti pubblici, *id est* fonda il *diritto degli amministratori ad agire – per fare valere gli indicati obblighi e a fortiori a intervenire ex art. 9 e 10 legge 241/1990 - in sede disciplinare a tutela del loro diritto a vedere tenuto un comportamento improntato a disciplina e onore in coloro cui sono state affidate*

pubbliche funzioni (art. 28 e 54 Cost.)»⁶⁵.

3. Il contrasto tra la *factio* dell'immedesimazione e la centralità del funzionario persona nel quadro della Costituzione. Le tendenze alla ri-personalizzazione del rapporto amministrativo.

È dunque alla Costituzione che occorre tornare, ripercorrendone le previsioni scolpite testualmente con cristallina chiarezza, per recuperare un'immagine giuridica del funzionario amministrativo – per così dire – “in purezza”: la carica fortemente innovativa della Costituzione circa questo profilo, infatti, rischia di sfuggire all'occhio dell'interprete se quest'ultimo non è in grado di emanciparsi, almeno ai fini dell'osservazione, dalle lenti deformanti dell'immedesimazione organica ereditate dalla tradizione pre-costituzionale, così come non è possibile percepire esattamente i colori di un paesaggio se lo si guarda ponendosi dietro vetri opachi.

Già nel tetraedro costituzionale costituito dagli artt. 1, 2, 3 e 4 emerge come il «*lavoro*», su cui l'intera Repubblica è democraticamente «fondata», trovi una delle sue dimensioni fondamentali (accanto a quella del «*diritto*») nel «*dovere*» di concorrere «al progresso materiale o spirituale della società», incombente su «ogni cittadino»: l'assolvimento di tale dovere qualifica il cittadino tra i «*lavoratori*», ai quali la Repubblica garantisce l'effettiva *partecipazione* [...] *all'organizzazione* politica,

⁶⁵ Così R. CAVALLO PERIN, *L'etica pubblica come contenuto di un diritto degli amministratori alla correttezza dei funzionari*, in F. MERLONI – R. CAVALLO PERIN (a cura di), *Al servizio della Nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, Milano, 2009, p. 147 ss., citazioni a pp. 160-161 (corsivi aggiunti). Aggiunge l'A. (pp. 158-159, corsivi aggiunti), che «la disciplina costituzionale del funzionario e dipendente pubblico è da ritenersi dunque un vincolo indisponibile anche per le stesse parti del rapporto di lavoro, vincolo che normalmente è detto norma imperativa rispetto al contratto (art. 1418, comma 1, c.c.), ma che nel caso in esame, si delinea più precisamente come elemento causale del rapporto di lavoro del funzionario (art. 54, 98 e 28 Cost.) con l'amministrazione di appartenenza, cioè la ragione giuridica del rapporto di lavoro che l'amministrazione ha instaurato con il funzionario, ragione che si identifica con la destinazione delle professionalità all'esercizio della funzione o del servizio pubblico. Si tratta in ogni caso di un'attività preordinata a essere svolta non nell'interesse patrimoniale o egoistico dell'organizzazione amministrativa, ma nel perseguimento imparziale di quegli interessi superindividuali o collettivi - detti interessi pubblici - che l'ordinamento di volta in volta ha inteso tutelare con favore per tutti o per determinati amministratori, che sono soggetti terzi rispetto all'organizzazione pubblica, ma quasi sempre destinatari dell'azione amministrativa. È la destinazione delle professionalità all'esercizio d'attività caratterizzate dalla cura imparziale d'interessi degli amministratori, più direttamente è la causa del rapporto di lavoro instaurato con il funzionario a sottoporre questi al servizio degli amministratori secondo imparzialità (art. 97 Cost.) disciplina e onore (art. 54 Cost.)».

economica e sociale *del Paese*». Questo dovere si ascrive al novero dei «*doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*», il cui «*adempimento*» è condizione indispensabile per la garanzia di effettività dei «*diritti inviolabili dell'uomo*».

Il lavoro (anche) come dovere inderogabile di ogni cittadino, dunque, se da un lato fonda la comunità intera (la Repubblica), dall'altro è costituzionalmente riferito al progresso della comunità intera (la società), e consente la partecipazione effettiva all'organizzazione della comunità intera (il Paese).

Il dovere di cui all'art. 4 può essere assolto in due modi, tra loro non alternativi, con opzione da esercitare «secondo le proprie possibilità e la propria scelta»: ogni cittadino può scegliere di svolgere semplicemente «una attività», oppure (unitamente ad essa o in luogo di essa) può scegliere di impegnarsi a svolgere «una funzione».

Compare subito, dunque, la sfera della «funzione», ancora senza aggettivi (privata o pubblica) nell'art. 4 Cost., comunque connotata per sua natura dal rispondere ad interessi alieni/meta-individuali, come già nella sua radice etimologica dal lat. *fungi*, nel senso di *servire*, prestare *servizio*.

Poiché la natura della funzione è quella di agire nell'interesse di altri, il cittadino che assuma su di sé lo svolgimento di una funzione si troverà normalmente ad operare «*nelle formazioni sociali*», come persona che in esse si colloca, partecipandovi: ma senza venirne assorbito, dissolto, fagocitato; restando cioè in primo piano come «persona umana», in modo che le formazioni sociali divengano per ogni uomo spazi di espansione «ove si svolge la *sua* personalità», funzionali al «pieno sviluppo della persona umana», non già, all'opposto, trappole o macchine in cui la personalità del *singulus* venga ad annichilirsi nel *totum* collettivo attraverso la riduzione della persona a cosa, risorsa, oggetto strumentale da asservire e, se del caso, immolare sull'altare di impersonali fini supremi.

Una persona che scelga di assumere su di sé la «funzione» come dovere/lavoro ex art. 4 Cost. è posta dalla Costituzione di fronte a un ampio ventaglio di opzioni: svolgere una funzione privata (ad es., familiare ex art. 37 Cost.; o cooperativa/mutualistica ex art. 45 Cost.) oppure (unitamente ad essa o in luogo di essa) svolgere «*funzioni pubbliche*» ex art. 54 Cost.; queste ultime, a loro volta, possono essere «*funzioni pubbliche elettive*» o, in alternativa, «*pubblici uffici*» diversi dalle cariche elettive (artt. 51 e 97 Cost.); nel novero delle «funzioni pubbliche», la scelta può ricadere sull'adempimento di «*funzioni amministrative*» (es. art. 118 Cost.) o, invece, di funzioni pubbliche differenti quali, ad es.,

quelle giurisdizionali (artt. 102, 106 e 107 Cost.) o quelle parlamentari (artt. 67, 68 e 70 Cost.).

A questo punto emerge chiaramente la fisionomia costituzionale dei «*funzionari*» (art. 28, 87, 97 Cost.), che la Carta fondamentale illumina nel loro essere, innanzitutto, *persone umane* che assumono su di sé come *lavoro-dovere* l'esercizio di una *funzione*.

Il funzionario *amministrativo* è dunque persona che assume su di sé come lavoro-dovere l'esercizio di una funzione *amministrativa*, di norma accedendo «agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni» mediante «concorso» (salvo i casi stabiliti dalla legge, art. 97. Cost.) e, così, ascrivendosi al novero dei «pubblici impiegati» (art. 98 Cost.), «dipendenti dello Stato e degli enti pubblici» (art. 28 Cost.).

I «pubblici impiegati» sono posti dalla Costituzione, in una norma di rilievo fondamentale, non al solo servizio delle persone giuridiche di diritto pubblico nella cui organizzazione si incardinano, ma «*al servizio esclusivo della Nazione*» (art. 98 Cost.), e dunque, ancora una volta, della comunità intera e non di una sua parte, frazione pubblica o fazione privata che sia.

A questo «servizio esclusivo della Nazione», che vede come protagonisti sul piano soggettivo i funzionari in quanto uomini, fanno da *pendant* sul piano oggettivo «il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione» come organizzazione (art. 97 Cost.). E, soprattutto, nell'ambito dell'organizzazione dei pubblici uffici, la Costituzione è chiarissima nell'evidenziare che «le sfere di competenza», «le attribuzioni» e «le responsabilità» devono considerarsi «*proprie dei funzionari*».

Infine, nel testo dell'art. 28 Cost., si staglia ancora una volta in primo piano il funzionario, come persona, nel momento la Costituzione gli intesta «*direttamente*» la responsabilità «*degli atti compiuti in violazione di diritti*»; con ciò si scolpisce inequivocabilmente uno schema per cui, non solo in termini pregiudiziali o fattuali, ma in termini pienamente giuridici ed anzi *iussu Constitutionis*, gli «atti» devono considerarsi (anche ai fini della responsabilità) «compiuti» da «funzionari» che ne sono «responsabili»; è solo per amplificazione e propagazione, non in sostituzione ma in aggiunta, che la responsabilità per aver compiuto quegli atti «*si estende*» alle persone giuridiche pubbliche per le quali i funzionari lavorano, secondo il noto modello della c.d. doppia responsabilità diretta concorrente.

Se ci si pone, come è doveroso trattandosi della fonte suprema e fondativa dell'ordinamento, all'interno di queste coordinate costituzionali, appare davvero difficile continuare a giustificare

l'esito di cui è inesorabilmente portatore il dogma dell'immedesimazione organica, ossia l'eclissi del funzionario come persona, oggettivamente deumanizzata e reificata in organo-parte, soggettivamente dissolta nell'ente-tutto fino a scomparire o comunque a divenire giuridicamente invisibile nei confronti dei cittadini, privata di identità e negata nella sua stessa alterità rispetto alla «formazione sociale» in cui il funzionario si colloca, intendendo per tale l'organizzazione amministrativa⁶⁶.

Deve invece ritenersi che il *primato della persona umana* nella teoria dell'organizzazione amministrativa⁶⁷ si esprima non solo *fuori*, ma anche *dentro* l'organizzazione.

Non si tratta, cioè, soltanto di affermare il primato della persona quando quest'ultima *ab extra* si rivolge all'amministrazione, in veste di cittadino o di utente; la stessa organizzazione amministrativa è composta *ab intra* di persone reali (i funzionari e i dipendenti), in carne ed ossa, che intrecciano relazioni con altre persone non solo all'interno ma anche all'esterno dell'organizzazione.

Dunque, occorre guardare alla «burocrazia»⁶⁸ rimettendo al centro la sua *umanità*, che ne è il cuore pulsante. La burocrazia deve essere tenuta ben lontana da un rischio che inavvertitamente segnala la stessa radice etimologica del lemma, ossia quello di spersonalizzare uomini in burattini⁶⁹.

Potrebbe sembrare un rilievo scontato, ma non lo è. Proprio l'ipoteca dell'immedesimazione organica ha per lo più legittimato, sia in sede di disciplina normativa che di interpretazione giurisprudenziale e di ricostruzione dottrinale, letture di segno opposto dell'organizzazione amministrativa, volte ad «eliminare l'aspetto individuale, personale e soggettivo», quasi che le persone che operano negli uffici siano un «elemento meramente strumentale dell'organizzazione, il tassello di un ingranaggio», de-soggettivate in componenti oggettive (organi) di una sorta di

⁶⁶ Sia consentito il rinvio a M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva*, cit., pp. 548-549; per la pubblica amministrazione come «formazione sociale» ex art. 2 Cost., v. già M. NIGRO, *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo*, in *Pol. dir.*, 1975, p. 579 ss., spec. p. 582, e F. FRACCHIA, *Il pubblico dipendente nella "formazione sociale" "organizzazione pubblica"*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2003, p. 769 ss.

⁶⁷ V. *supra*, nel precedente par. 2, note 61 e 62.

⁶⁸ Sempre fondamentale, sul tema, G. PASTORI, *La burocrazia*, Padova, 1967.

⁶⁹ Come ricorda, tra i molti, A. DI MAIO, in *Gregorianum*, 1996, p. 555 ss., p. 567, «'burattino' e 'burocrazia' hanno in comune lo stesso segmento '-bur-' che etimologicamente indicava il panno (ovvero il tessuto con cui è fatto il corpo del burattino e con cui erano ricoperti i tavoli degli uffici pubblici)»; v. altresì G. LEONARDI, *Vocabolario istrionico. Burocrazia, burattini e marionette*, in *Le Antiche Dogane*, n. 259, 2021, p. 5.

«macchina dell'obbedienza alla legge»⁷⁰.

Un ritorno alla Costituzione potrebbe invece rivitalizzare letture rimaste più lontane dal *mainstream*, ma sotterraneamente sempre presenti.

Sembra qui doveroso dar conto di (almeno alcune tra) queste opinioni dottrinali, citandone testualmente i passaggi più rilevanti per evidenziare, con la massima onestà intellettuale, il debito che questo scritto ha con esse.

Basti pensare a chi, già alla fine degli anni '80 del secolo scorso, nel criticare la costruzione teorica tradizionale secondo cui l'organo è «parte integrale della persona statale, né separabile da essa, né distinguibile in essa, senza una sua propria individualità», affermava in maniera sarcastica: «questi *cittadini* a cui si chiede una *speciale sottomissione* sono destinati a diventare, in un modo o nell'altro, *organi* dello Stato, *parte immedesimata* dalla sua organizzazione. In questa prospettiva concettuale [...] non c'è, sul piano concettuale stesso, assoggettamento che sia adeguato allo scopo: *non uomini, ma congegni sarebbero preferibili; non persone, ma schiavi dovrebbero essere chiamati a far funzionare i meccanismi dello Stato*»⁷¹. A ciò tale lungimirante dottrina opponeva, invece, che «le persone fisiche» sono «i veri e soli attori del diritto»⁷², rimettendo al centro della scena «*il funzionario titolare come tale di sfere di competenza, poteri, doveri e responsabilità*», che svolge «attività ascritte alla comunità giuridica» ma solo «in quanto *immediatamente e direttamente titolare della funzione che egli svolge nell'ufficio e in adempimento del dovere d'ufficio*»⁷³. E la stessa dottrina sottolineava che «la nozione di organo non è più sufficiente perché concettualmente incapace di dare ragione dell'intera struttura logica dell'agire pubblico in quanto *agire di individui in funzione dell'ordinamento* [...] il soggetto rileva, in questi fenomeni, come prestatore di una attività ed è in definitiva il modo proprio di essere di questa attività a decidere della posizione soggettiva dell'agente»⁷⁴, onde «*il centro della norma contenuta nell'art. 97 non è più il primo ma il secondo comma, laddove il soggetto agente è individuato nel funzionario* [...] la funzione organizzatrice in altro non consiste se non nello stabilire l'ordinamento degli uffici e quindi nella

⁷⁰ Lo rileva, criticando tale approccio, A. PIOGGIA, *Le persone come risorsa strategica nell'amministrazione dello sviluppo sostenibile*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, p. 1055 ss., spec. pp. 1055-1057. V. sul punto P. FORTE, *Enzimi personalisti nel diritto amministrativo*, cit., *passim*.

⁷¹ G. MARONGIU, *Funzionari e ufficio nell'organizzazione amministrativa dello Stato*, cit., citazioni rispettivamente a p. 418 e a p. 416 (corsivi aggiunti).

⁷² ID., op. ult. cit., p. 421 (corsivi aggiunti).

⁷³ ID., op. ult. cit., p. 425 (corsivi aggiunti).

⁷⁴ G. MARONGIU, *Organo e ufficio*, cit., p. 87 e p. 89 (corsivi aggiunti).

prescrizione e disciplina delle attribuzioni, dei poteri e delle responsabilità dei funzionari in quanto partecipanti all'ufficio [...] in questo senso il primo comma dell'art. 97 dice [...] che i pubblici uffici sono modellati come un'organizzazione e che *questa organizzazione corrisponde a nient'altro che alla qualificazione comportamentale dell'agire dei funzionari* in essi ricompresi⁷⁵. Lo stesso concetto fondamentale di «dovere d'ufficio» viene riletto, in tale prospettiva, come *«dovere di funzionari [...]»* che consente allo schema normativo in cui si esprime l'organizzazione di realizzarsi anche nel vivo delle relazioni interpersonali, costituendo una categoria di doveri e di responsabilità che sono di natura squisitamente organizzativa, certo distinta da quei doveri e da quelle responsabilità che invece legano il funzionario come impiegato al proprio servizio⁷⁶.

Allo stesso modo, altri hanno messo in evidenza la necessità di *«personalizzazione dei rapporti tra chi svolge funzioni pubbliche ed i cittadini»*, giacchè, ai sensi dell'art. 98 Cost., *«sono i pubblici impiegati (e non un'impersonale amministrazione pubblica) ad essere al servizio esclusivo della Nazione»*, onde occorre che *«i rapporti fra cittadino e Amministrazione giungano ad una ulteriore, effettiva consistenza di rapporto umano»*⁷⁷; in questa prospettiva, anche la stessa dottrina favorevole

⁷⁵ ID., op. ult. cit., p. 92 (corsivi aggiunti).

⁷⁶ ID., op. ult. cit., p. 93 (corsivi aggiunti). Sul dovere d'ufficio, v. ora S. DETTORI, *Coordinamento e dovere d'ufficio nella logica dell'interdipendenza amministrativa*, in questa Rivista, n. 1/2020, p. 22 ss.

⁷⁷ Questo è il pensiero di I.M. MARINO, *Prime considerazioni su diritto e democrazia*, in ACCADEMIA DI SCIENZE LETTERE E BELLE ARTI DEGLI ZELANTI E DEI DAFNICI, *Memorie e Rendiconti*, Serie V, vol. VIII, Acireale, 2009, p. 41 ss. (successivamente pubblicato anche in *Dir. soc.*, 2010, p. 239 ss. nonché in E. FOLLIERI – L. IANNOTTA (a cura di), *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Napoli, 2010, p. 145 ss.): i passaggi citati nel testo sono alle pp. 67 e 69 ed ivi alla nota 75 (corsivi aggiunti). Secondo Marino (op. ult. cit., pp. 67, 69 e 70), «il cambiamento inizia quando l'offerta di utilità da parte dello Stato a beneficio dei cittadini costringe ad inaugurare rapporti con soggetti ed organizzazioni più contigue ai cittadini stessi, rapporti nei quali cittadini ed istituzioni pubbliche possano riconoscersi reciprocamente quali "persone" [...] la Costituzione repubblicana paleserà e consoliderà, anche per altri versi, la personalizzazione dei rapporti fra chi svolge funzioni pubbliche ed i cittadini, con le relative conseguenze giuridiche: a partire dall'articolo 28, con la responsabilità diretta di funzionari e dipendenti pubblici secondo le leggi penali, civili e amministrative, per gli atti compiuti in violazione di diritti. Ma anche con l'articolo 97, comma 2, secondo cui nell'ordinamento degli uffici sono determinate le competenze e le responsabilità proprie dei funzionari; ed altresì con l'articolo 98, comma 1, secondo il quale sono i pubblici impiegati (e non un'impersonale amministrazione pubblica) ad essere al servizio esclusivo della Nazione, così come l'articolo 67 prevede che ad esercitare le funzioni senza vincolo di mandato e a rappresentare la Nazione non sia il Parlamento, ma "Ogni membro del Parlamento" [...] democrazia e diritto si legano in un rapporto umano: la Costituzione ci rassegna così un diritto che aspira alla libertà dell'uomo e ad identificarsi nel rapporto umano, a riconoscere da uomini liberi la necessità di condividere delle regole e di concorrere al progresso materiale e spirituale della società con lo svolgimento di un'attività o una funzione che si ha il dovere di svolgere secondo le proprie possibilità e la propria scelta (articolo 4, secondo comma, della Costituzione; norma troppo a lungo erroneamente intesa come dovere al lavoro, anziché come impegno di solidarietà umana). La qualità del nuovo rapporto fra cittadino e amministrazione coinvolge quasi tutti i profili dell'evoluzione dell'ordinamento giuridico contemporaneo e costringerà a rivedere anche i consueti riferimenti alla legittimazione democratica alla luce della nuova convergenza sull'autonomia politica, sull'apparato (organi burocratici) e sul cittadino [...] da qui la rilevanza della personalizzazione

all'immedesimazione organica riconosce non solo che è del tutto erroneo «assimilare il lavoro delle persone ai mezzi materiali delle amministrazioni» e considerare il «personale» uno «strumento», ma più radicalmente che «è inconcepibile assimilare delle persone a cose [...] 'l'amministrazione' è un concetto astratto così come "il personale" è una generalizzazione astratta. *La realtà dell'amministrazione è invece costituita da tutte le persone in carne ed ossa* che, lavorando in modo coordinato, operano per le finalità che giuridicamente vengono considerate proprie dell'amministrazione»⁷⁸.

Questa esigenza di «*ripersonalizzazione dell'organo nel funzionario*»⁷⁹ è con ogni evidenza incompatibile con il dogma dell'immedesimazione organica, da cui discende inevitabilmente la

dei rapporti fra cittadino e Amministrazione pubblica e dei nuovi percorsi di legittimazione che ne sono conseguiti. Nel momento in cui al ministro, unico organo "responsabile", titolare del potere dello Stato e parte del rapporto di questo con il cittadino, si sostituiscono i dirigenti, e forse proprio a cagione di questo passaggio, assistiamo ad eventi di rilevanza fondamentale per diritto e democrazia: il rapporto fra cittadino e Stato si personalizza in maniera visibile e definitiva, la legittimazione dei nuovi organi, i dirigenti, che non nasce da una investitura popolare, non può ricondursi soltanto agli istituti della nomina e della revoca, bensì direttamente ad un rapporto con i cittadini che si sviluppa particolarmente nel procedimento». Aggiunge l'A. (p. 71, corsivi aggiunti) che, a suo giudizio, «la legge sul procedimento inaugura [...] una nuova stagione di rapporti tra cittadini e amministrazioni pubbliche. *Rapporti ineludibilmente personalizzati*» anche grazie alla figura del responsabile del procedimento, sulla quale v. M. BELLAVISTA, *La posizione organizzativa del responsabile del provvedimento e di quella del responsabile del procedimento*, cit., *passim*.

⁷⁸ D. SORACE, *Diritto*, cit., p. 207 (corsivi aggiunti); riecheggiano nella mente le parole, seppur pensate e scritte in un contesto storico/culturale e in un quadro dogmatico completamente diversi, di D. DONATI, *La persona reale dello Stato*, in *Rivista di Diritto pubblico*, 1921, 1 ss., spec. p. 10 ss. (corsivi aggiunti): «la sostanza della persona reale dello Stato è formata dal complesso dei suoi funzionari, in quanto tali, vale a dire da ciò che suol chiamarsi l'organizzazione statale [...] la differenziazione e la sintesi si operano, non soltanto rispetto al complesso dei funzionari coesistenti in un dato momento, ma anche rispetto al complesso dei funzionari succedentisi nel tempo. Per una via si ha la nozione della persona statale considerata in un dato momento, per l'altra via si ha la nozione della continuità della persona stessa, si ha la nozione della persona dello Stato in quanto si mantiene nel tempo [...] *Sostanza della persona statale devono dirsi i pubblici funzionari*. Soltanto si ha, che *i cittadini, nel loro complesso integrale o in un complesso più limitato, sono a loro volta assunti a funzionari pubblici*». Di recente A. PIOGGIA, *Le persone come risorsa strategica nell'amministrazione*, loc. ult. cit., dichiara di preferire «il termine "persone" piuttosto che l'espressione "risorse umane", spesso utilizzata in abbinamento a "risorse strumentali", proprio per segnalare, anche a livello lessicale, come gli individui non costituiscano un bene fungibile».

⁷⁹ G. DI GASPARE, *Organizzazione amministrativa* [riedizione della voce *Organizzazione amministrativa* pubblicata in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. X, Torino, 1995, p. 513 ss.], in *Amministrazione In Cammino*, 29 gennaio 2021, p. 1 ss., citazione a p. 12 (corsivi aggiunti). L'A. sottolinea (pp. 9-10) che «si ripropone, al centro della ricostruzione della teoria dell'organizzazione, la responsabilità personale del funzionario-agente in ordine al risultato [...] l'introduzione del controllo di gestione, implicando un passaggio dall'atto all'attività comporta inevitabilmente un'attribuzione di responsabilità in ordine al risultato e spinge progressivamente verso un ripensamento del ruolo della dirigenza amministrativa all'interno degli apparati pubblici»; da qui (p. 12) «la riemersione in primo piano sulla scena dell'azione amministrativa della persona fisica del funzionario, quale "responsabile dell'unità organizzativa" o "del procedimento" (cfr. art. 4 l. 241). È in questa veste, infatti, che il pubblico funzionario è ora chiamato a rendere conto della propria attività in termini anche di efficacia. Le potenzialità eversive, conseguenti alla introduzione di queste figure ripersonalizzate sul modello legalitario-burocratico, costruito sull'anonimato dei funzionari e sulla fungibilità dell'organo, sono ancora da esplorare appieno».

«personalizzazione del funzionario nell'organo»⁸⁰.

L'art. 28 Cost., in un simile contesto, potrebbe liberare tutte le proprie potenzialità sul piano ricostruttivo agli occhi dell'interprete, assurgendo a vera e propria «innovazione costituzionale» che, in termini di principio, logicamente «implica un *sovertimento della tradizionale concezione organica dell'attività e della connessa dinamica giuridica tramite l'organo* [...] ponendo direttamente in primo piano la responsabilità del funzionario, l'interpretazione innovativa apre la prospettiva su di un diverso campo teorico, *eclissando anche pragmaticamente la centralità dell'organo* [...] *il funzionario responsabile dell'«unità organizzativa» e del «procedimento» si trova proiettato in un contesto di rapporti giuridici immediatamente rilevanti verso i terzi*. È un modello di imputazione della responsabilità destinato ad estendersi [...] *l'apparizione sulla scena della persona fisica del funzionario, nella suaccennata dimensione di responsabilità, reintroduce quella dualità nei confronti dello stato e della pubblica amministrazione che è stata negata con la teoria dell'organo* [...] *questo riaffermato dualismo dunque è destinato a ricacciare sullo sfondo ogni rappresentazione dei rapporti organizzativi in termini di immedesimazione organica*»⁸¹.

Anche l'art. 54 Cost., laddove riferisce ai «cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche», direttamente e personalmente, «il *dovere* di adempierle con disciplina ed *onore*», ha consentito alla dottrina più sensibile di mettere in evidenza una distonia stridente tra l'innovativo impianto costituzionale e la *tralatizia fictio* dell'immedesimazione organica. Si è detto, sul punto, che l'art. 54 dimostra chiaramente una cosa: «i *funzionari* possono infatti essere richiesti di doveri d'ufficio (possono diventare *titolari di doveri*) solo perchè essi *cessano di essere più organi della persona stato o di enti*

⁸⁰ ID., op. ult. cit., p. 2 (corsivi aggiunti). L'A. nota (p. 3): «il fatto è che non essendo possibile porre sullo stesso piano di rappresentazione della realtà l'astratta persona dello stato (il suo *nomen iuris*) e la concreta fisicità dei funzionari, pena il dissolvimento della stessa dimensione “reale” dello stato-ente, la dottrina giuridica è stata costretta a trascrivere anche il secondo termine del rapporto su di un piano di raffigurazione della realtà ontologicamente omogeneo a quello in cui si colloca l'astratta idea dello Stato: spersonalizzare il funzionario “imbozzolandolo”, per così dire, nella figura dell'organo [...] la teoria organica comporta, inevitabilmente, la spersonalizzazione del rapporto, quasi come in un «transfert», dunque, la personalità del funzionario si trasferisce nell'astratta dimensione dell'«ufficio». La complessità di questa trascrizione, verrebbe da dire transustanziazione, del funzionario nell'entificazione della sua «competenza», è pertanto tutta inscritta all'interno dell'evoluzione della teoria dell'organo e giace al fondo della tuttora irrisolta, e forse irrisolvibile, ambiguità della sua natura, scissa tra titolare ed ufficio, e nella intrinseca contraddittorietà del rapporto di identità - alterità che si instaura con la persona dello stato».

⁸¹ ID., op. ult. cit., p. 13 (corsivi aggiunti). L'A. conclude (pp. 14-15, corsivi aggiunti) nel senso che «siamo, quindi, oltre il punto di ritorno, sulla strada di una nuova costruzione teorica “personalizzata” dell'organizzazione amministrativa [...] *si assiste ad un ribaltamento di posizione tra organo e funzionario. Una specie di rinvincita del secondo sul primo: mentre l'organo perde la rilevanza esterna, che era la sua ragion d'essere, per acquistarne una meramente interna all'organizzazione: il funzionario diviene il principale, se non unico, protagonista dell'azione amministrativa*».

pubblici, ma divengono finalmente soggetti provvisti di una capacità giuridica esterna ed una responsabilità autonoma (come gli artt. 97, co. 2, e 28 cost. del resto esplicitano)»⁸². E si è aggiunto che «l'art. 54 u.c. dunque si configura in primo luogo, prima che come una norma che assegna doveri, come una norma sulla organizzazione pubblica che ne disegna un nuovo assetto coerente con la sovranità popolare, nel quale le funzioni pubbliche cessano di essere riservate allo stato-persona, per essere eseguite mediante organi, che operano attraverso agenti-prestatori di energie psico-fisiche, ma sono direttamente affidate a cittadini-funzionari operanti ed organizzati nell'ambito di uffici [...] in questo quadro organizzativo [...] trova la sua giustificazione e la sua necessità sistemica la attribuzione in capo ai funzionari del dovere di rango costituzionale di adempiere con disciplina ed onore (che non sarebbe invece compatibile con la loro qualificazione di organi privi, proprio per essere tali, di diritti e di doveri, se non in una dimensione internistica), e risulta viceversa complementare con la titolarità (affidamento) di poteri pubblici [...] l'art. 54 u.c. non si è limitato a richiedere, nel nome di un generico personalismo, ai prestatori delle energie psico-fisiche necessari per imprimere moto all'apparato pubblico una dedizione speciale, aggiornata e più fervida, ma assai simile a quella imposta dallo stato liberale ai suoi servitori, ma effettua una assegnazione di doveri che è complementare all'affidamento di funzioni»⁸³.

⁸² G. SIRIANNI, *Le qualità dei governanti nella Costituzione*, cit., p. 194 (corsivi aggiunti), richiamando il pensiero di Giovanni Marongiu. L'A. (pp. 198-201, corsivi aggiunti) specifica opportunamente, a proposito dell'ambito di applicazione soggettivo dell'art. 54, u.c., Cost., che «l'affidamento di funzioni pubbliche si verifica non già allorché il cittadino sia in qualsiasi forma coinvolto nell'esercizio di poteri pubblici, ma quando egli diviene titolare di funzioni pubbliche. *Destinatario del precetto non può essere altri che il funzionario [...]*»; a proposito dell'ambito di applicazione oggettivo, afferma condivisibilmente che «'funzione' è, insieme, il compito e l'attività del funzionario, quell'attività che viene assunta come rilevante nella sua globalità (e cioè *comprensiva di atti, non atti, comportamenti*) prefigurata nel contenuto e nello scopo, vertente su un certo effetto anche se liberamente prescelta, alla quale acceda una potestà». Le conclusioni del ragionamento dell'A. sono di grande importanza e impatto, laddove mettono in evidenza che «il dovere di disciplina ed onore si collega pertanto esclusivamente alla posizione di funzionario, mentre, *ai fini della sua sussistenza, risulta del tutto irrilevante tanto la natura sostanziale del potere pubblico (che può riguardare qualsiasi funzione) e il suo carattere libero o vincolato nel fine, quanto la modalità dell'affidamento (elezione, concorso, nomina) ed il titolo (professionale o onorario) della prestazione [...]* tutti i soggetti qualificabili come funzionari (onorari come professionali) confluiscono dunque, *in apicibus* (salvo poi differenziarsi, anche in modo profondo) in un unico genere, in quanto accomunati sia dalla loro qualità di cittadini-affidatari di funzioni pubbliche (*cives activi*, in quanto acceduti a funzioni pubbliche) sia nella soggezione ad un identico dovere comportamentale (adempiere con disciplina ed onore le funzioni affidate) nell'ambito di un rapporto politico che collega la comunità politica e i suoi funzionari [...] *a tale nuovo assetto corrisponde, dunque, la necessità di abbattere lo steccato che separa la dirigenza politica dall'amministrazione e di riconsiderare unitariamente, nel suo profilo essenziale, la posizione di chiunque sia investito di funzioni pubbliche, nel senso che i suoi doveri hanno una base costituzionale* e rifluiscono nella dimensione dei rapporti politici, e cioè di una relazione la cui essenza è data dalla configurazione di un rapporto tra soggetti agenti e comunità politica non mediato da una persona giuridica-stato che pretenda di porsi al di sopra della collettività che essa intende rappresentare».

⁸³ ID., op. ult. cit., pp. 198-199 (corsivi aggiunti).

Il dovere di adempiere alle funzioni pubbliche con «*disciplina*», cui si riferisce l'art. 54 Cost., viene così a poter essere interpretato non più come «ubbidienza e soggezione», in rapporti di gerarchia interorganici che restano confinati all'interno della sfera unisoggettiva dell'ente pubblico di appartenenza, ma come concetto collegato a un «principio meritocratico», evincibile anche dall'imposizione del concorso pubblico, che ben è messo in luce dalla radice etimologica del *discere*, di talchè «il cittadino-affidatario di funzioni pubbliche debba essere 'disciplinato' nel senso di provvisto del corredo delle qualità, delle attitudini, della perizia, della prudenza, occorrenti perché egli possa essere in grado di adempiere le funzioni pubbliche che gli sono state affidate»; ebbene, di queste «regole di prudenza, di sapere, di perizia», i funzionari «essi soli – le persone in carne ed ossa – sono i necessari ed esclusivi portatori», onde «dall'art. 54 u.c. scaturisce l'immagine di *un potere pubblico che si oggettivizza senza tuttavia disumanizzarsi: gli agenti pubblici non sono più concepiti come fornitori meccanici di energie psicofisiche, ma come soggetti cui le funzioni vengono affidate proprio al fine di consentire e realizzare l'incontro del dovere d'ufficio con la techne e con l'ars, i saperi umani necessari per curarlo*»⁸⁴.

E lo stesso dicasi per il dovere di adempiere alle funzioni pubbliche con «*onore*», cui si riferisce sempre l'art. 54 Cost., che chiama in causa la necessaria «*condizione di libertà morale*» che è propria del funzionario, in quanto persona e non burattino, ossia «nel fatto di non essere (né apparire) *sottomesso* ad interessi» di qualunque natura che si pongano a «pregiudizio della capacità di curare gli interessi pubblici in modo regolare e obiettivo»⁸⁵.

Al termine di questo percorso, sulla scorta delle previsioni della Carta illuminate dalle estese citazioni della dottrina che più le ha valorizzate, sembra quindi che vi siano basi solide per giungere a una conclusione: uno dei principali, più antichi e resistenti dogmi che la dottrina ha tradizionalmente associato alla teoria dell'organo, ossia la *fictio* della c.d. immedesimazione organica,

⁸⁴ ID., op. ult. cit., pp. 203-205 (corsivi aggiunti).

⁸⁵ ID., op. ult. cit., pp. 207-208 (corsivi aggiunti). L'A. conclude (p. 209) nel senso che «l'art. 54 della Costituzione sembra dunque raccogliere l'insegnamento aristotelico, calandolo nel contesto di un ordinamento repubblicano e democratico. Ai magistrati supremi, che oggi sono una folta schiera di cittadini attivi, cui è conferita la titolarità delle funzioni pubbliche, si richiede, indipendentemente dalla natura dell'ufficio e dal titolo di legittimazione, di essere fedeli alla costituzione (egualmente alla generalità dei cittadini), e di essere, nell'esercizio della carica, provvisti di capacità e giustizia, in quanto il sapere (l'arte di governare, l'arte di amministrare, l'arte di giudicare, in una prospettiva di professionalità e di specializzazione) e la onestà intellettuale rappresentano le condizioni essenziali per l'esistenza, il funzionamento ed il mantenimento della forma politica democratica».

non sembra difendibile nel quadro dei principi costituzionali sull'amministrazione, ove si assuma a presupposto dell'analisi una lettura basata sul primato della persona umana fuori e dentro l'organizzazione amministrativa.

Se un *dogma di creazione dottrinale*, elaborato in assenza di un espresso fondamento normativo e forgiato peraltro in era pre-costituzionale, si pone in distonia con *il testo e il tessuto costituzionale* (vertice del diritto positivo e linfa del diritto vivente), non sembra che possano bastare a giustificare la conservazione del dogma né il rispettoso omaggio a una pur gloriosa tradizione, né la mancanza ad oggi, nelle riflessioni della dottrina, del coraggio di “rischiare” nella ricostruzione teorica di modelli di imputazione giuridica rinnovati – non necessariamente archiviando ma, ove sufficiente, revisionando “in positivo” quelli fin qui utilizzati –; modelli che siano adeguati ai profondi mutamenti intervenuti nell'ordinamento e in grado di espungere la *fiction* dell'immedesimazione organica, senza per questo doversi ritenere condannati a ricadere – “in negativo”, per inerzia o per carenza di alternative – nell'insoddisfacente (ai fini del diritto amministrativo) schema della rappresentanza.

4. Un'ipotesi di lavoro per la revisione della teoria dell'organo.

Non sarebbe coerente chiudere queste riflessioni senza applicare anche a se stessi, in autovincolo, quanto appena auspicato, ossia lo sforzo di tentare “in positivo” l'apertura di un sentiero diverso per ricerche ulteriori (che ci si ripromette di proseguire in altra sede, con argomentazioni ponderate, anziché per ellissi come in questa sede, dati i limiti del presente contributo).

Non è implausibile, a giudizio di chi scrive, un'ipotesi: quella di poter mantenere la teoria dell'organo come modello di imputazione giuridica, ma “depurandola” dalla *fiction* dell'immedesimazione. Dunque, per quanto possa apparire controintuitivo, una *teoria dell'organo senza immedesimazione organica*⁸⁶.

⁸⁶ Si tratta di una possibilità già autorevolmente intuita, seppur argomentata sulla base di presupposti notevolmente diversi da quelli indicati nel presente scritto, da una parte rimasta minoritaria della dottrina

La teoria dell'organo, una volta espunta da essa l'immedesimazione, resterebbe valida e utilizzabile ma a patto di una sua profonda riconfigurazione teorica.

Non potrebbe più sostenersi, infatti, che il funzionario-organo veda giuridicamente dissolta la propria personalità e negata la propria alterità soggettiva rispetto all'ente pubblico: il rapporto tra persona giuridica pubblica, funzionario amministrativo e cittadino si configurerebbe dunque (disvelandosi per quello che in realtà è già) come tripolare, non bipolare, sul piano soggettivo⁸⁷.

Gli *atti* compiuti dall'organo, in questo modello di imputazione organica senza immedesimazione, dovrebbero considerarsi – è questa l'idea esplorativa che qui si propone – oggetto di una *doppia imputazione contestuale* sia alla persona umana titolare dell'organo, sia all'ente pubblico per cui l'organo agisce, mentre gli *effetti* di tali atti verrebbero imputati all'ente pubblico.

Un simile modello, se fosse solidamente ricostruibile e potesse essere condiviso:

- non si confonderebbe in alcun modo con la rappresentanza; in quest'ultima, infatti, non vi è doppia imputazione dell'atto, in quanto a un soggetto viene imputato l'atto, mentre l'altro ne riceve solo gli effetti;

- manterrebbe i “benefici”, in termini garantistici, della teoria dell'organo; la persona giuridica pubblica continuerebbe cioè a ricevere l'imputazione giuridica non solo degli effetti, ma anche dell'atto (seppur non “solitariamente”, come invece avviene con l'immedesimazione), dunque non vi sarebbe alcuna diminuzione del livello di tutela dei cittadini, i quali avrebbero pur sempre, di fronte a sé, atti giuridicamente qualificabili come «atti della pubblica amministrazione» ex art. 113 Cost.;

- potrebbe essere considerato coerente con (e forse, anche fondato sul) dato positivo del testo costituzionale, giacché, in definitiva, si limiterebbe a replicare e generalizzare uno schema già scolpito dalla Costituzione nell'art. 28 Cost., facendolo per così dire “risalire” dal piano patologico dell'imputazione della responsabilità (“a valle”) al piano fisiologico dell'imputazione degli atti (“a monte”); l'art. 28 Cost., come si è già rilevato, codifica appunto una doppia (a due soggetti, il funzionario e l'ente) imputazione contestuale, concorrente e (per entrambi i soggetti) diretta; lo

amministrativistica: il riferimento è alle tesi di Giovanni Miele, per l'illustrazione delle quali si rinvia *supra*, alla precedente nota 32.

⁸⁷ Per l'alterità soggettiva tra funzionario-organo ed ente pubblico anche nelle relazioni ‘esterne’ con i terzi, v. ancora la posizione di Miele, *supra* alla nota 32.

stesso art. 28, con il suo tenore testuale, offre argomenti per considerare gli «atti» come «compiuti» dai funzionari «direttamente» e, quindi, giuridicamente imputabili anche ad essi oltre che all'ente pubblico.

In questo modello, ferma la contemporaneità e contestualità della doppia imputazione degli atti, a distinguersi tra loro sarebbero, semmai, i *piani di rilevanza giuridica dell'imputazione*, variabili in base all'evoluzione del diritto positivo e giurisprudenziale.

Gli atti, cioè, verrebbero imputati sempre e comunque a due soggetti (funzionario-organo ed ente), ma con rilevanza giuridica a fini diversi per ciascuno dei due soggetti.

Allo stato attuale dell'ordinamento, ad esempio, l'imputazione degli atti alla persona umana titolare dell'organo rilevarebbe (senza alcuna pretesa di esaustività, ma solo per dare una misura della portata pratica ed applicativa del modello) nell'ambito del suo rapporto di lavoro pubblico, inclusi i profili della *performance* individuale e quelli disciplinari; sul piano erariale; sul piano reputazionale dell'«onore» del funzionario ex art. 54 Cost. anche nei suoi rapporti con i cittadini; nei confronti dei terzi eventualmente danneggiati in termini di responsabilità del funzionario ex art. 28 Cost., etc. Per contro, l'imputazione degli atti all'ente pubblico rilevarebbe in via generale, ossia (valorizzando il «*si estende*» di cui all'art. 28 Cost.) su tutti i piani di rilevanza giuridica differenti da quelli specifici in cui, sulla base del diritto positivo o giurisprudenziale, rileva l'imputazione dell'atto al funzionario-persona.

In ogni caso, la teoria dell'organo, anche qualora fosse così riconfigurata, probabilmente non rappresenterebbe più l'unico modello di imputazione giuridica predicabile per l'attività amministrativa, bensì uno schema generale/residuale, applicabile cioè solo qualora il diritto positivo o giurisprudenziale non predisponga modelli di imputazione giuridica speciali e differenziati (il che sembra accadere, per vero, con sempre maggiore frequenza).

A quest'ultimo assunto, qui appena accennato, così come a tutti i nodi problematici implicati dall'ipotesi formulata, converrà tuttavia riservare, in indagini successive, approfondimenti più accurati di queste minime annotazioni.

FRANCESCO FOLLIERI
Professore Associato di Diritto Amministrativo presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche per l'Impresa
della LUM "Giuseppe Degennaro"
follieri@lum.it

POLITICA, BUROCRAZIA E BUON ANDAMENTO

POLITICS, BUREAUCRACY, AND GOOD ADMINISTRATION

SINTESI

Il lavoro muove da precedenti riflessioni sul rapporto tra politica e amministrazione. Se ne derivano alcune proposte – la separazione tra organi che sono a servizio della politica ed i restanti; la selezione per merito e la conferma in base ai risultati, per i secondi. Identificati i problemi della relazione, se ne mettono in luce le storture quanto alla misurazione della performance della burocrazia, a causa della mancata assunzione di responsabilità degli organi politici. Anche le recenti riforme, dirette a ridurre la responsabilità dei funzionari, non sembrano andare nella direzione corretta, perché la buona amministrazione deriva da funzionari capaci e non irresponsabili.

ABSTRACT

The paper takes advance of the analysis carried out in a previous work in this journal (*Politica e amministrazione*). Under that theoretical background, the author proposes two remedies, such as separate executive's bodies organs serving political representative form the rest of public administration and appoint the office only by merit and measure the performances of bureaucracy. In spite of this, Italian legislation issued a mechanism torpedoing KPI (Key Performance Indicators), by political omissions and recently reduced officials' responsibilities.

PAROLE CHIAVE: politica e amministrazione – responsabilità amministrativa – buona amministrazione

KEYWORDS: politics and administrative bodies – officer's responsibility – accountability – good administration

INDICE: 1. Premesse. – 2. Misurazione della performance, politica e burocrazia. – 2.1. L'efficienza della p.a. – 2.2. Il fallimento della misurazione della *performance*. - 3. "Amministrazione difensiva", politica e burocrazia. – 4. Brevi conclusioni.

1. Premesse.

Nell'ottica di portare a compimento la riflessione che ha preso avvio in occasione del IX Convegno di Urbino¹, è opportuno ricapitolare gli approdi di quell'analisi, da utilizzare quali premesse di questo ulteriore svolgimento.

Nell'indagare la relazione 'organi di governo – burocrazia' e i due "poli" intorno a cui si è costruito il dibattito, ossia la strumentalità dell'amministrazione al programma di governo e l'imparzialità dell'amministrazione, si è in primo luogo precisato che l'opposizione tra strumentalità e imparzialità risente di una sovrapposizione tra il piano dell'attività e quello dell'organizzazione.

La relazione tra attività politica e attività amministrativa è infatti dominata dalla strumentalità dell'amministrazione alla politica: quale che sia l'atto in cui l'attività di selezione dei fini si traduce² (la Costituzione, la legge ordinaria o un atto di indirizzo), per effetto della (regola della) legalità dell'azione amministrativa³, l'amministrazione deve attuare il programma assiologico e deontico che la politica ha stabilito. Sicché sul piano dell'attività, la soluzione nel nostro diritto positivo è univoca: l'amministrazione è strumentale alla politica, tanto nel senso che l'attività amministrativa è strumentale all'attività legislativa, quanto nel senso che l'attività della burocrazia è strumentale all'attività degli organi di governo.

Tuttavia, la strumentalità dell'attività amministrativa all'attività politica non implica alcunché in relazione all'organizzazione, cioè alla relazione tra organi politici e organi o uffici amministrativi (quali che siano). La burocrazia può in ipotesi essere indipendente dagli organi di governo, cioè totalmente autonoma dal punto di vista organizzativo dagli organi di governo, sulla falsa riga della magistratura⁴. E tuttavia la sua attività continua ad essere strumentale all'attività politica (*recte*, al suo prodotto), perché subordinata all'attuazione dei livelli superiori dell'ordinamento. La strumentalità

¹ Ossia durante il Convegno "Organizzazioni, interessi pubblici e diritti", tenutosi nel 2018 – le cui relazioni sono pubblicate in questa Rivista, nn. 1 e 2/2019. In particolare, il presente scritto conclude il percorso di ricerca avviato con F. FOLLIERI, *Politica e amministrazione*, in questa Rivista, n. 1/2019, 109 ss.

² Cioè l'attività politica, come definita in F. FOLLIERI, *Politica e amministrazione*, cit., n. 1/2019, 111 ss.

³ Nella prospettiva dell'amministrazione, infatti, la legalità è una regola, non un principio. Cfr. M. MAZZAMUTO, *La legalità debole dei principi*, in *Dir. e Soc.*, 1993, pp. 473 e ss., ove la dimensione della legalità come principio emerge rispetto al legislatore, in relazione alla predeterminazione dei poteri amministrativi (da bilanciare con il principio del buon andamento della p.a.).

⁴ Modello cui si avvicinano le autorità amministrative indipendenti, che secondo alcuni sono autorità para-giurisdizionali: cfr. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, cit., p. 343.

all'attività politica non implica un certo assetto dei rapporti tra organi politici e non: dalla strumentalità dell'attività amministrativa alla politica non può dedursi *more geometrico* il regime della relazione organizzativa tra organi di governo e burocrazia⁵.

Per altro verso, la discussione intorno allo statuto costituzionale dell'organizzazione amministrativa non tiene in adeguato conto che strumentalità ed imparzialità sono sanciti nella nostra Costituzione non come regole, ma come principi. È perciò inevitabile che essi collidano e che possano trovare bilanciamenti diversi e dunque condurre a diversi modelli di organizzazione a Costituzione invariata, tanto in epoche diverse (come è accaduto per le varie “stagioni” della dirigenza pubblica), quanto nello stesso momento storico in relazione a diversi settori dell'amministrazione (come le autorità amministrative indipendenti e gli uffici di diretta collaborazione dei ministri)⁶.

Il bilanciamento tra strumentalità e imparzialità spetta in primo luogo al legislatore e poi all'amministrazione stessa – fermo restando che tali decisioni trovano un limite nella proporzionalità e ragionevolezza⁷. Attualmente, la relazione tra organi politici e organi burocratici nelle amministrazioni territoriali (Stato, Regioni ed enti locali) è ispirato maggiormente all'imparzialità, dunque prevede la separazione delle funzioni e delle conseguenti responsabilità. Tuttavia, i “contrappesi” individuati dal legislatore sul piano del rapporto di servizio (cioè sul piano dei poteri di nomina, conferma e revoca agli o dagli incarichi dirigenziali) hanno attribuito (o conservato) al patronato politico un ruolo rilevante nella carriera del burocrate e dunque rafforzato la capacità degli organi di governo di esercitare pressioni sulla burocrazia – specie in via informale. In questo contesto, si consuma il “delitto perfetto”: la politica decide, senza assumersene la responsabilità giuridica⁸.

I possibili rimedi a questo cortocircuito sono:

⁵ F. FOLLIERI, *Politica e amministrazione*, cit., 124 ss.

⁶ F. FOLLIERI, *Politica e amministrazione*, cit., 127 ss.

⁷ È forte l'eco delle parole di D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, IX ed., 2018, 328: ma già ID., *Promemoria per una nuova voce “Atto amministrativo”*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, 745 ss., particolarmente 762, a proposito della discrezionalità organizzativa, dei suoi limiti e quindi della sua giustiziabilità. Il tema è stato di recente ripreso da M. MONTEDURO, *L'organizzazione amministrativa: riflessioni sul pensiero di Domenico Sorace*, in *questa Rivista*, 1/2020, 562 ss. che ne ha evidenziato l'attualità anche in giurisprudenza.

⁸ F. FOLLIERI, *Politica e amministrazione*, cit., 129 ss.

(i) separare la funzione di ausilio agli organi di governo dalla funzione di gestione. La funzione di supporto agli organi di governo è l'unica infatti ove si giustifichi un nesso realmente fiduciario. Tale funzione è ad oggi esercitata da taluni organi burocratici apicali, insieme ad una parte delle funzioni di gestione. Separare queste funzioni, permetterebbe di distinguere gli uffici di supporto alla politica (lo staff politico) con funzioni istruttorie, di studio e di raccordo con gli uffici di gestione, dagli uffici di gestione. E dunque di distinguere le modalità di attribuzione dell'incarico per gli uni e per gli altri;

(ii) istituire modalità selettive basate esclusivamente sul merito per il conferimento degli incarichi apicali diversi da quelli di supporto politico e subordinare anche la mancata riconferma in questi incarichi alla motivazione circa la *performance* del dirigente. In questo modo, ci si assicura che il dirigente abbia interesse a fare bene il suo lavoro, cioè attuare il programma di governo nei limiti della legittimità, senza doversi ingraziare il politico di turno per ottenere l'incarico o la conferma, dunque ripristinando la sua posizione di argine contro gli «eccessi» degli organi di governo e di garanzia dei diritti (anche fondamentali) dei cittadini⁹.

Al contempo, si è evidenziato, la discussione dogmatica, focalizzandosi sul dato che gli organi di governo (statale, regionale e locale) sono legittimati politicamente e dunque non possono essere imparziali, ha tralasciato di indagare il buon andamento di quegli organi – pur sempre amministrativi. In quest'ottica, identificato il presupposto dell'efficienza dell'amministrazione nella competenza (secondo l'alternativa weberiana tra competenza o diletterismo nell'amministrazione delle società contemporanee), si è concluso che l'attuazione minima del principio di buon andamento impone al legislatore di stabilire requisiti di competenza per ricoprire anche incarichi amministrativi ad investitura politica. Sicché, pur a voler tralasciare gli incarichi conferiti tramite elezione diretta, è incostituzionale la disciplina sulla nomina del Presidente del Consiglio, dei ministri e degli assessori delle Regioni e degli enti locali, nella parte in cui non stabilisce requisiti minimi per l'accesso a quegli incarichi.

A voler sintetizzare brutalmente, nell'indagare il rapporto tra politica e amministrazione all'inizio di questo percorso ci si è concentrati a ricercare le ingerenze della politica

⁹ F. FOLLIERI, *Politica e amministrazione*, cit., 131 s.

nell'amministrazione e a denunciarne le storture, in difesa della burocrazia: la politica, riservandosi penetranti poteri nel conferimento degli incarichi dirigenziali, si ritaglia una (potenzialmente) decisiva influenza sull'attività della burocrazia, scaricando al contempo sui burocrati la responsabilità; la politica esercita le residue funzioni amministrative ancora intestate agli organi ad investitura politica senza alcuna garanzia di competenza, diversamente dalla burocrazia. Sicché gli organi ad investitura politica senza garanzia di competenza (e nei fatti in larga parte "occupati" da persone prive di competenze tecniche e politiche), esercitando le funzioni ad essi conferite dall'ordinamento o ingerendosi nell'esercizio delle funzioni conferite agli organi ad investitura burocratica, condannano l'amministrazione al diletterismo e dunque ad una diffusa inefficienza.

Questa prospettiva collide con l'idea dominante nell'opinione pubblica del nostro Paese, secondo cui la burocrazia (non la politica) è la ragione dell'inefficienza dell'amministrazione e che quindi la burocrazia (non la politica) deve essere oggetto di riforma. Almeno a partire dagli anni '90 del Novecento, poi, la tesi viene corroborata dall'impatto negativo che tale inefficienza produce sull'economia: la burocrazia frena lo sviluppo del Paese e dunque la produzione di nuova ricchezza e l'innovazione¹⁰.

Tuttavia nell'opinione comune "burocrazia" è spesso sinonimo di "amministrazione", non si distinguono cioè le funzioni e i (de)meriti della politica da quelli dei funzionari di carriera. Sicché potrebbe sembrare azzardato trarre da questa indicazione uno spunto di ricerca. In verità, da oltre un secolo, anche la dottrina individua nella burocrazia in senso proprio almeno una delle ragioni di inefficienza dell'azione amministrativa. Già alla fine dell'Ottocento, quando cioè vigeva il modello della responsabilità ministeriale, le lentezze e le inefficienze dell'amministrazione italiana venivano

¹⁰ Nel dibattito pubblico, le posizioni in questa direzione sono numerosissime, tanto in generale (cfr. *Confindustria*: "L'Italia con la burocrazia tedesca avrebbe 70 miliardi di Pil in più", in *La Repubblica*, 4 luglio 2020, https://www.repubblica.it/economia/2020/07/04/news/l_italia_con_la_burocrazia_tedesca_avrebbe_70_miliardi_di_pil_in_piu_-260929719/), quanto in relazione a singoli settori, come le energie rinnovabili (di recente, J. GILIBERTO, *Il ritardometro, così la burocrazia frena le rinnovabili*, in *Il Sole 24 Ore*, 9 aprile 2021, <https://www.ilssole24ore.com/art/il-ritardometro-così-burocrazia-frena-rinnovabili-ADQVR3VB>).

Di ciò chiaramente risente anche la legislazione: cfr. a mero titolo d'esempio quanto rilevato da G. GAROFOLI, *Semplificazione e liberalizzazione dell'attività amministrativa nel contesto del riformismo amministrativo italiano degli ultimi decenni*, in G. AMATO – G. GAROFOLI (a cura di), *I tre assi. L'Amministrazione tra Democratizzazione, Efficientismo e Responsabilità*, Roma, 2009, 42 s., secondo cui dal 1993 al 2009 i tentativi di semplificare l'azione amministrativa sono sempre stati messi in collegamento con o qualificati come interventi a favore dello sviluppo economico – e nel decennio successivo l'inclinazione è stata ampiamente confermata: cfr. A. MASSERA, *I criteri di economicità, efficacia ed efficienza*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, II ed., 2017, 56 s.

imputate (anche) all'«ingranaggio burocratico [che] sciupa una parte considerevole di forze, senza utilità alcuna»¹¹. Nel 1979, il «Rapporto sui principali problemi dell'Amministrazione dello Stato» redatto da Giannini riporta l'opinione diffusa di burocrati, «secondo i giudizi più spinti in negativo, inetti e fannulloni, e secondo quelli più in positivo, [...] tardigradi e [...] cultori di formalismi»¹².

Inoltre attualmente i dirigenti (dunque i burocrati) esercitano le funzioni di gestione. Sicché può essere assunta come ipotesi di indagine l'idea che la burocrazia in senso stretto sia la causa dell'inefficienza della p.a.: se (quasi) tutte le funzioni sono esercitate da organi ad investitura burocratica, la burocrazia è la “principale indiziata” dell'inefficienza della p.a.

Del resto, dall'ipotesi che l'inefficienza dell'amministrazione dipenda essenzialmente dall'inefficienza della burocrazia muovono anche le recenti riforme, volte ad accelerare l'azione amministrativa, con le quali il legislatore ha ristretto (o tentato di restringere) l'area della responsabilità penale e contabile dei funzionari¹³ per ridurre la c.d. burocrazia difensiva, ossia l'esercizio della funzione volto non a soddisfare l'interesse pubblico ma ad evitare ogni rischio di responsabilità per il funzionario¹⁴.

Sicché, provando a valorizzare questo spunto, si guarderà a due profili, la misurazione della performance, principale strumento di valutazione dell'efficienza della p.a., e la c.d. burocrazia difensiva, fenomeno sempre più spesso indicato come causa dell'inefficienza della p.a. In relazione a ciascuno di questi si verificherà il ruolo della politica e della burocrazia.

¹¹ Così V.E. ORLANDO, *Sulla questione economica e amministrativa in Italia*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1895, 152, sebbene la soluzione a questo problema prospettata da Orlando sia quella di abolire la responsabilità ministeriale, valorizzando gli ingranaggi burocratici.

¹² Così il *Rapporto sui principali problemi dell'Amministrazione dello Stato*, preparato da M.S. GIANNINI, in qualità di Ministro della Funzione Pubblica e trasmesso alle Camere, del 16 novembre 1979, ora disponibile in <http://www.tecnichenormative.it/RapportoGiannini.pdf>, p. 7.

¹³ Cfr. gli artt. 21 e 23 del d.l. n. 76/2020, convertito in legge n. 120/2020.

¹⁴ Fra gli amministratori è più frequente l'analisi dell'*overdeterrence* della responsabilità erariale, quale causa della burocrazia difensiva: cfr. di recente M. CAFAGNO, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e “burocrazia difensiva”*, in *Dir. ec.*, 2018, 625 ss.; ID., *Risorse decisionali e amministrazione difensiva. Il caso delle procedure contrattuali*, in *Dir. amm.*, 2020, 35 ss.; S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 293 ss.

In termini più ampi, che ricomprendono anche la responsabilità penale, L. TORCHIA, *L'efficienza della pubblica amministrazione fra ipertrofia legislativa e atrofia dei risultati*, relazione tenuta al 64° Convegno di Studi Amministrativi su *Sviluppo economico, vincoli finanziari e qualità dei servizi: strumenti e garanzie*, Varenna, 20-21-22 settembre 2018; M. CLARICH, *Riforme amministrative e sviluppo economico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 172 s.

2. Misurazione della performance, politica e burocrazia.

2.1 L'efficienza della p.a.

Secondo l'idea tradizionalmente accolta dalla dogmatica, l'efficienza della p.a. è una delle declinazioni del buon andamento cui in base all'art. 97 Cost. deve essere ispirata la pubblica amministrazione, assieme all'efficacia e all'economicità. Tale chiave di lettura di «matrice economico-aziendalistica»¹⁵ del buon andamento della p.a. mette in relazione mezzi, obiettivi e risultati della p.a.: la relazione tra risultati e obiettivi è l'efficacia, la relazione tra mezzi e risultati è l'efficienza¹⁶, la relazione tra mezzi e obiettivi (intesa come sostenibilità dei costi dell'intero programma di azione o produzione) è l'economicità¹⁷. In quest'ottica, un'amministrazione è tanto più efficiente quanti più “prodotti” riesce a produrre con una certa quantità di “risorse”: l'efficienza aumenta con l'aumentare dei “prodotti” e la diminuzione delle “risorse” impiegate, è la produttività¹⁸. Questa nozione di efficienza diviene la pietra angolare del modello della “amministrazione di risultato” affermatosi nel nostro Paese dapprima in dottrina (a partire dagli

¹⁵ Per usare le parole di A. MASSERA, *op. cit.*, 48.

¹⁶ Più specificamente, l'efficienza interna o tecnologica. Accanto a questa nozione di efficienza, tipica dell'economia aziendale, l'economia conosce una nozione più lata di efficienza, ossia l'efficienza complessiva nell'allocatione delle risorse, tipica dell'economia politica – la cui definizione più nota fra i non economisti è quella di Pareto (cfr. D. CAVALIERI, G.C. GIANNELLI, *Introduzione all'economia politica*, Milano, II ed., 2005, 173 ss.

¹⁷ Cfr. ancora A. MASSERA, *op. cit.*, 49.

¹⁸ R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Santarcangelo di Romagna, 2016, 22.

anni Settanta del Novecento)¹⁹ e poi nel diritto positivo (all'inizio degli anni Duemila)²⁰ anche sulla spinta dell'affermarsi delle idee del *New Public Management*²¹.

Questo sistema di misurazione e di individuazione delle disfunzioni dell'organizzazione si fonda su due pilastri.

Innanzitutto su un modello in cui siano quantomeno distinte e conseguentemente attribuite le funzioni di pianificazione, organizzazione, direzione, coordinamento e controllo²². L'individuazione delle funzioni è una componente normativa. Sicché anche ove essa non vi fosse, deve essere realizzata. Tuttavia, come pure nota l'economia aziendale, è difficile pianificare e dunque stabilire obiettivi in organizzazioni che esercitano molte funzioni diverse (come solitamente accade per le amministrazioni territoriali). È il problema della pianificabilità dell'azione delle organizzazioni pubbliche.

¹⁹ In particolar modo, l'esigenza di affiancare alla legalità dell'amministrazione, anche il criterio dell'efficienza nasce con l'affermarsi dello Stato sociale, ad opera della Costituzione: per raggiungere gli scopi indicati dalla Costituzione, per soddisfare adeguatamente gli interessi selezionati come pubblici dall'ordinamento, l'amministrazione deve agire anche in maniera efficiente - cfr. V. BACHELET, *Responsabilità del Ministro e competenza esterna degli uffici direttivi dei ministeri*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, 590; S. CASSESE, *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 1983, 80.

La formula "amministrazione per risultati" si deve invece a M.S. GIANNINI, M.S. GIANNINI, *Organi di mera erogazione ed organizzazione impropria (a proposito degli Enti di patronato)*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 1959, 3 ss. e in *Studi in onore di Lorenzo Mossa*, vol. III, 1961, 393 e infine in ID, *Scritti*, vol. IV, Milano, 2004, 705 ss., che la conia in opposizione all'"amministrazione per atti".

Nello Stato liberale, ossia dello Stato minimo, la legalità – la dimensione della garanzia delle libertà rispetto al potere amministrativo – era sufficiente: l'efficienza era giuridicamente irrilevante, confinata al più ad un rilievo meramente interno all'amministrazione. Sull'evoluzione del ruolo dell'efficienza nella dogmatica giuridica qui appena accennata, si veda R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza*, cit., 31 ss.; più di recente D. VESE, *Sull'efficienza amministrativa in senso giuridico*, Padova, 2018.

²⁰ Per una riflessione sull'impatto di questo approccio sulla dogmatica del diritto amministrativo e poi sulle riforme da questo innescate si vedano a mero titolo d'esempio, L. IANNOTTA, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, 1999; ID., *Costruzione del "futuro" delle decisioni e giustizia nell'Amministrazione di risultato*, in ID. (a cura di), *Economia, diritto e politica nell'amministrazione di risultato*, Torino, 2003, 3 ss.; ID., *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (Parte di amministrare)*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 1 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula «amministrazione per risultato»*, in AA. VV., *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, 2001, vol. II, 815 ss.; M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, 107 ss.; G. CORSO, *Amministrazione di risultati*, *ivi*, 127 ss.

²¹ Ossia dell'idea di estendere al settore pubblico le modalità di gestione del settore privato, allo scopo di ridurre i costi e aumentare la produttività delle pubbliche amministrazioni. Solitamente, tale filone di ricerca si fa risalire a D. OSBORNE – T. GAEBLER, *Reinventing Government: How the Entrepreneurial Spirit is Transforming the Public Sector*, New York, 1992.

²² Secondo l'impostazione originaria della distinzione delle funzioni, risalente a H. FAYOL, *Administration industrielle et générale: prévoyance, organisation, commandement, coordination, contrôle*, Paris, 1920, trad. it., *Direzione industriale e generale. Programmazione, organizzazione, comando, coordinamento e controllo*, Milano, 1970, 37 ss.

In secondo luogo, questo sistema si fonda sulla misurabilità e sulla comparabilità delle misure degli obiettivi, dei risultati e dei costi. In un'organizzazione privata con scopo di lucro è un assunto quasi banale: il valore del prodotto (del risultato), dell'obiettivo e del costo sono espressi in termini monetari, ossia di valore "commerciale". Già nelle organizzazioni private no-profit e, a maggior ragione, nelle organizzazioni pubbliche la misurabilità degli obiettivi e soprattutto dei risultati e la loro comparabilità con i costi sono problematiche: salve rare ipotesi (come la produzione di servizi pubblici di interesse economico), le organizzazioni pubbliche producono risultati (*output*) e conseguenze "sistemiche" (*outcome*) difficilmente valutabili in termini monetari²³. Detto altrimenti, è difficile valutare il «valore pubblico» creato dalla p.a.²⁴ e quindi confrontarlo con il costo delle risorse impiegate (che almeno teoricamente può essere misurato in termini monetari – il costo del personale dedicato a quel procedimento/provvimento, i costi dell'istruttoria sostenuti dall'organizzazione, i costi "generali" e così via). È il problema misurabilità di obiettivi e risultati e della loro comparabilità alla misura dei costi.

Per far fronte a questi problemi, l'economia aziendale ha ideato un diverso modello di valutazione della *performance* delle organizzazioni pubbliche (e no-profit in generale), applicabile tanto a livello del singolo funzionario, quanto ai diversi livelli delle articolazioni organizzative (uffici, servizi, sezioni, direzioni, etc.) e finanche all'istituzione nel suo complesso (ove si disponga di dati aggregati su scala adeguata). Tale modello è chiamato *Balanced Score Card* (BSC) ed è volto a tentare di quantificare, sebbene non in termini monetari, i prodotti (*output*) dell'azione delle organizzazioni pubbliche e le loro conseguenze "sistemiche" (*outcome*) e ad evitare le difficoltà di pianificazione dell'attività. Tuttavia, pure in questo quadro, è problematico individuare che cosa valutare ed alla stregua di quali indicatori, oltre che evitare che valutazioni soggettive o giudizi

²³ Solo a titolo d'esempio, rilevano la difficoltà di misurare in assoluto (e a maggior ragione di misurare in termini monetari) i risultati dell'attività della p.a. e il relativo impatto sulla società (*outcome*) A. WICHOWSKY, D.P. MOYNIHAN, *Measuring How Administration Shapes Citizenship: A Policy Feedback Perspective on Performance Management*, in *Public Administration Review*, Vol. 86 (2008), No. 5, 908 ss.

Per la considerazione, in termini più ampi, BORGONOVÌ, *Principi e sistemi aziendali per le pubbliche amministrazioni*, Milano, 2005, 63.

²⁴ Cfr. in questo senso, A. MASSERA, *op. cit.*, 54 ss.

opinabili e a “sfondo politico” possano essere presi per oggettivi solo perché espressi in termini numerici²⁵.

Tuttavia, vi sono elementi facilmente misurabili e che, sebbene restituiscano un'immagine parziale dell'efficacia, dell'efficienza e dell'economicità dell'amministrazione, costituiscono “il minimo sindacale” della misurazione della *performance*: raggiungimento di obiettivi predeterminati, ossia degli indirizzi ricevuti (efficacia), tempestività nell'azione (efficienza), costo per singola attività (economicità)²⁶.

Accanto a questa nozione, che si può denominare “efficienza in senso stretto”, la dogmatica ritaglia tuttavia spazio all'«*efficienza in senso lato*»²⁷, ossia ad una nozione giuridica di efficienza²⁸, in grado di conciliare l'efficienza in senso stretto con la legalità e la correttezza dell'amministrazione, la produttività con le garanzie²⁹. La chiave di volta è ancora una volta il buon andamento, inteso tuttavia in termini più ampi come dovere di buona amministrazione. La buona amministrazione è certamente l'amministrazione efficace, produttiva, cioè in grado di agire molto impiegando poche risorse (pochi uomini, poco denaro, pochi mezzi tecnologici e poco tempo), ed economicamente sostenibile. Tuttavia un'amministrazione estremamente efficiente, ma “ingiusta” certamente non è una buona amministrazione: l'amministrazione è buona solo se agisce bene, ossia se rispetta il canone di legalità e le garanzie a favore dei cittadini, incluse quelle procedimentali, e provvede in maniera imparziale. Detto altrimenti, l'efficienza in senso lato si preoccupa non solo dei profili quantitativi dell'azione (quante risorse e quanti prodotti), ma anche dei profili qualitativi.

In quest'ottica, la misurazione dell'efficacia, dell'efficienza e dell'economicità (cioè del buon andamento in senso economico-aziendalista) dell'amministrazione pubblica è necessaria, deve riguardare i corretti indicatori ed essere presa seriamente in considerazione per migliorarla, ma non può essere assolutizzata, nel senso che essa non può far passare in secondo piano le garanzie che il

²⁵ Cfr. N. CAIDEN, *Public Service Professionalism for Performance Measurement and Evaluation*, in *Public Budgeting and Finance*, Vol. 18 (1998), No. 2, 35 ss.

²⁶ Si tratta di un adattamento di una BSC elaborata da uno studio empirico sulla performance della giurisdizione, elaborato su dati del Tribunale di Bari: L. LEPORE, R. AGRIFOGLIO, C. METALLO, F. ALVINO, *Un modello per la valutazione delle performance dei tribunali: un'analisi empirica*, in *Azienda Pubblica*, 2010, 391 ss.

²⁷ Come la denomina A. MASSERA, *op. cit.*, 54 ss.

²⁸ D. VESE, *op. cit.*, 391 ss.

²⁹ A. MASSERA, *op. loc. cit.*

diritto amministrativo ha costruito quale argine all'esercizio del potere autoritativo (ossia la legalità e l'imparzialità). Detto altrimenti, la misurazione della performance dovrebbe essere in grado di misurare o valutare anche la legittimità dell'azione amministrativa, per essere "assolutizzante".

2.2. Il fallimento della misurazione della *performance*.

Nel nostro ordinamento vige un sistema di valutazione della performance delle amministrazioni, delle loro articolazioni e dei dirigenti, contenuto nel d.lgs. n. 150/2009, sostanzialmente fondato sugli indicatori minimi evidenziati innanzi: raggiungimento degli obiettivi, tempestività (ancorché questa sia valutata insieme all'efficacia e all'economicità, non come parametro autonomo) e riduzione del costo dell'attività. Esso è cioè focalizzato esclusivamente sulla nozione "economico-aziendalista" del buon andamento. Il sistema è poi completato da un micro-cosmo di premi e sanzioni³⁰.

Tale sistema si fonda sull'attività degli organi di indirizzo-politico. Ad essi è rimessa la competenza (e il dovere funzionale) di adottare:

(a) il piano della *performance*, che definisca gli indicatori per la misurazione e la valutazione della *performance*, degli obiettivi e delle risorse, in termini chiari, puntuali e misurabili³¹ e

(b) la relazione annuale sulla *performance*, che evidenzii i risultati del ciclo annuale di misurazione e valutazione³².

Ancorché parziale, ossia non in grado di misurare la buona amministrazione in senso lato, comunque questo sistema avrebbe potuto rappresentare una prima svolta dell'amministrazione italiana. Tuttavia, pure quando essa è effettivamente praticata, la misurazione-valutazione della *performance* è (e viene percepita come) un vuoto e formalistico adempimento in quasi tutte le amministrazioni pubbliche del Paese: non solo non ha instaurato la "cultura della performance", ma la sua utilità è stata del tutto vanificata.

Per un verso, gli organi di indirizzo-politico (la politica, nella semplificazione qui proposta) individuano obiettivi non misurabili e spesso generici, se non addirittura "ovvi", come il rispetto

³⁰ Sul tema si veda, per tutti e di recente, A. ZITO, *Il sistema della performance della pubblica amministrazione tra disegno organizzativo e svolgimento della funzione*, in *questa Rivista*, 2/2020, 600 ss.

³¹ Art. 10, co. 1, lett. a), d.lgs. n. 150/2009.

³² Art. 10, co. 1, lett. b), d.lgs. n. 150/2009.

dei termini per la conclusione dei procedimenti amministrativi³³. Per altro verso (e forse anche di conseguenza), i premi legati alla performance vengono riconosciuti in maniera indiscriminata, appiattendolo la valutazione dei dirigenti. In questo modo, la misurazione e la valutazione della performance falliscono miseramente, per responsabilità principalmente della politica, che si è dimostrata di non essere in grado di impostare e condurre la misurazione-valutazione.

Al contempo la politica è irresponsabile circa la violazione degli oneri a lei incombenti nel sistema delineato dal d.lgs. n. 150/2009³⁴, anche quando omette di adottare gli atti necessari ad impostare la misurazione e quelli di chiusura del ciclo di misurazione-valutazione. La mancata adozione del Piano della *performance* comporta infatti il divieto di erogare la retribuzione di risultato «ai dirigenti che risultano avere concorso alla mancata adozione del Piano, per omissione o inerzia nell'adempimento dei propri compiti»³⁵, il divieto di assumere nuovo personale e quello di conferire incarichi di consulenza o collaborazione comunque denominati. Tanto la mancata adozione del Piano della *performance*, quanto della relazione annuale comportano poi il divieto di elargire tutti i “premi” previsti in caso di valutazione positiva a qualunque dirigente (quindi anche a quelli “incolpevoli” rispetto all'omissione)³⁶. In altre parole, l'inosservanza del dovere di adottare questi atti e di adottarli con un certo contenuto non comporta alcuna responsabilità in capo all'organo politico, ma paradossalmente conseguenze principalmente a carico dei dirigenti che avrebbero dovuto essere assoggettati a valutazione della loro *performance* individuale³⁷.

Ancora una volta, dunque, come nell'esame della relazione tra organi politici e burocrazia nell'amministrazione attiva, emerge l'immagine di una politica inadeguata e irresponsabile – in questo caso perfino per l'esercizio delle competenze ad essa riservate.

3. “Amministrazione difensiva”, politica e burocrazia.

³³ Cfr. A. ZITO, *Il sistema della performance della pubblica amministrazione tra disegno organizzativo e svolgimento della funzione*, cit., 609 e *passim*.

³⁴ Cfr. A. ZITO, *Il sistema della performance*, cit., 608 ss.

³⁵ Art. 10, co. 5, d.lgs. n. 150/2009.

³⁶ Tutti questi divieti sono previsti all'art. 10, co. 5, d.lgs. n. 150/2009.

³⁷ In termini analoghi, A. ZITO, *op. cit.*, 610 s.

“Amministrazione difensiva” è un’espressione sintetica, elaborata sulla falsa riga della più nota “medicina difensiva”, per designare l’esercizio della funzione esecutiva volto non a perseguire l’interesse pubblico (o gli indirizzi stabiliti dagli organi politici), ma ad evitare responsabilità in capo a chi la esercita. Essa, si badi, non comporta l’esercizio illegittimo dei poteri (che è di per sé un’alternativa rischiosa, potenzialmente fonte di danno per la p.a. e dunque di danno erariale c.d. indiretto per chi agisce), ma la scelta dell’alternativa meno rischiosa (o percepita come meno rischiosa) per l’agente della p.a. fra più alternative. Detto altrimenti, la singola decisione presa dal funzionario che agisce in maniera difensiva sfugge alla censura di illegittimità. Essa tuttavia produce un “costo sistemico”, in termini di efficacia, efficienza ed economicità dell’azione della p.a., progressivamente maggiore ad ogni atto di amministrazione difensiva³⁸. Tanto che la soluzione del problema dell’amministrazione difensiva viene indicata come una delle priorità per la ripresa del Paese³⁹.

Solitamente, la causa dell’amministrazione difensiva viene ravvisata nell’eccesso di deterrenza della responsabilità erariale e penale per l’amministratore pubblico e nella contemporanea assenza di qualsivoglia incentivo ad adottare decisioni “coraggiose”⁴⁰, sia in termini di progressioni di

³⁸ In questi termini, M. CAFAGNO, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e “burocrazia difensiva”*, in *Dir. ec.*, 2018, 637 ss.; ID., *Risorse decisionali e amministrazione difensiva. Il caso delle procedure contrattuali*, in *Dir. amm.*, 2020, 68 ss., che riporta l’esempio del ricorso alla procedura di dialogo competitivo e alle altre procedure “flessibili” e connotate da un più ampio margine di discrezionalità, ideate dal diritto europeo per i contratti pubblici più complessi (e solitamente di più elevato rilievo economico), ma nel nostro Paese sostanzialmente inutilizzati, in favore del ricorso alle procedure “ordinarie” aperte o ristrette. Nessuno potrebbe mai considerare illegittima l’attivazione di una procedura aperta in luogo di un dialogo competitivo. Tuttavia, il ricorso alla prima ove sarebbe stato opportuno il dialogo competitivo impedisce il meccanismo “adattativo” del dialogo competitivo e dunque produce inefficienza allocativa (del mercato) e della p.a. E la procedura “ordinaria” viene nei fatti preferita perché la scansione procedimentale dettagliatamente prevista dal legislatore in quel caso comporta un maggior numero di decisioni (per ciascuno dei passaggi procedimentali), ma un minor numero di decisioni rischiose.

³⁹ Cfr., a mero titolo d’esempio, il rapporto per il Presidente del Consiglio dei Ministri *Iniziative per il rilancio “Italia 2020-2022”* elaborato dal Comitato di esperti in materia economica e sociale guidato da Vittorio Colao, del giugno 2020, particolarmente 31, ove è indicato come il primo degli “interventi urgenti di semplificazione e velocizzazione delle procedure”.

⁴⁰ In verità è più frequente l’analisi dell’*overdeterrence* della responsabilità erariale, quale causa della burocrazia difensiva: cfr. di recente M. CAFAGNO, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e “burocrazia difensiva”*, cit.; ID., *Risorse decisionali e amministrazione difensiva. Il caso delle procedure contrattuali*, cit.; S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L’amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 293 ss.

In termini più ampi, che ricomprendono anche la responsabilità penale, L. TORCHIA, *L’efficienza della pubblica amministrazione fra ipertrofia legislativa e atrofia dei risultati*, relazione tenuta al 64° Convegno di Studi Amministrativi su

carriera, sia in termini di premi per la *performance*⁴¹. In quest'ottica v'è in sostanza una sproporzione tra disincentivo per il danno provocato e l'incentivo a correre il rischio, con il risultato che alla fine dei conti l'ordinamento incentiva l'atteggiamento difensivo. Seguendo quest'impostazione, con il d.l. n. 76/2020 il legislatore ha modificato l'abuso d'ufficio (art. 323 c.p.), al dichiarato scopo ridurre l'area dell'illegittimità del provvedimento penalmente rilevante, e ha temporaneamente (fino al 31 dicembre 2021) limitato alle sole ipotesi di danno cagionato con dolo la responsabilità erariale.

Orbene, questi interventi – al di là della effettiva capacità di conseguire l'obiettivo immediato – sollevano numerose criticità.

In primo luogo, come si è visto, la misurazione della *performance* della p.a. è stata vanificata. Sicché non si sa davvero quali siano, dove si annidino le inefficienze della p.a. italiana. Manca perciò un'analisi affidabile dello stato della p.a. Per fare un esempio, la riflessione sull'amministrazione difensiva nel nostro Paese è desunta da due sondaggi, ovviamente estranei al ciclo di misurazione e valutazione della *performance*, uno di Forum PA del 2017 sul timore generato nei funzionari pubblici dalla responsabilità erariale⁴², e l'altro coordinato dall'Università di Salerno circa il timore dovuto alla responsabilità penale per abuso d'ufficio⁴³. Tali indagini sono state condotte, rispettivamente, su un campione di 1700 persone a vario titolo impiegate nel settore pubblico e su un campione di 2000 dipendenti della Regione Campania. Il dubbio che si tratti di indagini fondate su campioni statisticamente non significativi e dunque non affidabili e che siano in qualche modo influenzate dalla posizione di chi risponde al sondaggio (anche per autoassolversi) è legittimo. Ciò solleva una questione di metodo: manca qualsivoglia analisi in grado di legittimare le decisioni politiche su come agire. In questo quadro, ogni iniziativa è fondata, nel migliore dei casi, su mere ipotesi o, nel peggiore dei casi, su pregiudizi nei confronti dell'amministrazione pubblica e in particolare sulla burocrazia.

Sviluppo economico, vincoli finanziari e qualità dei servizi: strumenti e garanzie, Varenna, 20-21-22 settembre 2018; M. CLARICH, *Riforme amministrative e sviluppo economico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 172 s.

⁴¹ M. CAFAGNO, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e "burocrazia difensiva"*, cit.; ID., *Risorse decisionali e amministrazione difensiva. Il caso delle procedure contrattuali*, cit.

⁴² Su www.forumpa.it.

⁴³ Cfr. A. CHIERCHI, *Molti processi, poche condanne. Ma l'abuso d'ufficio frena la p.a.*, in *Il Sole 24 Ore*, 15 giugno 2020; M. LANZAROTTO, *Salerno, il flop dell'abuso d'ufficio: la condanna è una chimera*, in *La Città di Salerno*, 13 febbraio 2020, <https://www.lacittadisalerno.it/cronaca/salerno-il-flop-dell-abuso-d-ufficio-la-condanna-e-una-chimera-1.2370838>.

D'altro canto, l'atteggiamento difensivo non dipende tanto dall'effettivo eccesso di deterrenza. Anche prima delle recenti modifiche, le condanne per abuso d'ufficio e di risarcimento del danno innanzi alla Corte dei Conti erano statisticamente poche, quasi irrilevanti⁴⁴. Tuttavia i pubblici funzionari (anche sulla base dei sondaggi già citati) percepiscono il rischio in maniera molto più elevata rispetto alla realtà. Ciò che innesca l'atteggiamento difensivo è cioè la percezione del rischio della sanzione, non la sua effettiva incidenza o deterrenza.

In più sull'atteggiamento difensivo incide in maniera decisiva la propensione al rischio: meno il decisore è propenso al rischio, più tiene atteggiamenti "conservativi". Il burocrate è tendenzialmente poco propenso al rischio, non solo per ragioni "di attitudine" (chi sceglie la carriera burocratica preferisce maggiore stabilità, rinunciando ad una parte delle opportunità che carriere più esposte al rischio possono produrre), ma anche perché dall'esercizio della funzione in maniera più "rischiosa" non riceve alcun beneficio in termini di incentivi o scatti di carriera (tralasciando ovviamente l'area degli illeciti): al più la sua attività rischiosa produce benefici per la collettività – cioè per l'asimmetria dei rischi e dei benefici.

Inoltre, parimenti rilevante per la burocrazia difensiva è la qualità dei funzionari, la loro preparazione. Posto che non vi sono decisioni amministrative prive di rischi, chi domina la materia di cui si occupa è in grado di ipotizzare meglio i rischi, valutarli e correre quelli che ritiene opportuni. Il funzionario che non domina la materia non è in grado di valutare compiutamente il rischio: si fa bloccare dal timore, si rifugia nei formalismi, ricorre al (per lui) rassicurante escamotage del "me lo dica il TAR".

⁴⁴ Più numerose erano le iniziative delle Procure della Repubblica e delle Procure presso la Corte dei Conti. Per l'abuso d'ufficio, nel 2017, a fronte di oltre 6.500 procedimenti aperti per abuso d'ufficio, vi sono state solo 57 condanne irrevocabili; nel 2018, dei 7.133 procedimenti per abuso d'ufficio definiti da Gip e Gup, 6.142 sono stati archiviati, di cui solo 373 per prescrizione (dati riportati da A. CHERCHI, *Molti processi, poche condanne. Ma l'abuso d'ufficio frena la p.a.*, in *Il Sole 24 Ore*, 15 giugno 2020). Per la responsabilità amministrativa, cfr. M. CAFAGNO, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e "burocrazia difensiva"*, cit., 645 ss..

In quest'ottica, il timore dell'abuso d'ufficio può essere ridotto non tramite la riformulazione della disposizione incriminatrice o tramite la riduzione dell'area della responsabilità amministrativa, ma incidendo sulla disinvoltura con la quale vengono iscritte le notizie di reato e dunque avviati i procedimenti penali e introdotti i giudizi innanzi alla Corte dei Conti.

Rispetto a tutti questi elementi, la riduzione dell'area dell'illiceità penale e (temporaneamente) della responsabilità amministrativa sono irrilevanti. E infatti, nonostante tali misure siano in vigore da circa un anno, non hanno prodotto alcun risultato degno di nota.

Anche in questo la politica, intesa sia come la classe politica che disciplina la p.a. e la sua attività, sia come gli organi politici che la organizzano nel concreto, dimostra ancora una volta la sua inadeguatezza nell'analizzare, comprendere e poi risolvere i problemi dell'amministrazione pubblica.

4. Brevi conclusioni.

Da questa breve analisi sembra emergere ancora una volta che i problemi dell'amministrazione dipendano esclusivamente dalla politica, dalla sua impreparazione e dalla mancata attuazione del precetto di buon andamento per gli organi politici. Non è solo così: sebbene con una certa dose di disomogeneità territoriale, il livello medio di preparazione e di adeguatezza a ricoprire il ruolo dei burocrati è scarso, specie nelle Regioni e negli enti locali. Basta scorrere i massimari di giurisprudenza per rendersi conto che perfino taluni istituti fondamentali della legge n. 241/1990 faticano ancora a trovare concreta applicazione.

Come si può pretendere da costoro una cultura dell'efficienza, se nemmeno la cultura della legalità ha trovato spazio?

Il vero problema del buon andamento della nostra amministrazione, sia degli organi politici, sia degli organi burocratici, risiede nella fondamentale intuizione del pensiero ottocentesco, che pur con le declinazioni di ciascun autore, si ritrova in Bentham, Claude-Henri de Saint Simon, Comte e Hegel, e che poi è stata raccolta e declinata da Weber: solo l'impiego di uomini competenti assicura la buona amministrazione, solo un'amministrazione tecnicamente competente è una buona amministrazione.

FLAMINIA APERIO BELLA

Ricercatrice a tempo determinato di Diritto amministrativo e Professore aggregato di Diritto sanitario presso
l'Università degli Studi Roma Tre
flaminia.aperiobella@uniroma3.it

AMMINISTRAZIONE SOGGETTIVAMENTE PUBBLICA PER FINI PUBBLICI E AMMINISTRAZIONI INDIPENDENTI E AGENZIE

SUBJECTIVELY PUBLIC ADMINISTRATION FOR PUBLIC PURPOSES AND INDEPENDENT ADMINISTRATIONS AND AGENCIES

SINTESI

Lo scritto riflette sulle caratteristiche distintive dei modelli organizzativi delle agenzie e delle autorità amministrative indipendenti attraverso il confronto tra due strutture che vi sono rispettivamente riconducibili: AIFA e AGCM. Particolare spazio è dedicato ai profili dell'interesse istituzionalmente perseguito da ciascuna struttura e ai relativi rapporti con il Governo. L'interesse per il confronto proposto risulta confermato da alcune recenti pronunce giurisprudenziali che sembrano mettere in discussione la natura giuridica degli enti analizzati.

ABSTRACT

The essay aims analysing the defining features of the organisational models of Agencies and of Independent Administrative Authorities thought the comparison between AIFA (Italian Medicines Agency) and AGCM (Italian Competition Authority), two structures traditionally traced back to each of those models. The analysis focus on the interest institutionally protected by each structure and on their relationships with Government. The comparison seems to be particularly relevant because of the recent case law putting into question the defining characters of the two public entities analysed.

PAROLE CHIAVE: Organizzazione amministrativa – Agenzie – Autorità Amministrative Indipendenti – AIFA – AGCM.

KEYWORDS: Public Organization - Agencies - Independent Administrative Authorities - AIFA (Italian Medicines Agency) - AGCM (Italian Competition Authority).

INDICE: 1. Premessa - 2. AIFA e AGCM tra organizzazione e attività - 3. Il confronto: interesse istituzionalmente perseguito e rapporti con il Governo - 4. Variazioni sul tema alla luce di alcune recenti evoluzioni. La negazione della terzietà dell'AGCM da parte della Corte costituzionale - 5. *Segue*: il ruolo di AIFA quale tutore della salute pubblica nell'ambito della gestione dell'emergenza pandemica - 6. Spunti conclusivi.

1. Premessa

Gli avanzamenti nella ricostruzione teorica dell'organizzazione amministrativa restituiscono allo studioso che si accinga a questioni legate all'organizzazione alcuni punti fermi da cui partire.

Il primo, e più denso di implicazioni, attiene al rapporto tra organizzazione e azione amministrativa.

Sfumando i contorni più o meno netti delle singole posizioni, autorevole dottrina ha ritenuto che l'organizzazione non assolva una funzione meramente servente e passiva rispetto all'azione¹. Questa prospettiva ha consentito di affermare che ogni decisione assunta a monte sul piano dell'organizzazione reagisce in modo rilevante sull'azione, orientando l'individuazione del novero delle decisioni alternative che potranno e dovranno essere prese². L'intuizione trova riscontro dal dettato costituzionale, che, all'art. 97, consente un "congiungimento" tra organizzazione e attività, pur senza realizzare un assorbimento della seconda nella prima. Se ne può far discendere, sul piano degli interessi che l'amministrazione è chiamata a perseguire, una doppia interazione con l'organizzazione: in chiave passiva e astratta, quest'ultima viene plasmata e modellata in funzione

¹ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 118 ss., secondo cui «a 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...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». Per una valorizzazione più netta dell'organizzazione come «profondo contenuto giuridico dell'attività» v. G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968, spec. 250. Sui principi generali dell'organizzazione della p.A. DE VALLES, *Teoria giuridica dell'organizzazione dello Stato*, Padova, Cedam, 1931-1936; P. VIRGA, *L'organizzazione amministrativa*, Palermo, 1958; V. BACHELET, *Profili giuridici dell'organizzazione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1965; G. PALEOLOGO, *Organizzazione amministrativa*, in Enc. dir., XXXI, 1981, Milano, Giuffrè, 135 ss.; M.S. GIANNINI, *Organi (Teoria gen.)*, ivi, 37 ss.; A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, 15°, Napoli, Jovene, 1989, I, 214 ss.. Più di recente, la tesi del valore determinante del momento organizzatorio rispetto all'attività è stata ripresa da N. LONGOBARDI, *A dieci anni dalla legge n. 241 del 1990. Sulle implicazioni tra organizzazione ed attività amministrativa*, in Il Consiglio di Stato, 2001, p. 1545 e ss. Il tema generale della funzione organizzatrice della p.A. e dei rapporti tra organizzazione e azione amministrativa si ritrova in A. PIOGGIA, *La competenza amministrativa: l'organizzazione fra specialità pubblicistica e diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2001; G. BOTTINO, *Amministrazione e funzione organizzatrice*, Milano, Giuffrè, 2008; M. MONTEDURO, *Modelli organizzativi e funzione. Il caso dell'Agenzia italiana del farmaco*, Torino, Giappichelli, 2018.

² M. NIGRO, *op. cit.*, 119.

dei primi, in chiave attiva e concreta, l'organizzazione non è neutra rispetto al processo diretto alla individuazione pratica e alla soddisfazione degli interessi medesimi.

Il riconoscimento alla decisione organizzativa del ruolo di “decisione di indirizzo dell'attività”³ ha consentito non solo di valorizzarla, ma anche di ricavarne addentellati sul piano dell'esercizio della funzione. Si è detto, per tale via, che l'istituzione di un ufficio e la sua qualificazione giuridica, l'adozione di uno specifico regime organizzatorio, l'individuazione di un determinato tipo di organo e la definizione della sua sfera di competenza sono tutte circostanze che contribuiscono a condizionare l'esercizio della relativa funzione⁴.

Il richiamo al concetto di funzione consente di passare all'ulteriore importante snodo interpretativo che ha impegnato la dottrina che si è occupata di organizzazione: quello dei relativi riflessi sulle interazioni tra più figure soggettive, i.e. il profilo esterno dell'organizzazione⁵.

L'assetto organizzativo si riflette infatti non solo sul piano interno delle relazioni tra gli uffici della stessa struttura, ma anche su quello delle relazioni tra strutture (o Amministrazioni) diverse.

Quindi, per un verso, poiché il profilo organizzatorio della funzione amministrativa afferisce non solo ai centri di provenienza e di imputazione dell'attività amministrativa, ma anche al modo

³ *Ibidem*, 118.

⁴ C. FRANCHINI, *Le autorità indipendenti come figure organizzative nuove*, in S. CASSESE-C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, Il Mulino, 1996, p. 69 e ss., spec. 77 «se l'assetto organizzativo si modella sugli interessi che deve curare e sulle finalità che deve raggiungere, le scelte organizzative risultano strumentali a quelle sostanziali: tuttavia, esse non si limitano soltanto a preparare o a creare le condizioni di esercizio di una funzione, ma ne diventano parte essenziale. Questa considerazione appare valida soprattutto per il settore pubblico ... L'istituzione di un ufficio e la sua qualificazione giuridica, l'adozione di uno specifico regime organizzatorio, l'individuazione di un determinato tipo di organo e la definizione della sua sfera di competenza e così via, sono tutte circostanze che, in misura diversa, condizionano l'esercizio di una funzione».

⁵ Tra le relazioni organizzative si suole distinguere tra le relazioni esterne tra strutture (o Amministrazioni) diverse da quelle interne, tra uffici della stessa struttura. Nella prima tipologia si configurano tanto relazioni c.d. interorganiche, se le Amministrazioni interessate non hanno personalità giuridica, che a relazioni intersoggettive se sono munite di personalità (F.G. SCOCA, *I modelli organizzativi*, in *Diritto Amministrativo*, a cura di L. MAZZAROLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, I, Bologna, 2005, 387; stessa impostazione si ritrova, sostanzialmente, in G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa. Principi*, in F.G. SCOCA, F.A. ROVERSI MONACO, G. MORBIDELLI (diretto da) *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, Giappichelli, 2013. In C. FRANCHINI, *L'organizzazione*, in S. CASSESE (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 2003, 251, si legge che la locuzione “organizzazione amministrativa” ha due significati distinti descrivendo, da un lato, il complesso dei soggetti e delle strutture che svolgono attività di pubblica amministrazione, dall'altro, l'esercizio della funzione organizzativa dei pubblici poteri, con valorizzazione dei suoi caratteri funzionali e dinamici. La distinzione tra profilo interno ed esterno dell'organizzazione pareva accennata anche in G. PALEOLOGO, *Organizzazione amministrativa*, cit., 135, ove l'A. dava conto che all'interno dell'ordinamento possono riscontrarsi norme di organizzazione-istituzionalizzazione e norme di organizzazione dell'attività di diretto perseguimento dei fini, per poi ridurre il campo di indagine esclusivamente alla prima accezione di organizzazione.

stesso di svolgimento di questa attività, lo studio dell'organizzazione è complementare a quello dell'attività, per l'altro, il piano delle relazioni tra istituzioni contribuisce alla collocazione ordinamentale della struttura (o Amministrazione) di volta in volta osservata⁶.

Muovendo da questi approdi ricostruttivi possono essere analizzati più consapevolmente i numerosi studi e ricerche “tematici” che sono fioriti di pari passo con l'introduzione in via legislativa di specifici modelli organizzatori al fine di individuarne i caratteri e verificarne l'innovatività. All'interno di tali studi, particolare attenzione è stata dedicata ai modelli (coevi e divergenti) delle agenzie⁷ e delle autorità amministrative indipendenti⁸.

⁶ Per una prima ricostruzione dei termini della questione sia consentito rinviare a F. APERIO BELLA, *I riflessi dell'organizzazione sul rapporto tra le istituzioni: l'AGCM quale giudice a quo del giudizio di legittimità costituzionale?* in questa Rivista, 1/2019, 211 ss.

⁷ In argomento, senza pretese di completezza, v. G. PETRONI, *Nuovi profili organizzativi nell'evoluzione del sistema amministrativo pubblico: le agenzie*, Padova, Cedam, 1988; C. ROMANELLI GRIMALDI, *Le Agenzie nella nuova organizzazione dei pubblici poteri*, Giappichelli, Torino, 1990; G. ARENA, voce *Agenzia amministrativa*, in *Enc. giur.*, vol. I, Roma, Treccani, 1998. Il tema ha destato rinnovato interesse a seguito dell'entrata in vigore del d. lgs. n. 300/1999. Tra i contributi successivi alla riforma, senza pretese di esaustività, si vedano G. VESPERINI, *Le agenzie (articoli 8-10)*, in A. PAJNO, L. TORCHIA (a cura di), *La riforma del governo. Commento ai decreti legislativi n. 300 e n. 303 del 1999 sulla riorganizzazione della presidenza del consiglio e dei ministeri*, Bologna, Il Mulino 1999, p. 145 e ss.; F. MERLONI, *Il nuovo modello di agenzia nella riforma dei ministeri*, in *Dir. pubbl.*, 1999, p. 717 e ss.; G. SORICELLI, *Le Agenzie amministrative nel quadro dell'organizzazione dei pubblici poteri*, Napoli, Jovene, 2002; P. DURET, *Autorità ed Agenzie e l'amministrazione in cammino*, in P. CAVALERI, G. DALLE VEDOVE, P. DURET (a cura di), *Autorità indipendenti e Agenzie. Una ricerca giuridica interdisciplinare*, Padova, Cedam, 2003, p. 3 e ss.; L. CASINI, *Le agenzie amministrative*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2/2003, p. 393 e ss.; ID., *L'agenzia italiana del farmaco: ufficio-agenzia o agenzia-ente pubblico?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 132 e ss.; ID. voce *Agenzie amministrative*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, I, Milano, Giuffrè, 2006, p. 156 e ss.; M. MONTEDURO, *Introduzione allo studio delle agenzie amministrative. Origini e trasformazioni dell'idea di agenzia*, Lecce, Argo, 2004; F. TOTH, *La diffusione delle agenzie amministrative in Italia*, in *Riv. it. pol. pubbl.*, 2007, p. 135 e ss.; G. NAPOLITANO, voce *Autorità indipendenti e agenzie amministrative*, in M. Clarich, G. Fonderico (a cura di), *Dizionario di diritto amministrativo*, Il Sole 24 ore, Milano, 2007, 86 ss.; N. BASSI, *Agenzie nazionali ed europee*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. II, 2, Milano, Giuffrè, 2008, p. 41 e ss.; L. LAMBERTI, G.A. PRIMERANO, *Il principio di efficienza ed i modelli organizzativi: le agenzie amministrative*, in R. CAVALLO PERIN, A. POLICE, F. SAITTA (a cura di), *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra stato nazionale e integrazione europea*, vol. in L. FERRARA, D. SORACE, *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi*, Firenze, Firenze University Press, 2016, p. 283 e ss.

⁸ La graduale espansione delle Autorità indipendenti è stata identificata come uno dei maggiori fattori innovativi nel panorama del diritto costituzionale e amministrativo da M. D'ALBERTI, *Le autorità indipendenti: quali garanzie?* in L. Lanfranchi (a cura di) *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, Treccani, 1997, 158). In tema, rinviando alle note seguenti per richiami più esaustivi e puntuali alla dottrina, C. FRANCHINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1988, 549 ss.; A. MASSERA, “Autonomia” e “indipendenza” nell'amministrazione dello Stato, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, 449 ss.; G. VESPERINI, *Le funzioni delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. banc.* 1990, I, 415 ss.; F. ROVERSI-MONACO, *Note su alcune autorità garanti e sulla tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, 257 ss.; M. D'ALBERTI, *Autorità indipendenti (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur.* Roma, 1995; S. CASSESE, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di) *I garanti delle regole*, cit., 217 ss.; A. PAJNO, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, cit., ivi, 107 ss.; M. CLARICH, *L'attività delle autorità indipendenti in forme semicontenziose*, ivi, 149 ss.; R. CARANTA, *Il giudice delle decisioni delle autorità indipendenti*, ivi, 165 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *Tipi di autorità indipendenti*, ivi, 28 ss.; G. MORBIDELLI, *Procedimenti amministrativi delle “Authorities”*, in A. PREDIERI (a cura

È proprio su tali figure che si intende concentrare la presente analisi. Poiché però non sussiste univocità di vedute sulla configurabilità dell'agenzia come modello organizzativo distinto⁹, né il ragionare in astratto di modelli organizzatori è andato esente da critiche di “semplificazione unificante” tra gli studiosi delle autorità amministrative indipendenti¹⁰, ci si propone non già di approssicare le due tipologie sul piano teorico e astratto, bensì di confrontare due importanti soggetti ordinamentali tradizionalmente ricondotti ai modelli in analisi, l'AIFA e l'AGCM.

Più in particolare, nelle pagine che seguono, principiando da una descrizione ragionata dei caratteri organizzatori propri delle due figure, si tenterà di scendere nel dettaglio del relativo confronto sul versante dell'interesse istituzionalmente perseguito e dei rapporti con il Governo.

Le considerazioni risultanti da tale confronto saranno poi ulteriormente sviluppate coinvolgendo il piano del c.d. profilo esterno dell'organizzazione, concentrando dunque il fuoco sulle interazioni di AGCM e AIFA con altre figure soggettive.

di) *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze, 1997, 209 ss.; M. MANETTI, *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, in *Enc. giur.*, Agg., Roma, 1997, 6 ss.; F. MERLONI, *Fortuna e limiti delle c.d. autorità amministrative indipendenti*, in *Pol. dir.* 1997, 639 ss.; V. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1997, 645 ss.; E. FAZZALARI, *Attività contenziose e garanzie giurisdizionali*, in AA.VV. *Regolazione e garanzia del pluralismo – Le autorità amministrative indipendenti*, in *Quaderni della Riv. trim. dir. proc. civ.*, Milano, 1997, 79; G. VERDE, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 739 ss.; F. CARINGELLA, G. GAROFOLI (a cura di) *Le autorità indipendenti*, Napoli, 2000; F. CORTESE, *Momenti e luoghi salienti di una transizione: la tutela giurisdizionale amministrativa e i suoi sviluppi al cospetto delle amministrazioni indipendenti*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2001, 430 ss.; S. FOÀ, *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2002; G.P. CIRILLO, *Appunti per una ricerca sulla natura giuridica delle autorità amministrative indipendenti*, in *Cons. Stato*, 1, 2001, 71 ss.; A. SCOGNAMIGLIO, *Profili della legittimazione a ricorrere avverso gli atti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Foro amm. CdS*, 2002, 2245 ss.; G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica – Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, 2006; D. BORSELLINO, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, Padova, 2006; M. SANINO, *La tutela giurisdizionale nei confronti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. amm.*, 2007, 613 ss.; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009; G.P. CIRILLO, R. CHIEPPA, *Le autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2010.

⁹ La divergenza di vedute deriva dall'eterogeneità delle caratteristiche dei soggetti giuridici che si suole ricondurre alla categoria delle agenzie. Per un quadro delle diverse posizioni, anche in prospettiva storica, v. G. PETRONI, *Nuovi profili organizzativi nell'evoluzione del sistema amministrativo pubblico: le agenzie*, cit. La questione è stata affrontata in una nuova prospettiva a seguito dell'entrata in vigore del citato d. lgs. n. 300/1999, momento a partire dal quale, secondo alcuni Autori, le agenzie avrebbero acquisito una nuova identità in correlazione con l'affermazione del principio di separazione tra politica e amministrazione. Per una sintetica disamina di alcune posizioni si rinvia i riferimenti *infra*.

¹⁰ Sui rischi che si annidano nel processo logico di “semplificazione unificante” cui tradizionalmente si ricorre nel dibattito sulle autorità amministrative indipendenti cfr. G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, cit., 645 ss.

Nella parte conclusiva si tenterà di trarre dall'analisi di alcune recenti evoluzioni, anche giurisprudenziali, qualche elemento utile a precisare la collocazione ordinamentale delle strutture in esame.

2. AIFA e AGCM tra organizzazione e attività.

Si è già accennato come l'eterogeneità delle caratteristiche dei soggetti giuridici che si suole ricondurre al *genus* delle agenzie abbia spinto taluni a dubitare della configurabilità di un modello organizzativo unitario. Ciò non ha tuttavia inibito gli interpreti dal ricercare alcuni elementi ricorrenti che conferirebbero una certa utilità della categoria, quantomeno al fine di distinguere il modello delle agenzie da altri modelli organizzativi quali le autorità amministrative indipendenti o gli enti pubblici strumentali¹¹.

Se è vero che le agenzie divergono per forma giuridica¹², per ambito di attività¹³ e sotto lo stesso profilo della strutturazione organizzativa¹⁴, è altresì vero che il carattere dell'attività che espletano è utile a connotarle distintivamente, trattandosi in prevalenza compiti dal contenuto tecnico e operativo¹⁵.

¹¹ *Contra* ad es. G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo. Parte Generale. I lineamenti essenziali del sistema*, Milano, Giuffrè, 2010, 30 ss., che riconduce le agenzie a una *species* del *genus* degli enti pubblici strumentali. In senso sostanzialmente sovrapponibile C. CORSI, *Agenzia e agenzie: una nuova categoria amministrativa?*, Torino, Giappichelli, 2007, 103 ss..

¹² Accanto ad agenzie prive di personalità giuridica si riscontrano sia persone giuridiche di diritto pubblico che soggetti aventi veste formale di società per azioni (si pensi a Invitalia s.p.A.).

¹³ Gli ambiti operativi delle agenzie hanno storicamente spaziato nei più vari settori. Solo per menzionarne alcuni, l'ordinamento italiano ha conosciuto agenzie operanti in materia di ambiente, proprietà industriale, fisco, protezione civile, contrattazione collettiva pubblica, erogazioni in agricoltura, turismo, amministrazione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità, servizi sanitari regionali, cooperazione allo sviluppo, etc.

¹⁴ Le agenzie divergono tanto sotto il profilo dell'articolazione territoriale (in ordine alla possibilità di istituire articolazioni periferiche) che dell'articolazione interna. Sotto tale ultimo profilo, in taluni casi l'assetto di vertice è di tipo collegiale, in altri monocratico (per esempio nel caso delle agenzie 'a statuto di specie' di cui al d. lgs. n. 300/1999). Peraltro, anche i 'rapporti di forza' tra l'organo collegiale (denominato, di volta in volta, Comitato di gestione, Consiglio di amministrazione, Comitato direttivo, Collegio) e l'organo monocratico (denominato, di volta in volta, Direttore o Presidente) variano significativamente (M. MONTEDURO, *Modelli organizzativi e funzione*, cit., 32-33, nota 26).

¹⁵ G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, 3 ed, Torino, Giappichelli, 2017, 205-206 «*si tratta in prevalenza compiti di ricerca, consulenza, programmazione, pianificazione, coordinamento, raramente di gestione, che si caratterizzano sempre per il contenuto tecnico e specialistico delle attività svolte*». Puntualizza la necessità di tenere distinto il profilo funzionale (rispetto al quale le agenzie non si connoterebbero in termini peculiari) da quello delle attribuzioni conferite E. CHITI, voce *Agenzie*

Ulteriore connotato delle agenzie è stato individuato in ciò che esse «operano al servizio delle amministrazioni pubbliche, comprese anche quelle regionali e locali»¹⁶: le agenzie rappresenterebbero dunque strutture serventi del circuito amministrativo nel suo complesso, assurgendo a *trait d'union* tra i vari livelli di governo (anche ultra- e sub- statale) operanti nel settore cui sono preposte.

Nella prospettiva del confronto con il modello delle autorità amministrative indipendenti, il fuoco si concentra sulla peculiare conformazione del rapporto con lo Stato e dunque sulla contrapposizione tra autonomia e indipendenza. La presenza di specifiche “autonomie organizzatorie”¹⁷ connota infatti il modello delle agenzie “per eccesso” rispetto a quello degli enti strumentali¹⁸, ma “per difetto” rispetto a quello delle autorità amministrative indipendenti¹⁹, uniche depositarie del carattere dell’indipendenza²⁰.

amministrative, in Treccani.it, Diritto on Line, 2014: «Quanto ai profili funzionali, non si può dire che le agenzie siano chiamate ad esercitare funzioni specifiche, caratterizzate da particolari finalità e da un caratteristico assetto degli interessi, come avviene, ad esempio, nel caso delle autorità di regolazione. Le agenzie amministrative, piuttosto, si caratterizzano per le attribuzioni loro conferite. I compiti delle agenzie, infatti, hanno sempre natura tecnica e operativa».

¹⁶ Cfr. art. 8 del d. lgs. n. 300/1999. Il carattere delle agenzie come meccanismi di cooperazione organizzativa, espressamente riconosciuto a livello normativo, viene ascritto anche alle agenzie sorte prima della riforma: così N. BASSI, voce *Agenzie nazionali ed europee*, cit. 70 che, premessa la multiformità del modello organizzativo nell’ordinamento italiano, include tra i profili di maggiore “omogeneità” delle agenzie nazionali e comunitarie il comune ruolo istituzionale, consistente nell’«operare come snodo di poteri e di conoscenze rispetto a competenze intrecciate di diversi livelli di governo». In argomento anche M. MONTEDURO, *Introduzione allo studio*, cit., 24; P. DURET, “Governazione” mediante agenzie, cit., passim per l’identificazione della “multireferenzialità” come tratto distintivo delle agenzie.

¹⁷ F. MERLONI, *Il nuovo modello di agenzia nella riforma dei ministeri*, cit., 719, riprendendo la differenziazione già enucleata in Id. *Autonomie e libertà nel sistema della ricerca scientifica*, Milano, Giuffrè, 1990, 337 ss. tra un concetto ‘pieno’ di autonomia, non ascrivibile alle agenzie, e «specifici e differenziati complessi (o fasci) di situazioni giuridiche riconosciuti a singoli soggetti (o a loro categorie)» identificabili in termini di “autonomie organizzatorie”.

¹⁸ Il godimento di specifiche autonomie di natura tecnica e di tipo organizzatorio da parte delle agenzie realizzerebbe una minor dipendenza dall’organo sovraordinato consentendo, per tale via, il superamento dello schema del puro rapporto di strumentalità alle dipendenze di un ente pubblico egemone che connota gli (autentici) enti pubblici strumentali (M. MONTEDURO, *Modelli organizzativi e funzione*, cit. 53 ss.).

¹⁹ G. NAPOLITANO, voce *Autorità indipendenti e agenzie amministrative*, cit., 91, «le agenzie amministrative si sviluppano parallelamente alle autorità indipendenti...a differenza delle autorità, tuttavia, le agenzie operano al servizio del potere esecutivo e talora all’interno delle stesse amministrazioni ministeriali, svolgendo compiti tecnici, scientifici e gestionali in posizione di autonomia, ma sotto la diretta vigilanza del governo».

²⁰ Come noto, l’indipendenza è stata per anni appellativo esclusivo della giurisdizione (cfr. artt. 100, 101, 104, 105, 107 e 108 Cost.). Nell’ambito della giurisdizione si suole affermare che la manifestazione dell’indipendenza sia duplice: sul piano esterno, esclude che la magistratura possa ricondursi alla pubblica amministrazione o al Governo, sul piano interno, impone al legislatore di affidare la tutela ultima dei diritti a soggetti comunque liberi da altri centri di potere o da influenze di varia natura. La regolazione dell’ingresso alla carriera giurisdizionale e all’inamovibilità dei giudici sono dunque all’evidenza coesenziali al conseguimento dell’indipendenza. Quando l’indipendenza è riferita a un’autorità o a un organismo amministrativo, essa è parimenti collegata alle procedure di nomina dei soggetti chiamati a svolgere – individualmente o collegialmente – il ruolo di garanti o di responsabili degli organismi, al fenomeno dell’autonomia organizzativa degli organismi medesimi, alle garanzie complessive che devono accompagnare la

Il dato della non indipendenza, peraltro agilmente spiegabile alla luce del carattere di ausilio tecnico e operativo dell'attività svolta, si traduce nel fatto che le agenzie, pur conoscendo di un certo grado di autonomia, rimangono soggette al potere di indirizzo e vigilanza ministeriale.

Venendo ad AIFA, la riconducibilità al modello dell'agenzia è tendenzialmente riconosciuta²¹, oltre a trovare riscontro nel suo stesso *nomen*²². A ciò si aggiunge il significativo richiamo operato dalla legge istitutiva²³ e dal regolamento²⁴ alle disposizioni del d. lgs. n. 300/1999 che rappresentano il c.d. statuto di specie delle agenzie amministrative²⁵, cui l'AIFA si è conformata anche in riferimento alla regolamentazione tramite convenzione dei relativi rapporti con il Ministro della salute²⁶.

Concorre a corroborare la ricostruzione prospettata la strutturazione organizzativa di AIFA, che ne dimostra il connotato di amministrazione non indipendente perché soggetta a indirizzo e

provvista del personale, al regime di incompatibilità che deve caratterizzare i componenti. Si suole affermare che il modello delle Amministrazioni (o Autorità) indipendenti sia caratterizzato proprio dalla relativa sottrazione all'indirizzo politico-amministrativo dello Stato, o, con più precisione, del Governo (F.G. SCOCA, *I modelli organizzativi*, in *Diritto Amministrativo I*, cit., 372; A. PAJNO, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, cit., 111).

²¹ Anoverano AIFA tra le Agenzie L. CASINI, *L'agenzia italiana del farmaco*, cit. 136 ss.; N. BASSI, voce *Agenzie nazionali ed europee*, cit., 63 ss.; M. ATRIPALDI, *L'Agenzia italiana del farmaco*, cit., pp. 9-10. La riconducibilità di AIFA alle agenzie amministrative non pare messa in discussione, di fondo, neppure da M. MONTEDURO, *Modelli organizzativi e funzione. Il caso dell'Agenzia italiana del farmaco*, passim, che tuttavia non manca di interrogarsi sulla idoneità dell'Agenzia a svolgere le crescenti e variegate funzioni di cui risulta affidataria sul piano legislativo, *sub specie* quelle che, per le loro caratteristiche, andrebbero più propriamente attribuite a soggetti muniti delle caratteristiche organizzative proprie delle Autorità amministrative indipendenti.

²² M. MONTEDURO, *Modelli organizzativi e funzione*, cit., 22.

²³ Art. 48, co. 15 d.l. 269/2003, conv. nella l. 326/2003 che estende espressamente all'AIFA, per quanto non espressamente disposto, tutte le «disposizioni di cui agli artt. 8 e 9 del d. lgs. n. 300/1999».

²⁴ Cfr. art. 4, co. 3 del d.m. d.20 settembre 2004, n. 245 secondo cui «ai sensi dell'articolo 8, comma 4, lettera e) del d. lgs. 30 luglio 1999, n. 300 e dell'articolo 48 della legge di riferimento, il Ministro della salute stipula con l'Agenzia la convenzione di durata triennale, che può essere aggiornata annualmente, ove, in particolare, sono definiti gli obiettivi e i correlati risultati» da raggiungere nell'arco temporale assegnato.

²⁵ Il riferimento è evidentemente agli artt. 8 e 9 d. lgs. n. 300/1999 di riforma dell'organizzazione del Governo che individuano un nucleo di disposizioni comuni alle agenzie ivi menzionate (c.d. agenzie amministrative a statuto di specie). La rilevanza dell'intervento normativo in parola è tale che le variegate posizioni dottrinali sulla configurabilità di un modello organizzativo unitario per le agenzie convergono quanto meno nel distinguere le agenzie “ante” e “post” d. lgs. n. 300/1999. Per queste ultime agenzie, ove espressamente contemplate agli artt. 8 e 9 (o comunque disciplinate altrove ma organizzate attraverso un richiamo a tali disposizioni) sarebbe individuabile uno statuto comune.

²⁶ E' solo con il regolamento del 2004 che ha trovato espressa disciplina il modello convenzionale (cfr. art. 4, co. 3, d.m. 245/2004, cit.) mentre la legge istitutiva, che nulla diceva sul punto, era stata descritta come “dissonante” rispetto al modello rappresentato dalle agenzie ex d. lgs. n. 300/1999 (L. CASINI, cit., 138).

vigilanza ministeriali²⁷ nonché funzionalmente ausiliaria alla pluralità di attori pubblici con cui si rapporta. Il carattere di “multireferenzialità”²⁸ emerge con evidenza dal fatto che le scelte strategiche di AIFA (*in primis* di regolamentazione organizzativa²⁹, ma anche di nomina dei singoli organi³⁰) sono assunte con il concorso di una pluralità di soggetti pubblici appartenenti a livelli istituzionali differenti. Sotto il versante dell’attività, l’analisi delle funzioni dell’Agenzia conferma che essa opera al servizio dell’intera rete di attori pubblici del settore al quale è preposta, ponendosi come referente unitario di molteplici amministrazioni pubbliche. Tale carattere emerge specialmente ove si guardi alle attività di ausilio tecnico, scientifico e operativo di eccellenza che

²⁷ AIFA è espressamente «sottoposta alle funzioni di indirizzo del Ministero della salute», oltre che «alla vigilanza del Ministero della salute e del Ministero dell’economia e delle finanze» (Art. 48, co. 2, d.l. n. 269/2003). I contenuti dei poteri ministeriali sono specificati all’art. 4 del d.m. 245/2004.

²⁸ Il concetto di “multireferenzialità” è utilizzato per identificare le agenzie nella loro qualità di «*strutture non indipendenti, ma funzionalmente ausiliarie rispetto alla pluralità di attori pubblici con i quali si rapportano*» in M. MONTEDURO, op. cit., 55. In tale prospettiva, è precisato che «*l’organismo ausiliario si caratterizza per il fatto di perseguire fini ed interessi pubblici non coincidenti, ma connessi o complementari a quelli attribuiti all’organismo ausiliato, il che spiega la rilevante autonomia del primo rispetto al secondo ma anche la permanenza di alcuni strumenti di ingerenza (attraverso gli istituti della direzione, della vigilanza e del controllo) da parte di quest’ultimo, sebbene in misura molto meno penetrante rispetto a quanto accada per la strumentalità*» (Ibidem, 127).

le agenzie «*sono vincolate, in forza di apposite prescrizioni di principio contenute nelle norme che le istituiscono e le disciplinano, a fornire i propri servizi in favore di una molteplicità di amministrazioni o soggetti pubblici forniti di competenza nel settore considerato, a prescindere dal livello istituzionale in cui tali soggetti pubblici si collocano, supportando, di volta in volta, non solo i ministeri di riferimento, ma anche altre amministrazioni statali, le regioni, gli enti locali, le autonomie funzionali, altri enti pubblici, gli organismi comunitari, a volte gli stessi organi giurisdizionali, etc.*» (ivi).

²⁹ L’organizzazione e il funzionamento di AIFA sono disciplinati con regolamenti del Ministro della salute, adottati «*di concerto con il Ministro della funzione pubblica e con il Ministro dell’economia e delle finanze*» nonché «*d’intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome*» (Art. 48, co. 13, d.l. 269/3003).

E’ utile notare che proprio la forte ingerenza ministeriale nell’adozione degli atti di organizzazione aveva spinto alcuni Autori ad annoverare l’AIFA tra le agenzie ad “autonomia minore” (E. CHITI, voce *Agenzie amministrative*, cit.). Con l’art. 17, co. 10, del d.l. n. 98/2011, conv. nella l. n. 111/2011, è stato previsto *ex lege* un incremento dei poteri di AIFA in ordine alla determinazione del proprio assetto organizzativo, con ciò superando, per il tramite del regolamento conseguentemente adottato (d.m. salute del 29 marzo 2012, n. 53), il limite alla piena autonomia normativa dell’Agenzia (M. ATRIPALDI, *L’agenzia italiana del farmaco*, cit., 10).

³⁰ Per citare solo gli “organi” espressamente definiti come tali dal regolamento, il DG di AIFA è nominato dal Ministro della salute «*sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le province autonome*» (art. 48, co. 4, lett. a, d.l. n. 269/2003). Il CdA è composto da un Presidente designato dal Ministro della salute «*d’intesa con la Conferenza Stato-Regioni*» e da quattro componenti, di cui metà designati dal Ministro della salute e metà dalla predetta Conferenza, tutti scelti tra persone di comprovata esperienza in materia sanitaria (art. 6 d.m. 20 settembre 2004, n. 245; art. 48, co. 4, lett. b), d.l. n. 269/2003). Il Collegio dei revisori è composto dal Presidente, designato dal Ministro dell’economia e delle finanze, da un componente designato dal Ministro della salute e da uno designato dalla Stato-Regioni (art. 12, co. 1, del d.m. 20 settembre 2004, n. 245; art. 48, co. 4, lett. c), d.l. n. 269/2003).

AIFA svolge a favore degli attori pubblici, situati a vari livelli di governo, con cui si relaziona³¹, benché non manchino attività più o meno “devianti” rispetto al paradigma³².

Quanto all'AGCM, essa è generalmente ricondotta alle autorità amministrative indipendenti, rappresentando, secondo alcuni, l'esempio più puro del modello³³.

In effetti, in seno all'AGCM è dato riscontrare, oltre ai connotati tradizionali comuni al modello organizzativo cui appartiene, anche tratti peculiari che ne accentuano il carattere di indipendenza.

Sul primo versante, possono menzionarsi le procedure di nomina degli organi di vertice dell'Autorità, che non coinvolgono organi di Governo³⁴, e la sottrazione a poteri di direttiva e indirizzo di quest'ultimo³⁵. Si tratta di disposizioni che conferiscono una posizione di separatezza rispetto al Governo e che pongono l'Autorità al di fuori del circuito dell'indirizzo politico,

³¹ Risultano ascrivibili alla funzione indicata nel testo non solo l'attività propriamente consultiva in materia di politiche per il farmaco (si pensi all'“alta consulenza tecnica” resa dall'Agenzia a tutti i livelli di governo in materia ex art. 48, co. 3 d.l. n. 269/2003), ma anche quella di raccolta dati e monitoraggio sul consumo e la spesa farmaceutica a carico del SSN e del cittadino (svolta attraverso l'apposito Osservatorio sull'impiego dei medicinali OSMED ex art. 48, co. 5, lett. b) d.l. n. 269/2003). Rientra poi nell'ambito funzionale in analisi anche la congerie di attività ascrivibili alla c.d. farmacovigilanza (i.e. l'attività di raccolta e valutazione delle informazioni utili per la sorveglianza dei medicinali con particolare riguardo alle reazioni avverse, all'uso improprio, nonché all'abuso degli stessi; l'attività di promozione del processo di informatizzazione di tutti i flussi di dati necessari alla farmacovigilanza; l'attività di coordinamento della rete telematica nazionale di farmacovigilanza e di collaborazione con l'EMA, con i competenti organismi degli Stati membri e con la Commissione europea; l'attività di promozione e coordinamento, anche in collaborazione con l'Istituto Superiore di Sanità, di studi e ricerche di farmacoutilizzazione, farmacovigilanza attiva e farmacoepidemiologia ecc. (cfr. art. 19 d.m. n. 245/2004 e art. 129, co. 2, d. lgs. n. 219/2006, recante «Attuazione della direttiva 2001/83/CE (e successive direttive di modifica) relativa ad un codice comunitario concernente i medicinali per uso umano, nonché della direttiva 2003/94/CE»).

³² Come si avrà modo di accennare *infra* si tratta di attività “devianti” rispetto al paradigma, sia “verso il basso”, cioè tendenti al modello dell'ente pubblico strumentale, che “verso l'altro”, cioè tendenti al modello dell'autorità amministrativa indipendente. Per uno studio diretto specificamente ad analizzare tali elementi “devianti” si rimanda nuovamente a M. MONTEDURO, *Modelli organizzativi e funzione. Il caso dell'Agenzia italiana del farmaco*, *passim*.

³³ Per la definizione dell'Autorità antitrust come «il modello più puro di Autorità indipendente» v. M. CLARICH, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato come autorità pubblica indipendente*, in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI, *20 anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, I, Torino, Giappichelli, 2010, 239 e già ID- *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, 117.

³⁴ L'art. 10 l. n. 287/1990 prevede che i componenti dell'Autorità sono nominati d'intesa dai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica tra persone di notoria indipendenza e professionalità, senza alcun coinvolgimento del Governo. In particolare, il Presidente è scelto tra persone che abbiano ricoperto incarichi istituzionali di grande responsabilità e rilievo, mentre i quattro membri sono scelti tra magistrati del Consiglio di Stato, della Corte dei conti o della Corte di cassazione, professori universitari ordinari di materie economiche o giuridiche e personalità provenienti da settori economici.

³⁵ Si suole affermare che il modello delle Amministrazioni (o Autorità) indipendenti sia caratterizzato proprio dalla relativa sottrazione all'indirizzo politico-amministrativo dello Stato, o, con più precisione, del Governo F.G. SCOCA, *I modelli organizzativi*, in *Diritto Amministrativo I*, cit., 372

precludendo specularmente che il Governo possa essere chiamato a rispondere al Parlamento in relazione ad atti e decisioni da essa adottati³⁶.

Sotto il secondo profilo occorre premettere che, come noto, la letteratura si suole distinguere tra autorità “di regolazione” e autorità “di garanzia” a seconda delle funzioni espletate³⁷. Queste ultime, a differenza delle prime, non assolverebbero compiti di regolazione del settore bensì funzioni di “*adjudication*” (i.e. di applicazione delle regole nel caso concreto con applicazione di sanzioni e di rimedi) e di risoluzione di controversie (tra operatori e tra quest’ultimi e gli utenti o consumatori)³⁸. Tra i caratteri “originali” di più elevata indipendenza dell’AGCM rileverebbe

³⁶ Nel folto dibattito dottrinale sui caratteri distintivi del modello organizzativo in analisi, il profilo dell’autonomia dal Governo era venuto criticamente in rilievo rispetto alla Consob, istituita nel 1974, spingendo taluni a dubitare della relativa ascrivibilità al novero delle autorità indipendenti in ragione della originaria configurazione di alcune delle sue competenze, che risultavano condivise o subordinate ad atti ministeriali.

³⁷ La distinzione tra compiti “di aggiudicazione” e compiti “di regolazione” (per lo più settoriale) è comunemente accolta in dottrina e si ritrova diffusamente a partire almeno da G. AMATO, *cit.*, 647 ss.. La distinzione deriva dall’esperienza nordamericana delle Independent Regulatory Agencies ed è alla base dell’Administrative Procedure Act del 1946, che espressamente classifica le Agencies distinguendo l’attività di rulemaking da quella di adjudication (in punto S. CASSESE, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni* in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di) *I garanti delle regole*, *cit.* 217; V. CERULLI IRELLI, *Premesse problematiche allo studio delle “amministrazioni indipendenti”* in F. BASSI, F. MERUSI (a cura di) *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1994).

³⁸ Tra gli studi che hanno maggiormente approfondito l’attività svolta dalle Autorità amministrative indipendenti in forme “semicontenziose” si propone una tripartizione tra i tipi di attività che esse possono svolgere. Vi sarebbe un primo ambito (definito dei «*conflitti bilaterali tra l’ente regolatore e il soggetto regolato*») in cui l’autorità indipendente si contrappone al regolato, cioè al soggetto destinatario della disciplina amministrativa di settore, o, comunque della disciplina sostanziale della cui corretta applicazione si fa tutore l’Autorità indipendente. In tali casi, pur con qualche accentuazione del contraddittorio, trovano legittimamente applicazione le regole partecipative di cui alla l. n. 241/1990 (M. CLARICH, *L’attività delle Autorità indipendenti in forme semi contenziose*, *cit.*, 152). Una seconda tipologia di controversie sarebbe costituita da quelle che attengono i «*conflitti tra ente o impresa gestore di un servizio pubblico o di un’attività regolata e utente o cliente*». Questa si differenzia dalla prima per ciò che dà luogo a un rapporto trilaterale: l’Autorità indipendente interviene a dirimere un conflitto nella sua veste di ente regolatore e di vigilanza sull’attività di apparati che svolgono determinate attività (M. CLARICH, *cit.*, 154-155). La terza tipologia di situazioni, che più interessa ai presenti fini, è quella che vede contrapporsi «*soggetti posti su un piano di paritarietà*». Si tratterebbe di casi in cui le Autorità indipendenti intervengono «*in funzione arbitrale (di mediazione o di risoluzione dei conflitti) tra soggetti privati collocati sul piano formale in una posizione di parità*». In tali casi, nelle parole della dottrina in esame, «*il ruolo dell’autorità si avvicina al massimo grado a quello del giudice e l’attività svolta può essere qualificata come contenziosa in senso stretto*» (*Ibidem*, 159). Si tratta delle competenze esercitate dall’AGCM in materia di pubblicità ingannevole (attribuite con d. lgs. 25 gennaio 1992, n. 74, in recepimento della direttiva CEE 10 settembre 1984, n. 450 e oggi contenute all’art. 27 del Codice del consumo) e in particolare di quelle esercitate su ricorso dell’impresa concorrente (quando invece la richiesta provenga da un consumatore o dalla pubblica amministrazione l’attività viene fatta rientrare nella prima tipologia, di mera contrapposizione tra soggetto regolato e autorità regolatrice). Nel caso di ricorso proposto dall’impresa concorrente, infatti, l’Autorità sarebbe chiamata a mantenere una posizione di maggior equidistanza tra le parti, soprattutto con riferimento all’onere della prova che, in tale specifico caso, è posto integralmente a carico dell’operatore pubblicitario sottoposto al procedimento, senza consentire l’attivazione di poteri istruttori officiosi. Precisa la dottrina in esame che in tali fattispecie «*per quanto i poteri di impulso e istruttori possano essere esercitati d’ufficio*», si ravvede un procedimento contrassegnato sempre più dalla dialettica tra le due parti, che perseguono propri opposti interessi, sicché, la «*coloratura*

proprio l'assenza di funzioni propriamente regolatorie tra i compiti a essa affidati (almeno in un primo momento) dalla legge³⁹.

Il dato si rifletterebbe sull'indipendenza dell'autorità in quanto, benché l'espletamento di funzioni di regolazione non elida a priori il carattere dell'indipendenza⁴⁰, quest'ultimo si esprimerebbe al suo massimo grado nel caso di funzioni orientate dal perseguimento dell'interesse

soggettiva del procedimento finisce quasi per prevalere su quella oggettiva» (Ibidem, 163). Come si avrà modo di specificare *infra*, la circostanza che i poteri di impulso possano essere esercitati d'ufficio esclude che l'attività in parola possa essere definita "giustiziale", con ciò che ne consegue in termini di perseguimento di un interesse pubblico. Non dissimile la ripartizione che propone G. SCARSELLI, *Autorità amministrative indipendenti: appunti per una possibile riforma*, cit., 232 ss. che, nel tentativo di rispondere al quesito se sia possibile immaginare una disciplina unitaria per tutti i procedimenti delle Autorità amministrative indipendenti, ha distinto i procedimenti generali (*recte* regolatori) da quelli individuali, precisando che questi ultimi, a loro volta, si distinguono in quelli attivati su domanda o su denuncia, unilaterali o plurilaterali/contenziosi: mentre i primi si caratterizzano per ciò che una parte chiede ad un'Autorità qualcosa per sé che non comporta litigiosità con altre parti; nell'altro caso una parte deve ottenere il riconoscimento di una situazione di vantaggio in un procedimento a carattere contenzioso con degli avversari.

³⁹ L'ascrivibilità dell'AGCM al novero delle autorità "di garanzia" è stata messa in discussione in concomitanza con le riforme che hanno conferito all'Autorità sempre nuove attribuzioni anche di stampo regolatorio (o "pararegolatorio"), "diluendo" così il modello prefigurato dalla legge istitutiva. Parte della dottrina ha enfatizzato la rilevanza crescente che hanno assunto i poteri di regolazione nel tempo attribuiti all'AGCM in materia di ingannevolezza dei messaggi pubblicitari (specialmente a seguito della dir. 2005/29/CE recepita con d.lgs n. 145 del 2007) per ricavarne il «tramonto del mito della neutralità della funzione antitrust» e quindi del suo carattere quasi o para-giurisdizionale (A. POLICE, *Il potere discrezionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, cit., 369 ss. e già Id., *I "nuovi" poteri dell'Autorità garante della concorrenza e le prospettive in termini di tutela giurisdizionale*, F. CINTIOLI, F. DONATI (a cura di), *Recenti innovazioni in materia di sanzioni antitrust*, Torino, 2008, 113 ss.). In dottrina, per la posizione che nega la neutralità dell'Autorità A. TESAURO, M. TODINO, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in Enc. dir., Agg., VI, Milano, Giuffrè, 2002, 112 ss.. Più di recente V. MINERVINI, *Autorità per le garanzie nelle comunicazione e autorità garante della concorrenza e del mercato: due autorità a confronto*, in F. LUCIANI (a cura di) *Le autorità indipendenti come istituzioni pubbliche di garanzia*, Napoli, 2011, 19 ss., spec. 33 anche per l'affermazione che le nuove competenze in materia repressione della pubblicità ingannevole sovrapporrebbero l'attività dell'Autorità a quella delle Autorità di regolazione (p. 41). Contra M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, il Mulino, 2015, 110 e ss., secondo cui l'AGCM non avrebbe funzioni propriamente regolatorie, fermo che il potere di concludere i procedimenti sanzionatori con l'accettazione di impegni farebbe emergere, almeno potenzialmente, una dimensione regolatoria non prevista dalla legge istitutiva; l'argomento è stato più di recente ribadito in Id., *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato come "giudice a quo" nei giudizi di costituzionalità*, in federalismi.it, 15/2018, 3. Nell'ambito delle competenze conferite dalla legge istitutiva, anche la giurisprudenza aveva rimarcato che l'AGCM non sarebbe affidataria di diretti poteri regolatori per innovare l'ordinamento in senso obiettivo e produrre norme nuove (Cons. St., sez. VI, 25 marzo 2009, n. 1515). Per converso, valutando gli interventi dell'Autorità in materia di pratiche commerciali scorrette, il g.a. non ha mancato di riconoscere un'attività di "integrazione" della disciplina di settore, mediante l'individuazione di obblighi di condotta ricavati direttamente dalle norme generali del Codice del Consumo (ad es. TAR Lazio, sez. I, 10 giugno 2009, n. 7122).

⁴⁰ In argomento AA.VV. *Il carattere indipendente della regolazione*, Quaderno dell'Osservatorio sulla regolazione, Milano, 2010.

alla garanzia delle situazioni giuridiche dei soggetti interessati e non già da scelte allocative o comunque di ponderazione tra diversi interessi⁴¹.

Ulteriore connotato peculiare dell'AGCM sarebbe il relativo carattere di Autorità “monobiettivo”, che persegue esclusivamente l'interesse pubblico alla tutela della concorrenza. Se è vero che il bene giuridico che l'AGCM è chiamata istituzionalmente a proteggere è primariamente quello della concorrenzialità dei mercati, «a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica» stabilito nell'art. 41, co. 1 Cost. (cfr. art. 1, co. 1 e 10 l. n. 287/1990), secondo alcuni il dato si rifletterebbe sui poteri esercitati dall'autorità che, per l'effetto, risulterebbero liberati del necessario bilanciamento tipico dell'attività discrezionale⁴². Altra dottrina, di contro, ha enfatizzato il dettato

⁴¹ Si è detto che nelle funzioni di *adjudication* e di risoluzione delle controversie «è presente ed è forse addirittura prevalente l'interesse alla garanzia delle situazioni giuridiche dei soggetti interessati» sicché queste ultime «si prestano a essere ricondotte più facilmente a quelle di un “giudice” o di un “arbitro” che in modo imparziale accerta i fatti ed esamina le ragioni della parte o delle parti coinvolte dando applicazione alle regole. Il tutto nell'obiettivo di garantire “la parità delle armi nel mercato”, sanzionando comportamenti che alterano il gioco concorrenziale» (M. CLARICH, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato come “giudice a quo”*, cit., 3).

⁴² Da ultimo, M. CLARICH, *L'Autorità garante*, cit., 3. Il tema se l'agire dell'Autorità sia o meno caratterizzato da una vera e propria discrezionalità amministrativa è stato ampiamente dibattuto in dottrina. Per un approfondimento dedicato si veda P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, cit., spec. 369 ss. in cui la funzione antitrust è descritta come attività amministrativa “secondaria” di autotutela “esecutiva” in senso ampio, che lascerebbe in capo all'Autorità un «margine di valutazione che tuttavia non attiene alla determinazione “normativa” (discrezionale in senso stretto) dell'assetto di interessi, ma alla “regolazione della riduzione in pristino”» (370). Riconosce negli atti delle autorità indipendenti l'esistenza di una «discrezionalità (non amministrativa in senso pieno)» F. CARDARELLI, *Commento agli artt. 145-151*, in S. SICA, P. STANZIONE (a cura di) *La nuova disciplina della privacy*, Bologna, 2004, 623 ss., qui 634, precisando che si tratterebbe non già esercizio «di discrezionalità amministrativa, né merito amministrativo, ma esercizio di discrezionalità legata alle opzioni interpretative riguardanti le norme di legge e la loro interpretazione, ed una discrezionalità tecnica legata alla necessità di integrare il parametro normativo con la tecnica dei concetti giuridici indeterminati». Per l'affermazione della natura discrezionale fondata, *inter alia*, sulle disposizioni che conferiscono all'Autorità la scelta se aprire o meno un'istruttoria, indici di una piena discrezionalità amministrativa sull'an e implicanti una valutazione comparativa gli interessi pubblici e privati in gioco, cfr. F. MANGANARO, *La giustizia innanzi all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Il dir. dell'economia*, 2010, 1, 23 ss.. Per l'affermazione dell'esistenza di spazi di discrezionalità pura A. POLICE, *Teoria della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007 (l'idea attraversa l'intero tomo, ma v. spec. pp. 246-251). Con specifico riferimento ai poteri sanzionatori, la dottrina tradizionale ha, come noto, escluso che l'autorità amministrativa, investita di una notitia di illecito goda di discrezionalità in ordine all'accertamento della sussistenza dei presupposti di punibilità della violazione (C.E. PALIERO, A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano 1988, 250 ss.; M.A. SANDULLI, *Sanzioni amministrative*, in *Enc. giur.*, vol. XXVIII, Roma, Treccani, 1991, 16), ferma la sussistenza di un margine di scelta con riferimento al *quantum* della sanzione. Senza smentire tale assunto, la dottrina che ha recentemente confutato le ricostruzioni volte a ricondurre gli spazi di discrezionalità facenti capo alla p.A. nell'esercizio del potere di graduazione delle sanzioni alle categorie della discrezionalità tecnica e della discrezionalità giudiziale, ha affermato la ricorrenza di una discrezionalità amministrativa in senso proprio ricorrendo a una diversa argomentazione, e cioè che «l'Amministrazione [è] comunque obbligata, in ogni sua scelta, quindi anche in quella relativa alla determinazione della sanzione da irrogare, a tener conto dell'interesse pubblico perseguito» (S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, Napoli 2017, spec. 91 ss.). Nella medesima direzione si era già espressa la dottrina che era giunta ad affermare che «la c.d. discrezionalità giudiziale diviene semplicemente discrezionalità amministrativa, ove esercitata (non dal giudice, ma) dall'Amministrazione, nell'esercizio del potere amministrativo» (F. GOISIS, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di*

della legge istitutiva nella parte in cui affida all'Autorità il perseguimento di interessi "altri" rispetto a quello di garantire il libero gioco della concorrenza⁴³.

Dalla sintetica ricostruzione che precede parrebbe ricavarsi, in via di prima approssimazione, il profilo di un'Autorità che non solo, sul piano organizzativo, risulta indipendente rispetto all'esecutivo e agli operatori del settore, ma che, nella prospettiva dinamica dell'espletamento delle sue funzioni, opererebbe con un grado di indipendenza più elevato rispetto alle altre autorità indipendenti.

3. Il confronto: interesse istituzionalmente perseguito e rapporti con il Governo.

Delineati in termini assolutamente generali i tratti salienti dei due soggetti istituzionali in esame ai fini della relativa ascrivibilità ai corrispondenti modelli organizzativi, è ora possibile tentare di addentrarsi in modo più specifico nel relativo confronto.

Il primo terreno su cui pare utile confrontare le due strutture è quello dell'interesse loro istituzionalmente affidato. Soccorrono, a tal fine, le rispettive "leggi istitutive".

Quanto ad AIFA, essa è istituita «*al fine di garantire l'unitarietà delle attività in materia di farmaceutica e di favorire in Italia gli investimenti in ricerca e sviluppo*»⁴⁴. Non pare secondario il fatto che la stessa legge anteponga al conferimento del predetto scopo istituzionale la precisazione che «*il farmaco rappresenta*

sistema e nuove prospettive di diritto europeo, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, 79 ss. anche con riferimento a quanto affermato da Cass., Sez. Un., 29 novembre 2007, n. 24816). Con specifico riferimento alle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'AGCM in applicazione dell'art. 15, co. 1 l. n. 287/1990 è la stessa Autorità, nelle proprie "Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative" a precisare che «*Nell'esercizio del potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie, l'Autorità dispone di un ampio margine di discrezionalità, nei limiti di quanto previsto dalle richiamate norme*».

⁴³ La critica è stata mossa da M. MANETTI, *Poteri neutrali e costituzione*, cit., 146, in riferimento agli interessi dei privati consumatori (art. 4 l. n. 287/1990) e a quelli della produzione (art. 25 l. n. 287/1990), ritenendo insoddisfacente la ricostruzione di quella dottrina che li aveva considerati alla stregua di interessi solo indirettamente protetti, grazie alla (e come risultato della) protezione degli interessi dei privati concorrenti (L. TORCHIA, op. cit., 116). L'argomento troverebbe oggi maggiore spazio con la "istituzionalizzazione" in capo all'Autorità della funzione di tutela del consumatore (le funzioni in materia di tutela del consumatore sono disciplinate, per quel che riguarda le pratiche commerciali scorrette, agli artt. 18-27 del Codice del consumo, come modificato dal d. lgs. 2 agosto 2007, n. 146; per quel che riguarda la pubblicità ingannevole, dal già citato d. lgs. n. 145/2007), e già di quella di risoluzione dei conflitti di interessi (cfr. l. 20 luglio 2004, n. 215).

⁴⁴ Cfr. Art. 48, co. 2, d.l. 269/2003, conv. nella l. 326/2003, s.m.i.

uno strumento di tutela della salute» e che la relativa erogazione spetta al SSN. Per tale via il legislatore parrebbe separare il piano della garanzia della salute, già riservato a livello costituzionale alla Repubblica (art. 32 Cost.) e, a valle della concretizzazione del modello universalistico e solidaristico ivi delineato, al Servizio Sanitario Nazionale (l. n. 833 del 1978), dal piano “operativo” della gestione delle “attività in materia farmaceutica”. La prospettata separazione, che pure si rintraccia in taluni atti degli organi dell’Agenzia⁴⁵, sfuma nel Regolamento ove, nel novero dei “compiti e funzioni” di AIFA, l’operare *«per la tutela del diritto alla salute, garantito dall'articolo 32 della Costituzione»* è financo anteposto all’operare *«per l'unitarietà del sistema farmaceutico»*⁴⁶.

Su tale ultimo fronte, l’obiettivo legislativo di convogliare in unico centro organizzativo e decisionale tutte le attività in materia farmaceutica si spiega solo collocando l’Agenzia in uno spazio regolatorio connotato dall’interazione con una pluralità di livelli istituzionali (unionale e nazionale, statale e regionale)⁴⁷. E’ in tale prospettiva che l’accentramento di funzioni in capo a un unico soggetto consente di strutturare in modo più efficiente e razionale i rapporti con le altre istituzioni, confermando i già visti caratteri di AIFA di struttura “di raccordo” (tra più livelli di governo), oltre che “di supporto” (che, favorendo l’impiego di capitali in ambito farmaceutico, coadiuva i vari ministeri che beneficiano di tali investimenti – della salute, dello sviluppo economico, dell’economia e finanze ecc. – alla realizzazione delle rispettive politiche).

Quanto all’AGCM, invece, si è già accennato che il bene giuridico che essa è chiamata istituzionalmente a “tutelare e garantire” trova immediato riferimento costituzionale nel “diritto di iniziativa economica” (ex art. 1, co. 1 l. n. 287/1990 che si riferisce all’art. 41, co. 1 Cost. ma anche ex art. 10 l. n. 287 cit.). Tale interesse è stato inteso in senso oggettivo, ciò che, come più volte dimostrato nelle applicazioni giurisprudenziali, non consente la garanzia di posizioni, individuali o

⁴⁵ Cfr. da ultimo la Delibera CDA 13 ottobre 2020, n. 37 recante il nuovo Regolamento per la disciplina del conflitto di interessi all’interno dell’Agenzia ove tra le *«finalità assegnate all’AIFA dall’ordinamento vigente»* non figura quella della tutela della salute (cfr. art. 2, co. 1, lett. a) che invece compare quale scopo autonomo del Regolamento (*«Il presente Regolamento è emanato allo scopo di tutelare la salute dei cittadini e la salute pubblica, assicurando un’efficace gestione dei conflitti di interessi che siano riconducibili a soggetti qualificati coinvolti nelle attività istituzionali di AIFA, impedendo che gli interessi secondari posseduti da tali soggetti siano, o anche solo possano apparire, prevalenti sull’interesse principale, in maniera tale da preservare la fiducia della collettività e delle altre istituzioni nell’indipendenza, imparzialità e integrità dell’AIFA»*, art. 1, co. 3).

⁴⁶ Cfr. art. 3 d.m. 20 settembre 2004, n. 245 s.m.i.. In termini anche il Regolamento di organizzazione, del funzionamento e dell’ordinamento del personale dell’Agenzia Italiana del Farmaco (2016).

⁴⁷ Per tale prospettiva M. CLARICH, B.G. MATTARELLA, *L’Agenzia italiana del farmaco*, in G. FIORENTINI (a cura di), *I servizi sanitari in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2004, 263 ss.

associate, di soggetti fruitori del mercato⁴⁸. Si tratterebbe, in altri termini, di un interesse al rispetto della legge a tutela della concorrenza e dei suoi divieti⁴⁹ che, secondo alcuni, si distinguerebbe, per la sua connotazione generale, dall'interesse pubblico specifico cui le amministrazioni sono tradizionalmente preposte⁵⁰.

L'AGCM è dunque espressamente qualificata come “tutore” e “garante” di un interesse costituzionalmente protetto e, nel perseguimento di tale interesse (in tesi, generale) non incontra l'intermediazione di altri soggetti istituzionali nazionali. Con ciò non si intende dire che l'Autorità

⁴⁸ La natura “oggettiva” della funzione di tutela della concorrenza affidata all'AGCM è stata in più occasioni affermata dalla giurisprudenza. Così ad esempio, dichiarando inammissibile il ricorso proposto dall'impresa istante contro provvedimenti di archiviazione del procedimento di abuso di posizione dominante, il g.a. ha chiarito che «i poteri di cui alla legge n. 287 del 1990 sono preordinati esclusivamente alla tutela del diritto di iniziativa economica nell'ambito del libero mercato, e non alla garanzia di posizioni, individuali o associate, di soggetti fruitori del mercato, con la conseguenza che, a fronte dell'esplicazione dei detti poteri, tutti i soggetti diversi da quelli direttamente incisi sono titolari di un mero interesse indifferenziato rispetto alla pretesa della generalità dei cittadini a che le Autorità preposte alla repressione dei comportamenti illeciti esercitino correttamente e tempestivamente i poteri loro conferiti a tale specifico fine» (così TAR Lazio, Roma, sez. I, 9 aprile 2001, n. 3056 con richiami a Cons. St., sez. VI, 30 dicembre 1996, n. 1972).

⁴⁹ M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità*, cit., 115 ss.

⁵⁰ Il riferimento va alle posizioni che si sono contese il campo sulla controversa riconducibilità dell'attività dell'AGCM al perseguimento di un interesse pubblico. Con una certa semplificazione, la questione può essere catalizzata intorno a due poli: la posizione di chi ha rintracciato una vera e propria “funzionalizzazione” dell'agere delle *Authorities* al perseguimento di un interesse pubblico specifico e la tesi di chi, al contrario, la ha negata, riconoscendo alle Autorità carattere “neutrale” o “quasi giurisdizionale”. L'impostazione che ha sostenuto la contiguità strutturale e funzionale tra l'agire dell'*Antitrust* e quello giurisdizionale traeva spunto dalle caratteristiche delle regole materiali della concorrenza (consistenti in divieti negativi intesi a fissare limiti esterni all'autonomia privata) e dall'attività di mero accertamento e di qualificazione dei fatti da essa svolta (che si risolverebbe in un giudizio di regolarità e da una conseguente dichiarazione volta a certificare l'esistenza di determinati fatti e a produrre certezza), per desumerne che l'*Authority* perseguirebbe quale unico interesse quello, del tutto generale e generico (e dunque, per differenza, non riconducibile alla categoria dell'interesse pubblico), del rispetto della normativa da parte delle imprese (così M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in F. BASSI – F. MERUSI (a cura di) *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993, 115 ss., qui 129 ma anche L. TORCHIA, *La nuova Costituzione economica*, in S. CASSESE – C. FRANCHINI, *L'amministrazione pubblica italiana*, II, Bologna, 1994, 137 ss., qui 144; in altri termini, non sarebbe individuabile un interesse pubblico affidato alla cura dell'amministrazione, ma vi sarebbero solo norme poste a tutela ed a garanzia di un diritto soggettivo (la libera iniziativa economica) e l'Autorità verrebbe chiamata a verificare il rispetto delle norme da parte di privati (L. TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, cit., 259-260, 409, 442 ss. alle cui posizioni si riferisce anche F. CARDARELLI, *Commento agli artt. 145-151*, cit., spec. 632-633, riconoscendo la sussistenza di un interesse pubblico (*recte* generale) al cui perseguimento sarebbe rivolto l'operato delle Autorità nell'ambito dei poteri di regolazione, ma rilevando la criticità del ragionamento che estende semplicisticamente tale considerazione all'attività di garanzia). In termini opposti si è espresso chi, rifiutando tanto la tesi che avvicinava l'attività dell'Autorità a quella tradizionalmente svolta dal giudice ordinario, quanto quella che configurava l'intervento della medesima quale mero presupposto processuale di eventuali azioni giurisdizionali, ha fatto perno sulla considerazione che la disciplina antitrust esplicherebbe i suoi effetti non solo nei confronti dei soggetti privati, bensì anche nei confronti dell'Autorità, conferendole specifici poteri, per affermare la presenza di un interesse concorrenziale la cui cura è affidata, appunto, all'Autorità stessa (M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, 1998, 229 ss., spec. 356 ss.).

operi come una monade (assunto agevolmente sconfessato dall'esistenza di una rete delle autorità antitrust a livello europeo⁵¹ e dai poteri spettanti alla Commissione in tale ambito⁵²), bensì enfatizzare come la legge istitutiva affidi all'Autorità l'applicazione diretta delle regole antitrust ivi previste (oltre che quella, parallela, degli artt. 101 e 102 TFUE)⁵³ e non già un compito operativo di gestione unitaria di attività.

Secondo terreno fertile di comparazione è quello delle relazioni con gli organi di Governo.

Gli interventi governativi (*recte* ministeriali) sulla “vita” di AIFA sono numerosi e si riscontrano sin dal momento genetico della nomina degli organi dell'Agenzia. Il Direttore generale, il Consiglio di amministrazione e il Collegio dei revisori sono tutti nominati con decreto del Ministro della salute e designati anche con l'intervento del Ministro dell'Economia e Finanze e della Conferenza permanente Stato-Regioni⁵⁴.

Sul piano della vigilanza, si è già accennato al fatto che AIFA è espressamente «*sottoposta alle funzioni di indirizzo del Ministero della salute*», oltre che «*alla vigilanza del Ministero della salute e del Ministero dell'economia e delle finanze*» (art. 48, co. 2, d.l. n. 269/2003). Quanto ai contenuti dei poteri ministeriali, essi risultano particolarmente pervasivi, prevedendo che il Ministro della salute «*definisce gli indirizzi e le priorità dell'Agenzia*» attraverso «*apposite direttive generali*» le quali non si limitano alla sola «*indicazione degli obiettivi da raggiungere*» ma possono anche assumere un contenuto puntuale e concreto, ossia

⁵¹ Cfr. Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza 2004/C 101/03. Come noto, La competenza di ciascuna Authority è determinata al principio secondo il quale, ad occuparsi di una violazione delle regole della concorrenza, dovrebbe essere la c.d. *best placed Authority*, ossia, nella versione italiana, «*l'Autorità nella posizione più idonea a trattare il caso*».

⁵² Sui poteri di “avocazione” spettanti alla Commissione secondo il criterio della c.d. *best placed Authority* sia consentito rinviare ai richiami in F. APERIO BELLA, Ceci n'est pas une note de jurisprudence: *riflessioni critiche a margine del tentativo dell'AGCM di farsi giudice a quo*, in *Dir. e soc.*, 2/2018, 281 ss., spec. 315, nota 77.

⁵³ Parte della dottrina ha enfatizzato a tal punto il dato che l'Autorità si limiterebbe a esercitare esclusivamente un «*potere di accertamento e di qualificazione di fatti, atti e comportamenti, in termini di liceità e illiceità, in relazione alla disciplina materiale della concorrenza*» (M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri*, cit., 89; o ancora che essa, avendo «*compiti esclusivamente di aggiudicazione e non di regolazione*» deciderebbe «*sillogisticamente di casi concreti applicando la legge*» (G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti*, cit. 647) da porre in dubbio la sua stessa natura amministrativa.

⁵⁴ Cfr. art. 48, co. 4 d.l. 269/2003. ai sensi del quale, più in particolare, il DG è nominato «*sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome*»; nell'ambito del CdA, il Presidente è designato dal Ministro della salute, d'intesa con la predetta Conferenza mentre gli ulteriori quattro componenti sono designati in numero pari dal Ministro e dalla Conferenza; quanto al collegio dei revisori dei conti, il presidente è designato dal Ministro dell'economia e gli ulteriori due componenti, rispettivamente, dal Ministro della salute e dalla Conferenza. Torna peraltro confermato, sul piano delle nomine, il riferito connotato della “multireferenzialità” di AIFA.

prescrivere ad AIFA «*le eventuali attività specifiche da intraprendere*»⁵⁵. L'ossequio alle direttive ministeriali è garantito da una serie di disposizioni del Regolamento di organizzazione e funzionamento di AIFA, che include tra i doveri istituzionali del CdA quello di assicurare la «*corrispondenza delle attività dell'Agenzia rispetto agli indirizzi, agli obiettivi, alle priorità ed alle direttive del Ministro della salute*» e conferisce a quest'ultimo il potere di disporre ispezioni finalizzate alla «*verifica dell'osservanza delle disposizioni impartite*»⁵⁶. Una sorta di norma 'di chiusura', nel senso di tenere saldo il potere di indirizzo ministeriale è rappresentata dai peculiari poteri di scioglimento degli organi conferiti al Ministero della salute. Tra i «casi particolari» di scioglimento figurano infatti non solo i casi di «*manifesta impossibilità di funzionamento*» e di «*gravi motivi di interesse pubblico*» ma anche quello di «*manifesta incapacità di perseguire gli scopi assegnati all'Agenzia, anche con riferimento al mantenimento dell'equilibrio economico finanziario nel settore dell'assistenza farmaceutica*»⁵⁷. In aggiunta, è sempre riservato al Ministro il potere di disporre la «*decadenza degli organi anche in relazione al mantenimento dell'equilibrio economico finanziario del settore dell'assistenza farmaceutica*»⁵⁸.

Venendo all'AGCM, la legge non conferisce al Governo poteri di «ingerenza» né in sede di nomina degli organi dell'Autorità⁵⁹ né a titolo di indirizzo o vigilanza della relativa attività. Al contrario, al fine di circondare l'operato degli organi dell'Autorità di maggiori garanzie di indipendenza, ne è prevista l'inaffidabilità e un regime di incompatibilità che, accompagnato a una durata limitata e non rinnovabile del mandato, concorre ad allontanare il rischio di comportamenti opportunistici, finalizzati al perseguimento di interessi «altri» rispetto a quelli propri dell'Autorità.

Benché non manchino dei «punto di contatto» tra l'operato dell'AGCM e il Governo⁶⁰, il paradigma che regola i relativi rapporti è profondamente diverso da quello vigente per AIFA.

⁵⁵ Cfr. art. 4 del d.m. 245/2004.

⁵⁶ Cfr., rispettivamente, art. 6, co. 4, lett. a) e art. 22 del d.m. 245/2004.

⁵⁷ Art. 15 d.m. 245/2004.

⁵⁸ Art. 48, co. 13 d.l. 269/2003.

⁵⁹ Cfr. il citato art. 10 l. n. 287/1990.

⁶⁰ I più evidenti sono rappresentati dalla nomina del segretario generale (ad opera del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato, su proposta del presidente dell'Autorità ex art. 11, co. 5 l. n. 287/1990) e nella determinazione delle indennità spettanti al presidente e ai membri dell'Autorità stessa (che avviene ex art. 10, co. 8, l. n. 287/1990: «*Con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato, d'intesa con il Ministro del tesoro, sono determinate le indennità spettanti al presidente e ai membri dell'Autorità*»). Altro elemento che viene potenzialmente in rilievo sul piano delle «interferenze» è il potere – mai esercitato – che la legge istitutiva riserva al Governo in materia di operazioni di concentrazione (art. 25 l. 287/1990). Al ricorrere delle

Quest'ultimo è di stampo "relazionale", nel senso che AIFA e il Ministero di riferimento sono posti in uno stabile rapporto, rispetto al quale le disposizioni dirette a conferire autonomia all'Agenzia puntano a porre limiti. Nel caso dell'AGCM si tratta di un paradigma improntato all'alterità, cui non corrisponde una specifica (e men che meno stabile) relazione intersoggettiva⁶¹.

Nel primo modello, i pervasivi poteri di indirizzo e vigilanza detenuti dal Ministero determinano l'assunzione in capo a quest'ultimo della responsabilità politica per l'eventuale fallimento dell'esperienza dell'agenzia. Nel secondo, la non ascrivibilità al circuito della responsabilità politica costituisce il *proprium* della soluzione organizzativa dell'Autorità⁶².

4. Variazioni sul tema alla luce di alcune recenti evoluzioni. La negazione della terzietà dell'AGCM da parte della Corte costituzionale.

Le conclusioni appena raggiunte si prestano a essere meglio precisate volgendo lo sguardo al c.d. profilo esterno dell'organizzazione, concentrando dunque il discorso sulle interazioni di AGCM e AIFA con altre figure soggettive. Il profilo sarà esaminato attraverso l'analisi di alcune recenti evoluzioni, anche giurisprudenziali, che contribuiscono a definire la collocazione ordinamentale delle strutture in oggetto.

Il primo riferimento va all'importante pronuncia con cui il Giudice delle Leggi, nel respingere il tentativo dell'AGCM di farsi giudice *a quo*, ha contribuito a delimitare con maggiore precisione i confini della relativa "indipendenza" attraverso la confutazione degli argomenti addotti dall'Autorità rimettente a sostegno della propria legittimazione a sollevare q.l.c. e dunque alla

condizioni stabilite dal co. 2, infatti, il Presidente del Consiglio dei Ministri (previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro competente), può vietarla «per ragioni essenziali di economia nazionale».

⁶¹ Individua nella contrapposizione tra presenza/assenza di una relazione intersoggettiva la cifra del distinguo tra autonomia e indipendenza F. MERLONI, *Amministrazione 'neutrale' e amministrazione imparziale (a proposito dei rapporti fra 'politica' e 'amministrazione')*, in *Dir. pubbl.*, 1997, p. 319 ss.

⁶² *Ex multis* M. D'ALBERTI, *Il valore dell'indipendenza*, in M. D'ALBERTI - A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Il Mulino, Bologna, 2010 «il connotato essenziale delle autorità indipendenti è proprio l'indipendenza, sia dall'indirizzo politico sia dal mercato e dalle imprese regolate» (p. 11).

propria assimilabilità a un giudice⁶³. Benché l'intero iter logico-argomentativo della Consulta ruoti attorno alla negazione della “terzietà” dell'Autorità, alcuni argomenti della sentenza si riflettono sugli indici di “maggiore indipendenza” di cui si è dato conto nei paragrafi precedenti, facendo luce sulla loro effettiva consistenza.

La sensazione che il Giudice delle Leggi abbia voluto cogliere l'occasione per prendere parola almeno su alcuni dei numerosi nodi interpretativi sollevati dalle ricostruzioni succedutesi sull'Autorità pare avvalorata dalla strutturazione della decisione, che, invece di arrestarsi all'illustrazione di una serie di argomenti già autonomamente idonei a escludere la qualificabilità di AGCM come “giudice a quo”⁶⁴, anche “ai limitati fini” del giudizio di l.c.⁶⁵, si sofferma sulla natura

⁶³ Il riferimento va evidentemente alla pronuncia C. cost. 6 febbraio 2019, n. 13, pronunciata sull'ordinanza del 3 maggio 2018, n. 1, con cui l'AGCM, qualificandosi per la prima volta come autorità giurisdizionale «ai limitati fini» degli artt. 1, l. cost. n. 1 del 1948 e 23, l. n. 87 del 1953, ha sollevato questione di l.c. della normativa sull'ordinamento del notariato per la parte in cui avrebbe sottratto un intero segmento dell'attività di tale categoria di professionisti all'applicazione del nucleo essenziale delle regole in materia di concorrenza. L'atto di promovimento ha suscitato immediato interesse in dottrina. Basti menzionare l'incontro organizzato dalla Direzione della Rivista federalismi.it all'indomani della pubblicazione della pronuncia, cui è seguita la pubblicazione delle relazioni e degli interventi di alcuni degli Studiosi di diritto costituzionale, europeo ed amministrativo che hanno partecipato al dibattito presso il FormAP il 21.6.2018. Si vedano i contributi di L. CASSETTI, *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e le vie dell'accesso al giudizio di costituzionalità sulle leggi in via incidentale*, cit.; M. CLARICH, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato come “giudice a quo” nei giudizi di costituzionalità*, ivi, 15/2018; M. DE VITA, *Relazioni tra l'articolo 8 l. 287/90 e l'articolo 106 TFUE nell'Ordinanza 1/18 dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, ivi; G. DI PLINIO, *L'Antitrust alle porte della Consulta e il futuro della costituzione economica*, ivi, 14/2018; A. FERRARA, *L'Autorità antitrust alla ricerca di un dialogo con la Corte costituzionale*, ivi; M. RIDOLFI, *L'indipendenza dell'Agcm alla luce dell'ordinanza n. 1 del 3 maggio 2018*, ivi; S. STAIANO, *Essere giudice «a limitato fine» Autorità amministrative indipendenti e Corte costituzionale*, ivi, 14/2018; P. CARNEVALE, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato fra legittimazione a sollevare questioni di legittimità costituzionale in via incidentale ed evocazione della “franca”. Primissime considerazioni alla luce della ordinanza di remissione del 3 maggio 2018 dell'AGCM*, ivi, 17/2018. L'ordinanza è stata altresì invocata quale esempio di incertezza dei ruoli dei poteri pubblici in M.A. SANDULLI, *Ancora sui rischi dell'incertezza delle regole (sostanziali e processuali) e dei ruoli dei poteri pubblici. Postilla a “Principi e regole dell'azione amministrativa. Riflessioni sul rapporto tra diritto scritto e realtà giurisprudenziale”*, in federalismi.it, 11/2018, 14 ss. Per un'analisi critica degli argomenti utilizzati dall'atto di promovimento, se si vuole, F. APERIO BELLA, *“Ceci n'est pas une note de jurisprudence”: riflessioni critiche a margine del tentativo dell'ACGM di farsi giudice a quo*, in *Dir. e soc.*, 2018, 2, 381 ss..

⁶⁴ Il ragionamento della Corte si concentra, in particolare, sul ruolo di parte processuale rivestito dall'Autorità nei giudizi amministrativi di impugnazione dei suoi provvedimenti e nella relativa legittimazione straordinaria ex art. 21-bis l. n. 287/1990. Sia consentito rinviare, sul punto a F. APERIO BELLA, *“Ceci n'est pas une note de jurisprudence”*, cit., spec. 316 e ss.

⁶⁵ L'esistenza di una nozione di giudice «ai limitati fini della sollevabilità della questione» e la connessa individuazione di una forma di giurisdizionalità “dedicata” al solo giudizio di legittimità costituzionale è da tempo nota alla giurisprudenza della Consulta (G. ZAGREBELSKY, V. MACERNÒ, *Giustizia costituzionale, II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna 2018, 105). L'esigenza di abbracciare una nozione “elastica” di giudice si giustificava, nei primi anni di attività della Consulta, nell'esigenza di estendere il suo raggio di azione, aumentando le possibilità di cancellare norme incostituzionali diffondendo la cultura della rigidità della Costituzione repubblicana. Con il passare degli anni, le esigenze di “filtro” all'accesso del giudizio incidentale hanno realizzato una sempre più frequente combinazione dell'interpretazione flessibile della nozione di giudice “ai limitati fini” con l'argomento della “zona franca” o “zona

del potere attribuito all'Autorità per qualificarlo come «funzione amministrativa discrezionale, il cui esercizio comporta la ponderazione dell'interesse primario con gli altri interessi pubblici e privati in gioco»⁶⁶. Argomentando sul punto, la Corte si limita ad aggiungere che l'AGCM, «al pari di tutte le amministrazioni» persegue un interesse pubblico, *sub specie* l'«interesse pubblico specifico...alla tutela della concorrenza e del mercato».

L'affermazione, pur nella sua sinteticità, è gravida di implicazioni sul fronte della dibattuta “indifferenza” e “neutralità” dell'AGCM rispetto agli interessi e alle posizioni soggettive in rilievo nella sua attività istituzionale⁶⁷, meritando di essere approfondita anche con specifico riferimento alla tesi dell'inconfigurabilità di un potere discrezionale facente capo all'Autorità⁶⁸.

Sul primo versante, il definitivo riconoscimento della sussistenza di un interesse pubblico vero e proprio facente capo all'AGCM (peraltro ormai difficilmente negabile in un contesto legislativo che le ha conferito una legittimazione straordinaria ad agire in giudizio⁶⁹) smentisce la

d'ombra”, ossia alla necessità di evitare zone sottratte al controllo di costituzionalità dell'ordinamento (L. Cassetti, L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e le vie dell'accesso al giudizio di costituzionalità, *cit.* 6). In linea con tale tendenza, la sentenza n. 13/2019 esclude la legittimazione dell'AGCM, benché «ai limiti finiti», negando la sussistenza della «ritenuta esigenza di garantire il rispetto del principio di costituzionalità e quindi di evitare l'esistenza di una zona franca (il controllo di costituzionalità sarebbe escluso) ovvero (e contraddittoriamente) una zona d'ombra (il controllo sarebbe «estremamente difficile», o più difficile o «poco agevole»)».

⁶⁶ Il carattere discrezionale del potere esercitato dall'AGCM emergerebbe con particolare evidenza, nelle parole della Corte, «nei rilevanti poteri pararegolatori e consultivi attribuiti all'Autorità garante (artt. 21, 22, 23 e 24 della legge antitrust e art. 23-bis, comma 4, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, recante «Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria») e nell'ampio margine di discrezionalità amministrativa che connota istituti quali le autorizzazioni in deroga di intese vietate, l'accettazione degli “impegni” e i cosiddetti programmi di clemenza (rispettivamente, artt. 4, 14-ter e 15, comma 2-bis, della legge antitrust)» (C. cost. 13/2019, *cit.*).

⁶⁷ Per una sintetica ricostruzione del dibattito v. *supra*, nota 50 e la dottrina ivi citata.

⁶⁸ I termini della questione sono stati riassunti, sia pure nei limiti dell'estrema sintesi, *supra*, nota 42.

⁶⁹ Sia consentito rinviare a F. APERIO BELLA, “Ceci n'est pas une note de jurisprudence”, *cit.* 302 ss. e ivi ai riferimenti all'art. 21-bis l. 287/1990 come introdotto dall'art. 35 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, conv. nella l. n. 214/2011 e alla posizione della autorevole dottrina che, postulando la definizione dell'AGCM quale soggetto istituito per la garanzia di un determinato interesse pubblico, ha sostenuto la tesi della soggettivizzazione di quest'ultimo in capo all'Autorità medesima («l'interesse a tutela del quale è proposto il ricorso si soggettivizza in un'Autorità pubblica», così M.A. SANDULLI, *Il problema della legittimazione ad agire in giudizio da parte delle autorità indipendenti*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2013). In particolare, si è detto, «il nuovo potere dell'AGCM, più che come potere di azione nell'interesse generale della legge in uno specifico settore, effettivamente di difficile riconduzione all'interesse legittimo, deve essere visto come diretta e naturale espressione dell'interesse – pubblico, ma pur sempre particolare e differenziato – alla migliore attuazione del valore “concorrenza”, di cui è specifico affidatario, anche in contrapposizione con i diversi interessi, pubblici o privati, di altri soggetti, interesse leso dalla mera violazione della legge e dall'inosservanza dell'invito (parere) a rispettarla, e dunque direttamente soddisfatto dal ripristino della legalità violata nei termini all'uopo indicati» (*Ibidem*, 11), con seguito in giurisprudenza (TAR Lazio, Roma sez. III-ter, sent. non definitiva 15 marzo 2013, n. 2720 con nota di A. D'URBANO, *Il nuovo potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM al vaglio del giudice amministrativo*, in *federalismi.it*, 14, 2013; in termini TAR Puglia, Bari, sez. III, 20 luglio 2018, n. 1097 con richiami a Cons. Stato, sez. VI, 30 aprile 2018,

relativa “terzietà”⁷⁰ valicando la già considerata distinzione tra attività “di regolazione” e attività “di garanzia”. In altri termini, dalle parole della Consulta si ricava che il perseguimento di un interesse pubblico da parte dell’Autorità è trasversale e rintracciato a prescindere dal novero di funzioni pararegatorie progressivamente affidate all’Autorità⁷¹. Il dato non è di poco rilievo ove si consideri che la particolare conformazione del giudizio di legittimità costituzionale nel nostro ordinamento (che non conosce un ricorso diretto individuale al Giudice delle leggi e che abbraccia, per l’effetto, una nozione “elastica” di giudice *a quo*⁷²) non legittimasse aspettative di un

n. 2583; TAR Toscana, Firenze, sez. I, 7 dicembre 2017, n. 1521; Cons. Stato, sez. V, 15 maggio 2017, n. 2294; Id., 30 aprile 2014, n. 2246).

⁷⁰ Il significato del termine “terzietà” si coglie con maggiore chiarezza dal confronto con altri concetti contermini: *in primis* quelli di indipendenza e di imparzialità. Già da prima della riforma costituzionale del 1999, i caratteri di indipendenza e imparzialità identificavano costituzionalmente l’attività giurisdizionale, della quale è garantita l’indipendenza attraverso gli artt. 100, 101, 104, 105, 107 e 108 Cost. e l’imparzialità attraverso gli artt. 3, 101 e 109 Cost.. L’imparzialità gode però, come noto, di copertura costituzionale anche rispetto all’Amministrazione, *sub specie* alla sua organizzazione e, in ossequio agli approdi raggiunti in via ermeneutica, alla relativa azione (art. 97 Cost.). Con riferimento all’ambito amministrativo, ove lo studio del principio di imparzialità ha impegnato folta e autorevolissima dottrina, il relativo *proprium* è tradizionalmente identificato nel comportamento equidistante rispetto ai diversi interessi coinvolti. In termini più generali è imparziale l’organo estraneo e indifferente rispetto agli interessi in gioco. Non a caso, quando il modello delle *Authorities* ha fatto la sua prima comparsa nel nostro ordinamento, si faceva riferimento ad «*amministrazioni indipendenti ad alto tasso di imparzialità (dette altrimenti amministrazioni soggette soltanto alla legge)*» (cfr. i lavori della Commissione per la modernizzazione delle istituzioni (c.d. Commissione Piga) nella Relazione sulla riforma dell’Amministrazione centrale presentata il 18 giugno 1985). L’indipendenza, come visto, si discosta dalla nozione di imparzialità, descrivendo piuttosto l’assenza di condizionamenti esterni nell’esercizio della funzione. Analisi autonoma merita la nozione di neutralità, che, secondo gli insegnamenti della dottrina più autorevole, descrive la combinazione tra imparzialità e indipendenza (A.M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, cit. 265). La neutralità sarebbe configurabile rispetto all’amministrazione soltanto in forma impropria (si parla infatti di “neutralità impropria”), in quanto l’appellativo “neutrale” soffre della circostanza di esaurire la propria rilevanza nell’ambito dell’ordine amministrativo, per ciò che della relativa osservanza l’autorità decidente non “risponde” se non in tale ambito. Diretto precipitato della valenza meramente “interna” (i.e. “impropria”) della neutralità degli organi amministrativi così identificati è l’impugnabilità in sede giurisdizionale delle relative decisioni. Diversamente si configura la nozione di “terzietà”, identificata a livello costituzionale come *proprium* della giurisdizione (il binomio tra “terzietà” e “imparzialità” è infatti suggellato al riformato comma 2 dell’art. 111 Cost. con riferimento alla giurisdizione). E’ stato osservato che il requisito in parola si distingue da quello dell’indipendenza, completandolo nella descrizione della giurisdizione, e che tale carattere si attuerebbe rispettando tre principi di stretto diritto processuale: (i) il principio della domanda (ii) il principio dell’equidistanza, realizzato attraverso quell’equilibrio che solo l’assenza di interessi propri alla decisione può garantire (iii) il principio della c.d. forza della prevenzione (G. SCARSELLI, op. loc. cit.). Sicché la terzietà, definendo la posizione del giudice all’interno di un processo in cui si esercita la funzione giurisdizionale non potrebbe riguardare le Autorità amministrative indipendenti, la cui *mission* istituzionale è legata al perseguimento di un interesse pubblico.

⁷¹ Su cui v. nota 39.

⁷² La dottrina costituzionalistica ci insegna che il procedimento di promovimento della questione di costituzionalità in via incidentale (o di eccezione), si caratterizza, come noto, per essere “concreto”, perché la legge viene in considerazione nel momento e a causa della sua applicazione; “generale”, potendo riguardare tutte le leggi al momento della loro applicazione, e “indisponibile” perché il giudice *a quo*, quando ne ricorrano le condizioni, è tenuto a promuoverlo (G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia Costituzionale*, Bologna, 2012, 268). Tali caratteristiche del giudizio in via incidentale hanno spinto la Corte costituzionale ad accogliere un concetto “relativo” di giudice e

pronunciamento capace di incidere su alcuna delle questioni nodali poste dalla figura organizzativa delle Autorità amministrative indipendenti.

Attingendo ad argomenti di teoria generale – che però logicamente, per quanto sopra, non entrano nel ragionamento della Corte – la ragione profonda dell'esistenza di un interesse pubblico facente capo all'Autorità pareva invero già rintracciabile nella differenza che intercorre tra attività contenziosa e attività giustiziale⁷³. Solo l'esercizio di un'attività giustiziale, infatti, consente all'autorità decidente di operare in vista dell'«*interesse alla giusta realizzazione delle norme giuridiche e alla fissazione dei fatti secondo verità*»⁷⁴. Nell'espletamento di funzioni contenziose, proprie dell'AGCM, si trova invece lo schema tipico dell'esercizio dell'amministrazione attiva, con ciò che ne consegue in termini di perseguimento di un interesse pubblico⁷⁵.

Quanto sopra pone le basi per sviluppare ulteriormente la confutazione dell'argomento dell'assenza di momenti di discrezionalità amministrativa nell'operato dell'Autorità (potendosi, in tesi, al più ravvisare una discrezionalità di tipo tecnico, derivante dall'applicazione di regole tecniche di natura economica).

In disparte la difficoltà di considerare l'Autorità come “monobiettivo” alla luce della già rilevata eterogeneità delle funzioni attribuitele dalla legge, e, più in generale, la conformazione della normativa di settore che pare conferire all'Autorità effettivi margini di discrezionalità “pura”⁷⁶,

giurisdizione, optando per un orientamento definito “eclettico”, fatto di “spunti” o “sintomi” che si prestano a combinazioni libere e a conclusioni non rigidamente obbligate (273).

⁷³ Per approfondimenti sia consentito rinviare a F. APERIO BELLA, *Tra procedimento e processo*, cit., spec. 99-110. Ai presenti fini può sinteticamente affermarsi che i caratteri propri della funzione giustiziale possono pertanto essere utilmente individuati in ciò che: (a) l'attività dell'amministrazione è esclusivamente preordinata a risolvere conflitti secondo diritto e non si risolve mai nell'amministrazione attiva, prevalendo nettamente il momento del giudizio, che è attività vincolata anche quando pronuncia sull'opportunità; (b) l'esercizio di tale funzione opera “su ricorso” e mai d'ufficio; (c) la proposizione dell'istanza obbliga l'amministrazione a darvi seguito; (d) vige una corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

⁷⁴ A. TRAVI, *Decisione amministrativa*, in *Dig. disc. pub.*, IV, Torino, 1989, 524 ss., qui 528-529.

⁷⁵ Il discorso vale anche per le competenze esercitate dall'AGCM in materia di pubblicità ingannevole ai sensi del vigente Codice del consumo, in ragione del carattere anche officioso dell'avvio del procedimento (cfr. art. 27, co. 2 d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206 «*L'Autorità, d'ufficio o su istanza di ogni soggetto o organizzazione che ne abbia interesse, inibisce la continuazione delle pratiche commerciali scorrette e ne elimina gli effetti*»).

⁷⁶ Molto è stato scritto in ordine ai margini di discrezionalità sottesi alle decisioni con impegni ex art. 14-ter l. n. 287/1990 (*ex multis*, L. DE LUCIA, V. MINERVINI, *Le decisioni con impegni nella normativa nazionale a tutela della concorrenza e dei consumatori*, in *Conc. merc.*, 2011, pp. 509 ss.), al potere di adottare programmi di clemenza ex art. 15, co. 2-bis l. n. 287/1990 (J. BERTONE, M. MAGGIOLINO, *L'introduzione dei programmi di clemenza nel diritto antitrust italiano: ragioni e prospettive*, in *Riv. soc.*, 2007, pp. 1370 ss.) e al potere di autorizzazione in deroga delle intese restrittive ex art. 4 l. n. 287/1990. Anche l'affermazione che l'avvio stesso del procedimento sanzionatorio sia discrezionale nell'an (A. POLICE,

soccorre, sul piano epistemologico, la distinzione tra l'attuazione concreta del comando generale contenuta nell'atto amministrativo e il controllo successivo ed eventuale sull'idoneità di tale attuazione operato dalla decisione giurisdizionale (o giustiziale). Mentre la giurisdizione (e, per comunanza, la funzione giustiziale) si risolve sempre (o si dovrebbe risolvere sempre) nell'"applicazione" della legge al caso concreto, senza margini di discrezionalità ulteriori rispetto a quelli consentiti dal corretto esercizio dell'attività ermeneutica, la funzione amministrativa può e anzi deve tendere a cercare la migliore attuazione del fine prestabilito dalla legge, che l'organo titolare del potere attua in funzione del migliore perseguimento dell'interesse pubblico⁷⁷.

Il dato non pare confutabile nemmeno alla luce della importante pronuncia del Consiglio di Stato⁷⁸ (peraltro ben presto rivisitata nei suoi esiti più avanguardisti dallo stesso Consesso⁷⁹), che ha proposto un avanzamento dello *standard* del proprio sindacato sui provvedimenti sanzionatori dell'AGCM in termini di sindacato (non sostitutivo) "di maggiore attendibilità", facendo leva, *inter alia*, proprio sugli argomenti del carattere sostanzialmente vincolato della funzione sanzionatoria

Teoria della concorrenza op. cit., p. 163; F. MANGANARO, *La giustizia innanzi all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, cit., 23) pare condivisibile, anche in considerazione del fatto che la decisione se avviare o meno un'istruttoria è fortemente influenzata dall'"idea del mercato" che il Collegio ha maturato in un determinato contesto socio-politico-economico e della conseguente "agenda" delle priorità. Anche sul piano del *quomodo* l'Autorità resta padrona di un margine di manovra tutte le volte in cui il quadro normativo-amministrativo nazionale lascia alle imprese un margine di autonomia nella condotta. Si pensi al caso in cui il contesto normativo- regolamentare permetta, faciliti o incentivi un determinato comportamento illecito (portato a esempio da M. CAPPAL, *Il problema del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'AGCM in materia antitrust: un passo in avanti, due indietro ... e uno in avanti. Una proposta per superare l'impasse*, in *federalismi.it*, 21/2019, spec. 24 ss.) In tali casi l'Autorità può dosare il proprio intervento «*optando, a seconda dei casi, per l'avvio di un'istruttoria nei confronti dell'operatore interessato, per l'esercizio di uno dei propri poteri di competition advocacy nei confronti del potere pubblico o, ancora, per entrambe le soluzioni (oltre che – s'è visto – per un'archiviazione, laddove, nel contesto di risorse scarse e di pianificazione dell'agenda in cui opera la p.A., il settore colpito non risulti in priorità)*». In giurisprudenza Cons. St., Sez VI, 12 aprile 2017, n. 1708 per l'affermazione che «*resta [...] discrezionale [la scelta] sia delle modalità di acquisizione istruttoria delle informazioni [...], sia dell'apprezzamento della rilevanza giuridica delle notizie così ottenute [...], sia, infine, della configurazione di infrazioni alle regole della concorrenza*».

⁷⁷ L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, 2007, 862 ss..

⁷⁸ Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990, con nota di R. Pardolesi, in *giustamm.it*, di G. Cice. Nell'Osservatorio sulla giustizia amministrativa, in *Foro amm.*, 2019, 9, 1377 ss.; in *Dir. proc. amm.*, 2020, 740, con nota di M. DELSIGNORE, *I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM: molto rumore per nulla?*

⁷⁹ Il riferimento va a Cons. Stato, Sez. VI, 5 agosto 2019, da 5558 a 5564 e 6022, 6023, 6025, 6027, 6030, 6032 e 6065; Id., 23 settembre 2019, n. 6314, che hanno richiamato il Cons. Stato, n. 4990/2019, ma limitatamente alla parte ricognitiva delle precedenti acquisizioni (sindacato "non sostitutivo di attendibilità"), estromettendo il *revirement* in senso ampliativo verso un sindacato «*pieno di maggiore attendibilità*» (M. Cappai, *Il problema del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'AGCM in materia antitrust: un passo in avanti, due indietro ... e uno in avanti. Una proposta per superare l'impasse*, in *federalismi.it*, 21/2019).

*antitrust*⁸⁰ e dell'assenza della ponderazione di interessi che caratterizza la discrezionalità amministrativa⁸¹. L'analisi puntuale di tale arresto, su cui molto è stato scritto⁸², esulerebbe non poco dai limiti del presente studio; basterà quindi osservare che la pronuncia, evitando significativamente di misurarsi con la previa decisione della Consulta, non aggiunge, per quanto qui interessa, argomentazioni nuove al dibattito.

Tanto chiarito, pare che le caratteristiche, pur peculiari, dell'AGCM non consentano di assimilarla, "verso l'alto", al soggetto ordinamentale che gode della massima garanzia di indipendenza e terzietà: il giudice.

5. *Segue*: il ruolo di AIFA quale tutore della salute pubblica nell'ambito della gestione dell'emergenza pandemica.

In sede di prime misure di contenimento dell'emergenza pandemica, il legislatore ha riconosciuto ad AIFA un ruolo di «*coordinamento e di analisi delle evidenze scientifiche disponibili*» in materia di sperimentazione dei medicinali e dispositivi medici per fronteggiare la pandemia⁸³. L'intento

⁸⁰ Dalla pronuncia si ricava che l'Antitrust sarebbe titolare di un potere sostanzialmente vincolato, una volta che siano stati accertati i "presupposti" dell'azione amministrativa. In particolare, la disciplina sul divieto di intesa anticompetitiva rientrerebbe nei casi *in cui l'ordinamento generale pone esso stesso una regola sostantiva che determina a priori ed in astratto ciò che spetta ad ognuno dei soggetti coinvolti, ai cui interessi viene dunque assicurata, entro questi limiti, soddisfazione*» (Cons. Stato, Sez. VI, n. 4990/2019, *cit.*).

⁸¹ Riecheggia in tale approccio il collegamento tra l'assenza di discrezionalità che connoterebbe atti dell'AGCM e intensità del sindacato su di essi esercitabile dal g.a. già operato da F.G. SCOCA, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, in *Dir. amm.*, 2/2008, 527 ss.. Nelle parole del Collegio «*Il modello antitrust è invece una forma di garanzia amministrativa che presidia le "condizioni di contesto" - prefigurate dal legislatore - all'interno delle quali i rapporti interpretati possono legittimamente esplicarsi, non attingendo il livello di politicità della regolazione economica. La vigilanza della condotta delle imprese presenti sul mercato, pur comportando limitazioni alla libertà di "lottare" per assicurarsi una posizione di supremazia sul mercato, realizza pur sempre una funzione "arbitrale" tra interessi privati contrapposti, volta fondamentalmente all'accertamento della corretta applicazione delle norme di legge*». Il Collegio soggiunge che «*le sanzioni amministrative in senso stretto - quelle che costituiscono reazione dell'ordinamento alla violazione di un precetto, ed a cui è estranea qualunque finalità ripristinatoria o risarcitoria - sono inflitte nell'esercizio di un potere ontologicamente diverso dalla discrezionalità amministrativa che presuppone una ponderazione di interessi*» (ptt. 1.7.1 e 1.7.2).

⁸² Oltre al citato M. CAPPAL, *Il problema del sindacato*, si vedano, più in generale, M.A. SANDULLI, *Riflessioni sull'istruttoria tra procedimento e processo*, in *Dir. e Soc.*, 2/2020, 195 ss., spec. 207 ss; S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle autorità indipendenti*, in *Dir. amm.* 2020, 1, 97 ss.; F. SAITTA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle autorità indipendenti tra potenzialità del codice del processo e «preferenza di amministrazione*», in *Il processo*, 3/2020, 749 ss.

⁸³ Art. 17 d.l. 17 marzo 2020, n. 18, conv. nella l. 24 aprile 2020, n. 27.

legislativo, che traspare maggiormente negli interventi normativi successivi⁸⁴, è stato quello di convogliare in capo all'Agenzia, coadiuvata dagli apparati consultivi preesistenti e a quelli all'uopo istituiti⁸⁵, compiti di coordinamento delle sperimentazioni sul nuovo virus, tanto in riferimento a nuovi farmaci che a farmaci già in commercio per il trattamento di altre malattie⁸⁶. Il tutto grazie al conferimento, a monte, del pieno accesso ai dati sugli studi clinici.

L'attribuzione ad AIFA di un simile compito non può che essere letto alla luce del suo generale potere di stabilire «condizioni e prescrizioni di carattere generale relative ai medicinali»⁸⁷. Avrebbe avuto poco senso, del resto, conferire all'Agenzia un simile bagaglio informativo senza consentirle di avvalersene nell'adozione di misure concrete per orientare gli operatori del settore nella migliore gestione dell'emergenza⁸⁸. Si tratta di un potere già attenzionato in dottrina per il suo “ampio raggio”⁸⁹ e per la sua funzionalizzazione alla garanzia degli utenti del sistema farmaceutico rispetto alla tutela del valore costituzionale della salute⁹⁰.

L'Agenzia non ha mancato di avvalersi ampiamente di tale potere nel corso dell'emergenza, assumendo numerosi provvedimenti in forma di “note”, alcuni dei quali finiti all'attenzione del giudice amministrativo. Prima di dare brevemente conto del caso giurisprudenziale che pare più significativo, preme evidenziare che la stessa AIFA descrive le proprie “note” come uno «strumento

⁸⁴ Art. 40 d.l. 8 aprile 2020, n. 23, conv. nella l. 5 giugno 2020, n. 40.

⁸⁵ Il riferimento va al Comitato tecnico-scientifico dell'Unità di crisi del Dipartimento della protezione civile e al Comitato etico unico nazionale all'uopo identificato nel Comitato etico dell'Istituto nazionale per le malattie infettive Lazzaro Spallanzani di Roma (cfr. art. 40 e già art. 17 *cit.*).

⁸⁶ Per una recente ricostruzione della disciplina in materia di sperimentazione dei farmaci, con qualche riflessione sulle innovazioni legislative dovute alla gestione dell'emergenza sanitaria E. BELLOMO, *Analisi dell'architettura giuridica delle responsabilità in materia di sperimentazione di farmaci. La decretazione d'urgenza punta sui modelli off-label in tempo di emergenza sanitaria Covid-19*, in *Il dir. economia*, 1/2021, 291 ss..

⁸⁷ Art. 143 del d. lgs. n. 219/2006: «L'AIFA può stabilire, nel rispetto delle direttive e raccomandazioni della Comunità europea, condizioni e prescrizioni di carattere generale relative a tutti i medicinali o a particolari gruppi di essi, ivi comprese le disposizioni sull'etichettatura e sul confezionamento dei medicinali e sulle modalità di prescrizione e di impiego».

⁸⁸ Il collegamento tra il nuovo bagaglio informativo e i poteri decisionali in materia farmaceutica già affidati *ex lege* ad AIFA emerge, del resto, dagli stessi provvedimenti dell'Agenzia: nella Determina DG 28 aprile 2020, in G.U. 2 maggio 2020, n. 112, l'AIFA, vista la normazione emergenziale, ritiene «indispensabile rendere fruibili in modo continuo tutte le informazioni progressivamente disponibili riguardo alla sicurezza e all'efficacia dei trattamenti per l'infezione da SARS-CoV2 e di adattare, in relazione ad esse, le decisioni relative ai farmaci in un processo di aggiornamento continuo»).

⁸⁹ M. MONTEDURO, *op. cit.*, 76-77.

⁹⁰ Un indice della funzionalizzazione dell'AIFA alla garanzia della tutela della salute, quanto meno nel corso della pandemia, parrebbe ricavarsi dalla determina con cui stessa Agenzia, che, nel costituire al proprio interno un'Unità di crisi per supportare le interlocuzioni con le strutture governative in prima linea nel contrasto e il contenimento della diffusione della pandemia, non ha mancato di fare salvo «comunque, ogni necessario intervento volto a tutela della salute» (cfr. Determina DG 11 marzo 2020, n. 256).

regolatorio che definisce le indicazioni terapeutiche per le quali un determinato farmaco è rimborsabile a carico del Servizio Sanitario Nazionale (SSN)»⁹¹.

Il contenzioso, in estrema sintesi, attiene alla parabola dell'uso dell'idrossiclorochina per i pazienti con COVID-19: acclamato come risolutivo dai primissimi studi, con risultati fortemente pubblicizzati anche a livello politico⁹², il farmaco è stato dapprima posto a totale carico del SSN da parte di AIFA⁹³ e poi “sospeso” al di fuori degli studi clinici in ragione di nuove e opposte evidenze scientifiche, con un provvedimento, successivamente confermato⁹⁴, assunto nel quadro di una procedura semplificata introdotta *ad hoc* per la gestione dell'emergenza (in forma di “nota” di aggiornamento della “scheda” del farmaco pubblicata sul sito istituzionale dell'Agenzia⁹⁵). La controversia originava dall'impugnazione in via di urgenza di detti ultimi provvedimenti sospensivi

⁹¹ Le citazioni sono tratte dal sito istituzionale AIFA. In dottrina era già stata enfatizzata la “portata espansiva” dei riferiti provvedimenti, idonei ad ampliare in modo pervasivo le competenze regolatorie dell'Agenzia («*L'AIFA adotta e pubblica un numero consistente di «Note» e di «Linee guida» dirette agli operatori del settore, con cui indirizza l'attività di questi ultimi e, de facto, tende ad ampliare i confini della propria attività di regolazione rendendola pervasiva, anche oltre le fattispecie in cui l'ordinamento le attribuisce espressamente la competenza regolatoria, predisponendo le correlative sanzioni a presidio*», M. MONTEDURO, p. 77). Per completezza occorre dare conto del fatto che, di là del già citato potere di stabilire «*condizioni e prescrizioni di carattere generale relative ai medicinali*», il legislatore conferisce ad AIFA poteri espressamente definiti come regolatori, ad es. materia di promozione pubblicitaria (cfr. art. 48, co. 3 d.l. n. 269/2003 che conferisce ad AIFA poteri di “regolazione” della promozione pubblicitaria).

⁹² L'impreparazione dei sistemi nazionali a fronteggiare il nuovo virus e la mancanza di farmaci efficaci per il trattamento dell'infezione, unitamente al carattere promettente dei primissimi studi sull'Idrossiclorichina, ha spinto vari esponenti politici ad esporsi sulla relativa efficacia riponendovi, forse, più speranze di quanto le evidenze scientifiche avrebbero consentito. L'attenzione della politica alla vicenda è dimostrata dall'interrogazione parlamentare che ne è scaturita (su cui sia consentito rinviare a F. APERIO BELLA, *Sospensione dell'utilizzo dell'Idrossiclorichina per il trattamento del COVID-19: AIFA risponde all'interrogazione parlamentare*, in *Osservatorio di Diritto sanitario* di federalismi.it, dicembre 2020).

⁹³ Determina DG 17 marzo 2020, n. 258 (in G.U. n. 69 del 17 marzo 2020) recante l'inserimento a carico del SSN (in deroga alla l. n. 648/1996) dell'uso *off-label* dell'idrossiclorochina per il trattamento dell'infezione da SARS-CoV-2.

⁹⁴ Il riferimento va alle note AIFA del 26 maggio e del 22 luglio 2020 di aggiornamento della “scheda” del farmaco.

⁹⁵ Per rispondere alle esigenze di flessibilità e rapidità imposte dal continuo evolversi dell'emergenza pandemica, AIFA ha introdotto una procedura “urgente e flessibile” per l'adozione di decisioni relative ai farmaci. La procedura è realizzata dalla combinazione tra “schede” che «*rendano espliciti gli indirizzi terapeutici entro cui è possibile prevedere un uso corretto e sicuro nell'ambito dell'emergenza sanitaria COVID-19*» di ciascun farmaco e “note” dirette alla relativa modifica e aggiornamento in relazione alle progressive evidenze scientifiche, tutte pubblicate sul sito istituzionale di AIFA (cfr. la citata Determina DG 28 aprile 2020, n. 484, che, modificando la precedente n. 258/2020, pone i medicinali ivi contemplati a carico del SSN «*nel rispetto delle condizioni per essi indicate nelle schede dei rispettivi farmaci pubblicate e continuamente aggiornate sul sito dell'Agenzia*» (art. 1) precisando che «*L'uso off label dei sopracitati farmaci è consentito unicamente nel rispetto degli elementi riportati nelle schede*» e che queste ultime «*sono parte integrante del...provvedimento, a far data dal momento della loro pubblicazione o del loro aggiornamento*» (artt. 2 e 3).

ad opera di un gruppo di medici che lamentavano di esserne lesi nella propria libertà prescrittiva, e che, in sede di appello cautelare, ottenevano l'accoglimento⁹⁶.

Senza poter entrare nel dettaglio degli argomenti che hanno spinto il Consiglio di Stato a riscontrare una parvenza di fondatezza, sia pure nei limiti della sommarietà della propria cognizione cautelare, nelle censure spiegate dagli appellanti, è utile ai presenti fini soffermarsi sui passaggi argomentativi in cui il Collegio definisce gli atti sottoposti al suo vaglio come “regolatori”⁹⁷, riferendosi ad AIFA come soggetto deputato alla “tutela della salute pubblica” e qualificandola, quanto meno tramite l'applicazione dei propri precedenti, come “autorità indipendente”⁹⁸.

La natura regolatoria di alcune delle attribuzioni delle agenzie è questione da tempo affrontata in dottrina e non ha mancato di destare perplessità in ordine all'opportunità di affidare funzioni “da autorità indipendente” in assenza delle corrispondenti caratteristiche organizzative⁹⁹. Il problema, sollevato in termini generali, è stato più in particolare identificato, con riferimento ad

⁹⁶ Il riferimento va evidentemente all'ord. Cons. St., sez. III, 11 dicembre 2020, n. 7097, di riforma dell'ord. TAR Lazio, Roma, sez. III, 16 novembre 2020, n. 7069, su cui v. G. STRAZZA, *Sull'uso off-label dell'idrossiclorochina per il trattamento del COVID-19 (nota a Consiglio di Stato, Sezione Terza, ord.za 11 dicembre 2020, n. 7097)*, in *giustiziainsieme.it*.

⁹⁷ Non è questa la sede per approfondire il contenuto della funzione di regolazione (su cui, senza pretese di completezza, si veda L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, Giappichelli, 2002) ma interessa notare, con riferimento alle caratteristiche dello specifico strumento in analisi, che esso risulti oggi descritto come funzionale a garantire un uso appropriato dei medicinali («indirizzando l'attività prescrittiva dei medici sulla base delle evidenze presenti in letteratura») con la precisazione che tale funzione è assolta «senza tuttavia interferire con la libertà di prescrizione del medico». Il dato è rilevante in quanto, quantomeno nella versione pubblicata all'ottobre 2017, il sito precisava che “le Note...rappresentano...delle indicazioni che ogni medico deve obbligatoriamente rispettare per poter prescrivere alcuni farmaci a carico del Servizio Sanitario Nazionale» (il testo “previgente” si ricava da M. MONTEDURO, *cit.*, p. 77, nota 20). Se la modifica sia il prodotto del contenzioso esaminato, ove, come visto, si faceva perno sulla libertà prescrittiva dei medici, non è dato sapere. Resta il fatto che il carattere obbligatorio delle “note” è oggi formalmente escluso. Il dato non pare però dirimente alla luce del noto insegnamento per cui “nell'orizzonte epistemico della pratica medico-sanitaria la distanza tra raccomandazione e obbligo è assai minore di quella che separa i due concetti nei rapporti giuridici. In ambito medico, raccomandare e prescrivere sono azioni percepite come egualmente doverose in vista di un determinato obiettivo» (così C. Cost., 18 gennaio 2018, n. 5 in tema di vaccinazioni obbligatorie e facoltative).

⁹⁸ Si vedano i ptt. 9.2, 9.3 e 9.6. In particolare l'ordinanza, pur ritenendo «in astratto indiscutibile e insostituibile il ruolo di AIFA nell'esercizio della farmacovigilanza e nella tutela della salute pubblica» e altrettanto indiscutibile e insostituibile il fondamento scientifico delle decisioni assunte «dall'autorità in materia sanitaria» afferma che «nessuna delle determinazioni di AIFA, anche le più delicate come quelle sull'utilizzo di farmaci off label contro SARS-CoV-2, può sottrarsi in uno Stato di diritto, secondo il dettato della Costituzione (artt. 24, comma primo, 103, comma primo, e 113, comma secondo, Cost.), al sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo sul corretto esercizio della discrezionalità tecnica».

⁹⁹ E. CHITI, *op. cit.* osserva che «L'attribuzione di tali competenze [poteri autoritativi e funzioni di regolazione], tuttavia, non è sempre accompagnata da un'adeguata disciplina dei modi di funzionamento dell'agenzia, in grado di orientarne l'azione al pieno rispetto dei principi...di proporzionalità, giusto procedimento e contraddittorio. Essa, poi, risulta a volte poco coerente con lo stesso disegno organizzativo dell'agenzia, là dove sembrerebbe richiedere un'autorità indipendente dalla maggioranza politica e dai regolati, piuttosto che un organismo dipendente dal governo».

AIFA, nella incompatibilità tra i caratteri che connotano il modello delle agenzie amministrative (assenza di poteri di prescrizione o vincolo nei confronti dei soggetti pubblici coordinati, multi-referenzialità e godimento di specifiche autonomie) e il carattere di “sovraordinazione regolatoria” proprio delle Autorità amministrative indipendenti¹⁰⁰.

In questo contesto, se è vero che la legislazione emergenziale pare aver contribuito a potenziare alcune funzioni di AIFA, rinforzandone il ruolo di diretta garanzia degli utenti del sistema farmaceutico rispetto alla tutela del valore costituzionale della salute, ed è parimenti vero che alcuni recenti interventi dimostrino l'accresciuta attenzione di AIFA nel restituire un'immagine di «*indipendenza, imparzialità e integrità*»¹⁰¹, continuano a difettare, sotto il profilo organizzativo, i requisiti che ne realizzano l'indipendenza, precludendo il relativo avvicinamento “verso l'alto” al modello delle autorità indipendenti.

5. Spunti conclusivi.

Nelle considerazioni che precedono paiono trovare conferma i rischi che si annidano nel discorrere in astratto dei modelli organizzativi: il quadro di regole in cui ciascuna struttura concretamente si muove è infatti magmatico e suscettibile di “deviazioni” costanti.

L'analisi “in concreto” delle caratteristiche organizzative di AIFA e AGCM ha consentito, anche grazie al confronto tra le due figure soggettive, di metterne in luce peculiarità ed elementi “devianti” rispetto ai modelli di appartenenza.

Pare confermata, al contempo, l'importante funzione di completamento assolta dal c.d. profilo esterno dell'organizzazione. Lo studio delle interazioni di AIFA e AGCM con altre figure soggettive ha effettivamente contribuito a definirne la collocazione nel quadro ordinamentale, distinguendo la seconda da un giudice perché priva del carattere della terzietà e la prima da un'autorità indipendente perché priva del carattere dell'indipendenza.

¹⁰⁰ M. MONTEDURO, op. cit. 131

¹⁰¹ Si veda la citata recente disciplina del conflitto di interessi (Determina CDA AIFA, n. 37/2020 cit.).

Nella prospettiva delle interazioni di AIFA e AGCM con il giudice chiamato a sindacarne gli atti si può tentare di trarre, in conclusione, qualche ulteriore spunto.

Il profilo intercetta la questione, annosa e sempre vivacemente discussa, dei limiti al sindacato sugli atti delle autorità amministrative indipendenti,¹⁰² nonché, *ab imis*, del sindacato sugli atti connotati da discrezionalità tecnica¹⁰³.

Ci si potrebbe domandare se la particolare connotazione dell'organo decidente in termini di indipendenza e capacità tecnica possa condizionare l'intensità del sindacato giurisdizionale e dunque se l'ascrivibilità a un modello organizzativo piuttosto che a un altro si rifletta sul sindacato del g.a..

Il dibattito sul sindacato degli atti delle autorità indipendenti dimostra che si possono raggiungere conclusioni diverse a seconda dell'aspetto su cui si intenda focalizzare l'attenzione¹⁰⁴. Così, muovendo dal *deficit* democratico delle autorità indipendenti, è stato ipotizzato un controllo giurisdizionale più forte, nel tentativo di ravvisare nella tutela giurisdizione un elemento di compensazione della mancanza di legittimazione rappresentativa¹⁰⁵. In senso opposto,

¹⁰² Per tutti, A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 439 ss.; più di recente ID., *Il problema generale del sindacato giurisdizionale degli atti delle*

Autorità indipendenti; il riparto di giurisdizione e il controllo della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato, in *giustizia-amministrativa*, 2019. In argomento il recente numero monografico di questa *Rivista*, 2/2018 nonché F. PATRONI GRIFFI, *Il sindacato del giudice amministrativo sugli atti delle Autorità indipendenti*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2017; M. LIPARI, *Il sindacato pieno del giudice amministrativo sulle sanzioni secondo i principi della CEDU e del diritto UE. Il recepimento della direttiva n. 2014/104/EU sul private enforcement (decreto legislativo n. 3/2017): le valutazioni tecniche opinabili riservate all'AGCM*, in *federalismi.it*, 8/2018; F. CINTIOLI, *Giusto processo, sindacato sulle decisioni antitrust e accertamento dei fatti (dopo l'effetto vincolante dell'art. 7, d. lg. 19 gennaio 2017, n. 3)*, in *Dir. Proc. Amm.*, 4/2018, 1207 ss..

¹⁰³ Sul tema si rinvia, per le coordinate generali della questione a O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Vol. I, *Introduzione e nozioni fondamentali*, Napoli, 1912, pp. 350 ss.; M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale nella pubblica amministrazione: concetto e problemi*, Milano 1939; V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 372 ss. (e in *Studi in onore di Vittorio Bachelet*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1987, 247 ss.); C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano 1985; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova 1995. Più di recente P. CARPENTIERI, *Azione di adempimento e discrezionalità tecnica (alla luce del processo amministrativo)*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2013, pp. 385 ss..

¹⁰⁴ Il tema è stato recentemente sviluppato in S. TORRICELLI *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche*, *cit.*, spec. par. 4.

¹⁰⁵ La prospettazione era stata percorsa, sia pure in via di cenno, in F. APERIO BELLA, *I riflessi dell'organizzazione*, *cit.*, 239-240. In dottrina, per l'affermazione che la peculiare posizione delle autorità indipendenti non consente di ridurre l'intensità del sindacato giurisdizionale imponendo, all'opposto, di estenderlo G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, *cit.* spec. 251 («la tesi dell'insindacabilità sugli accertamenti tecnici appare ancora più ingiustificata alla luce del principio fondamentale per cui la riconducibilità al sistema costituzionale delle autorità indipendenti richiede una loro sottoposizione al pieno controllo giurisdizionale, come svolgimento della loro soggezione alla legge, considerando che difettano controlli amministrativi e controlli politici, ed essendo in gioco valori costituzionali»). Adesivamente, F. CORTESE, *Momenti e luoghi salienti di*

valorizzando la tecnicità delle Autorità indipendenti, tende a emergere una riserva sulle relative valutazioni, una sorta di competenza infungibile su cui neppure il giudice potrebbe intervenire se non per profili di macroscopica inattendibilità¹⁰⁶.

Elemento comune ai due modelli organizzativi analizzati è proprio il carattere tecnico. Si potrebbe allora sostenere che, in presenza di un'azione caratterizzata da elevato tecnicismo, la ricorrenza di determinati connotati organizzativi potrebbe riflettersi sul sindacato del g.a.

L'argomento non pare tuttavia trovare riscontro né nella teoria né nella pratica.

Sul fronte dell'applicazione giurisprudenziale, occorre dare conto del fatto che nelle pronunce più recenti i richiami all'argomento della natura delle autorità indipendenti come elemento rilevante per delimitare lo spazio del controllo giurisdizionale sembrano farsi più rari¹⁰⁷. Pare del resto significativo che la citata decisione che ha recentemente proposto un avanzamento della "soglia" di sindacato sugli atti delle AAII (sia pure con esclusivo riferimento ai procedimenti

una transizione: la tutela giurisdizionale amministrativa e i suoi sviluppi al cospetto delle amministrazioni indipendenti, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 532-533; di recente, F. CINTIOLI, *Il pensiero giuridico di Giuseppe Morbidelli e le autorità amministrative indipendenti, ieri e oggi*, in *federalismi.it*, n. 12/2019, 26-27; analogamente, F. TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 329-330, secondo la quale la posizione istituzionale delle *authorities*, poste all'esterno del circuito della responsabilità politica, induce il giudice amministrativo a compensare il deficit di legalità sostanziale con un sindacato più penetrante sui loro atti. Più di recente F. SAITTA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle autorità indipendenti*, *cit.*, spec. par. 4. In giurisprudenza cfr. Cons. Stato, sez. VI, 19 gennaio 2016, n. 165, che lega l'esigenza di un sindacato «particolarmente approfondito, specie sotto il profilo dell'attendibilità, della ragionevolezza e della adeguata motivazione» anche al «fatto che gli atti di regolazione in questione costituiscono esercizio di una potestà normativa attribuita a soggetti privi di rappresentatività e di legittimazione democratica perché estranei alla tradizionale tripartizione dei poteri ed al circuito della responsabilità politica delineato dall'art. 95 Cost.». In senso meno netto Cons. Stato, Adunanza della Commissione speciale del 30 agosto 2016, 14 settembre 2016, n. 1920.

¹⁰⁶ E' questa la direzione in cui più spesso l'argomento era stato invocato in giurisprudenza. Il carattere indipendente del soggetto e il carattere neutrale del potere sono stati utilizzati in modo rafforzativo per escludere un controllo sostitutivo sulla valutazione tecnica, inducendo a una regressione del confine dell'intervento del giudice. Così, ad es., è stata ritenuta «ragionevole l'esistenza di una riserva di amministrazione in ordine al merito amministrativo, specie laddove vengano in rilievo provvedimenti adottati da un organo posto in posizione di particolare indipendenza, nell'esercizio di poteri neutrali», così TAR Lazio, Roma, sez. I, 7 giugno 2018, n. 6379, nel quadro di un suo orientamento costante riconducibile a Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2003, n. 1054, e 1 ottobre 2002, n. 5156.

¹⁰⁷ Non vi è traccia dell'argomento, ad esempio, nel recente studio del Consiglio di Stato dedicato al tema del sindacato sugli atti delle autorità indipendenti (Cons. Stato, Ufficio studi, massimario e formazione, *Autorità indipendenti e sindacato giurisdizionale*, 2017, pur dandosi conto del quadro di una giurisprudenza assestata circa il fatto che la scelta amministrativa deve essere contenuta entro «i margini di attendibilità e di ragionevolezza tecnica»: Cons. Stato, sez. VI, 7 marzo 2019, n. 1578).

sanzionatori¹⁰⁸) utilizzi “al contrario” argomenti tradizionalmente addotti per calmierare l'intensità del sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Antitrust¹⁰⁹.

Nello stesso senso pare collocarsi la pronuncia sul caso Idrossiclorochina, che, pur qualificando (superficialmente) AIFA come autorità indipendente, pare tutt'altro che “deferente” nell'esercizio del proprio sindacato¹¹⁰. La sensazione è piuttosto che, nel caso di specie, attraverso il richiamo alla giurisprudenza sulle AAIL e alle tecniche di sindacato ivi affinate, il Collegio abbia esercitato un sindacato più penetrante, specialmente se posto a confronto con altre decisioni sull'Agenzia che ancora ricorrono con formule stereotipe al criterio della ragionevolezza della decisione amministrativa quale strumento alternativo all'accertamento diretto dei fatti¹¹¹.

Sul fronte teorico, ogni arretramento aprioristico del sindacato giurisdizionale incontrerebbe il limite posto dalla garanzia costituzionale della tutela giurisdizionale (artt. 24, 103 e 113 Cost.), in una con il divieto di istituire giudici speciali (art. 102 Cost.), che ostano a che la tutela “si frazioni” tra autorità amministrative indipendenti e autorità giurisdizionali¹¹².

¹⁰⁸ Si tratta della soglia del c.d. sindacato “intrinseco di attendibilità tecnica” su cui M. CAPPAL, *Il problema del sindacato*, cit., 7; M.A. SANDULLI, *Riflessioni sull'istruttoria tra procedimento e processo*, cit. 208 ss.

¹⁰⁹ La questione può essere evidentemente solamente accennata. Se, per un verso, la pronuncia sembra porre apprezzabilmente al centro del ragionamento la ricostruzione della consistenza delle regole di legittimità di cui il giudice è chiamato a verificare l'osservanza, fondando le basi del proprio ragionamento nell'analisi del profilo sostanziale (*sub specie* nell'analisi del “contesto ordinamentale” in cui il giudice è chiamato a operare, cfr. Cons. Stato, Sez. VI, n. 4990/2019, cit. punto 1.6), nei successivi passaggi tenta di rintracciare nel dato “astratto” della distinzione tra le funzioni di regolazione e quelle di vigilanza argomenti a sostegno della ricostruzioni in termini sostanzialmente vincolati della normativa sulle sanzioni antitrust. E' in questa parte del ragionamento (punto 1.7 e ss.) che si affaccia il tradizionale argomento dell'AGCM quale soggetto che realizza una funzione “arbitrale” tra interessi privati contrapposti, diretta fondamentalmente all'accertamento della corretta applicazione delle norme di legge, questa volta utilizzato, però, per sostenere la pervasività del sindacato sull'esercizio di un potere sostanzialmente privo dei connotati di discrezionalità.

¹¹⁰ Tanto che i primi commentatori hanno descritto la pronuncia come collocata «al limite della “soglia” di sindacato indicata dallo stesso Collegio», aggiungendo che quest'ultimo avrebbe dimostrato «una maggiore propensione al rischio rispetto a quella dell'Agenzia» (G. STRAZZA, op. cit.).

¹¹¹ Per una provocatoria denuncia di queste tendenze di arretramento e per la relativa riconduzione al “metodo” di sindacato sulla discrezionalità tecnica, tradizionalmente improntato sullo schema dell'eccesso di potere e non su quello del sindacato di proporzionalità, cfr. G. DE GIORGI CEZZI, *Aboliamo l'art. 7 comma 1 del Codice del processo amministrativo? Limiti e autolimiti del giudice amministrativo e sostenibilità dei procedimenti di generazione delle conoscenze in ordine ai fatti. I casi dell'eccesso di potere, dell'atto politico e dei poteri non ancora esercitati*, in *federalismi.it*, 11/2018, spec. 6 ss. Sul tema dell'accesso ai fatti già ID., *La ricostruzione del fatto nel processo amministrativo*, Napoli, 2003.

¹¹² Come da tempo precisato da autorevole dottrina “le numerose peculiarità del modello istituzionale delle Autorità indipendenti, ossia la loro qualità di soggetti indipendenti (quindi posti al di fuori di quello che si definisce il circuito democratico), nonché l'elevato tasso di difficoltà tecnica che connota le loro valutazioni, rendono imprescindibile, sotto il profilo della coerenza sistematica dell'ordinamento e dal punto di vista della legittimità (anche) costituzionale dell'operato delle Autorità l'assoggettamento dei loro

Allo stesso risultato si potrebbe pervenire, peraltro, attraverso una certa lettura delle disposizioni CEDU, valorizzate da taluni per sostenere la pretesa “compensabilità” delle garanzie tra procedimento e processo¹¹³. Men che meno il riferito quadro di principi consente che il giudice non acceda a un certo livello di controllo perché le modalità dell'azione amministrativa risultano tanto garantistiche da rendere non necessario il suo ruolo. In conclusione il procedimento, per quanto svolto in modalità contenziose e garantiste, resta insostituibile al processo.

provvedimenti al sindacato giurisdizionale (nello specifico, del Giudice amministrativo)” (F.G. SCOCA, Giudice amministrativo ed esigenze del mercato, cit.).

¹¹³ F. APERIO BELLA, *Tra procedimento e processo*, cit. spec. 306 ss. ove si è tentato di mettere in evidenza, attraverso l'analisi della stratificazione giurisprudenziale, l'intento che ha guidato la Corte EDU nella creazione di una nozione autonoma di “tribunale” e di “istanza nazionale” ai sensi dell'art. 6 CEDU (la massimizzazione della tutela dei diritti fondamentali solennemente enunciati nella Convenzione) e la direzione percorsa nell'interpretazione del diritto a un rimedio effettivo (ex art. 13 CEDU) per farne discendere che la possibilità che un procedimento non giurisdizionale pienamente rispettoso delle garanzie di cui all'art. 6 CEDU possa non essere seguito da un successivo controllo giurisdizionale non risulta auspicabile nemmeno sul piano CEDU.

MARGHERITA INTERLANDI

Professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Cassino e del Lazio meridionale
m.interlandi@unicas.it

IL RUOLO DEGLI ENTI LOCALI PER LO SVILUPPO DEL TERRITORIO, NELL'ERA DELLA “RIPRESA” E DELLA “RESILIENZA”: VERSO NUOVI ASSETTI ISTITUZIONALI?

THE ROLE OF LOCAL AUTHORITIES FOR THE DEVELOPMENT OF THE TERRITORY, IN THE AGE OF “RECOVERY” AND “RESILIENCE”: TOWARDS NEW INSTITUTIONAL STRUCTURES?

SINTESI

Il contributo mira ad analizzare il quadro sistematico di riferimento, in materia di autonomie locali e organizzazione amministrativa, anche alla luce della prova che le istituzioni europee e nazionali hanno dovuto affrontare all'esito dell'emergenza sanitaria determinata dalla Pandemia Covid- 19. Il lavoro di ricerca si sofferma principalmente sui temi del decentramento amministrativo, del “Regionalismo differenziato” e del principio di sussidiarietà. Le indicazioni fornite dall'Unione Europea per l'attuazione del Recovery Plan, sembrano indurre gli Stati a promuovere interventi, nell'ottica della transizione digitale ed ambientale, finalizzati, principalmente, alla coesione sociale e all'innalzamento del livello di benessere dei cittadini, anche attraverso il rafforzamento (qualitativo e quantitativo) dei servizi alla persona. In tale prospettiva, assume, dunque, particolare rilevanza l'indagine riferita all'autonomia differenziata, soprattutto in considerazione del fatto che risulta necessario assicurare su tutto il territorio nazionale un livello omogeneo di effettività dei diritti fondamentali. La riflessione portata dal contributo si focalizza, nello specifico, sul ruolo degli enti locali, e dei comuni in particolare, la cui capacità amministrativa costituisce un presupposto fondamentale per l'attuazione di un modello istituzionale virtuoso.

ABSTRACT

The contribution aims to analyze the systematic reference framework regarding local autonomies and administrative organization, also in the light of the evidence that European and national institutions have had to face following the outcome of the health emergency caused by the Covid-19 Pandemic. research focuses mainly on the issues of administrative decentralization, “differentiated regionalism” and the principle of subsidiarity. The indications provided by the European Union for the implementation of the Recovery Plan seem to induce States to promote interventions, with a view to the digital and environmental transition, mainly aimed at social cohesion and raising the level of well-being of citizens, also through the (qualitative and quantitative) strengthening of personal services. In this perspective, therefore, the investigation referring to differentiated autonomy assumes particular relevance, especially in consideration of the

fact that it is necessary to ensure a homogeneous level of effectiveness of fundamental rights throughout the national territory. The reflection brought about by the contribution focuses, specifically, on the role of local authorities, and municipalities in particular, whose administrative capacity is a fundamental prerequisite for the implementation of a virtuous institutional model.

PAROLE CHIAVE: Autonomia locale, regionalismo differenziato, sussidiarietà.

KEYWORDS: Local Autonomy, Differentiated Regionalism, Subsidiarity.

INDICE: 1. Premessa: autonomia locale e organizzazione democratica delle funzioni amministrative – 2. Decentramento amministrativo ed efficienza pubblica nell'assetto istituzionale del Titolo V della Costituzione – 3. Regionalismo differenziato ed effettività dei diritti fondamentali: il ruolo degli enti locali – 4. Unità e differenziazione nella prospettiva della coesione sociale – 4.2. (*Segue*) Il ruolo dello Stato per la strategia dello sviluppo locale: l'esperienza della strategia nazionale per le aree interne – 5. Governance locale multilivello e nuovi paradigmi della cittadinanza amministrativa: a proposito delle città intelligenti, comunità energetiche e “diritto alla città” – 5.2. (*Segue*) Il principio di sussidiarietà nella architettura istituzionale degli enti locali: alla ricerca di nuovi equilibri – 6. La rilevanza sovranazionale degli enti locali: l'effettività dei diritti come nuovo paradigma dell'integrazione europea

1. Premessa: autonomia locale e organizzazione democratica delle funzioni amministrative.

Il lavoro affronta un tema che non è stato specificamente trattato nel corso della riflessione sulla organizzazione pubblica, promossa dalla Rivista, che raccoglie in questo volume l'esito del dibattito svolto in questi anni. Tuttavia, l'avvento della pandemia ha sollecitato l'attenzione sulla tenuta dell'attuale assetto istituzionale, che ha mostrato gravi criticità, evidenziando la opportunità di riflettere sull'organizzazione amministrativa, anche sotto il profilo delle trasformazioni necessarie per garantire la tempestiva ed efficiente attuazione degli interventi programmati dal Recovery Plan.

In questo contesto, segnato dal succedersi di riforme governative, che muovono nella direzione di dotare il sistema paese delle infrastrutture necessarie per realizzare tali obiettivi, si è ritenuto, perciò, utile estendere la riflessione sull'organizzazione pubblica al tema dell'architettura istituzionale del governo locale, focalizzando l'attenzione, in particolare, al ruolo che gli enti locali saranno chiamati a svolgere nel processo di transizione digitale ed ambientale, previsto dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, nella prospettiva specifica della promozione e della tutela del benessere della persona.

L'emergenza sanitaria determinata dalla Pandemia Covid- 19 impone una seria riflessione sulla necessità di riprogrammare l'intervento pubblico in base a nuovi paradigmi, che si collocano nell'orizzonte della transizione digitale e ambientale. In questa prospettiva, le indicazioni europee sul Recovery Plan sembrano, infatti, spingere gli Stati a promuovere interventi, che nell'ambito di questa transizione, sono finalizzati, soprattutto, alla coesione sociale, innalzando il benessere dei cittadini, attraverso il rafforzamento, qualitativo e quantitativo, dei servizi alla persona¹.

Tale scenario evidenzia la necessità di individuare nuovi modelli di sviluppo, in grado di coniugare tradizione e innovazione, tutela dell'ambiente e inclusione sociale, al fine di incrementare l'occupazione e innovare i processi produttivi.

In questo contesto, il dibattito sull'autonomia differenziata assume, perciò, una rinnovata centralità, rispetto all'esigenza di assicurare su tutto il territorio nazionale un livello omogeneo di effettività dei diritti fondamentali².

In quest'ottica, la riflessione in esame si focalizza soprattutto sul ruolo degli enti locali, e dei comuni in particolare, la cui capacità amministrativa costituisce un presupposto fondamentale per l'attuazione di un modello istituzionale virtuoso³. Il fondamento della promozione e valorizzazione dell'autonomia locale, infatti, non può che rinvenirsi nel principio di responsabilità che accomuna tutte le istituzioni, impegnandole ad operare per il perseguimento di obiettivi comuni, al fine di realizzare al meglio i diritti e le condizioni di vita personali e collettive previste dall'ordinamento⁴.

¹ Cfr. Piano Next Generation EU.

² M. NIGRO, *Gli enti pubblici con dimensione territoriale definita: problemi vecchi ed esperienze nuove*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1976, 541, affermava che «ogni organizzazione è disegnata in funzione di interessi umani ed è il territorio che alimenta, individua, circrive questi interessi»; dunque il territorio viene considerato come misura del bisogno amministrativo nella sua concretezza e attualità, e del modo migliore di soddisfarlo, in modo che si stabilisca la dimensione organizzativa tecnicamente più corretta per la prestazione e per il godimento dei servizi stessi (territorio-efficienza).

³ Il tema della capacità amministrativa è oggetto di specifica attenzione nella programmazione dei fondi strutturali 2020-2027 ed è, altresì, al centro degli interventi previsti dal PNRR.

B. CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma del titolo V. Stato, regioni e autonomie fra Repubblica e Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2002.

⁴ 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, Giuffrè, 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».

Del resto, la scelta costituzionale a favore delle autonomie locali va intesa, come evocava autorevole dottrina, in senso strumentale alla organizzazione democratica, non solo delle funzioni legislative, ma anche delle funzioni amministrative⁵.

E ciò indirizza l'indagine nel solco della valorizzazione, tanto nella dimensione nazionale quanto in quella sovranazionale, della coesione sociale, quale elemento unificante dell'ordinamento, messa in crisi da una politica di austerità, espressa dal *fiscal compact*, che ha collocato i diritti sociali dopo le ragioni di finanza pubblica e della primazia (tirannia) del mercato⁶.

E' noto, infatti, che dinanzi all'esigenza di una crescente riduzione delle risorse pubbliche, la esigibilità dei diritti fondamentali è stata esposta a inevitabili compromessi, di cui si è fatta interprete anche la Corte costituzionale, impegnata a bilanciare la effettività dei diritti, con le risorse disponibili e con i nuovi vincoli della finanza pubblica introdotti dalla legge costituzionale n. 1/2012⁷.

⁵ G. PASTORI, D. SORACE, *Compendio dello studio sui temi giuridico-istituzionali*, in F. Fiorelli (a cura di), *Il governo delle città*, Milano, Franco Angeli, 1975, 82.

⁶ Il PNRR individua come quarto pilastro la coesione sociale e territoriale, prevedendo interventi volti a ridurre le disparità locali, regionali e fra centri urbani e aree rurali. Tali azioni, inoltre, devono untare a l contrasto delle disuguaglianze di genere e di reddito. In questa prospettiva il programma Next Generation EU prevede che gli Stati membri descrivano le tendenze e i cambiamenti intervenuti negli ultimi anni, anche in conseguenza dell'epidemia da COVID- 19, indicando le iniziative che intendono adottare per promuovere la coesione e la risoluzione degli squilibri territoriali in linea con i principi del Pilastro europeo dei diritti sociali.

⁷ Com'è noto con la legge di riforma costituzionale n. 1/2012 che ha modificato gli artt. 81, 97, 117 e 119, è stato imposto alle amministrazioni pubbliche l'obbligo di assicurare l'equilibrio di bilancio e la sostenibilità del debito pubblico e di limitare il ricorso all'indebitamento al verificarsi di eventi eccezionali e previa autorizzazione delle Camere. Con riferimento agli artt. 117 e 119 Cost., viene, poi, ribadito per gli enti locali l'obbligo di assicurare l'equilibrio di bilancio e di assicurare l'osservanza dei vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea. Tuttavia, anche se nel corso dei lavori parlamentari è stata abbandonata la proposta di introdurre espressamente il principio della "equità intergenerazionale", lo stesso sembra comunque imporsi nell'attuale contesto istituzionale attraverso una lettura orientata degli artt. 81 e 97 Cost., che obblighi le amministrazioni a limitare il ricorso all'indebitamento a situazioni di carattere eccezionale, con gli artt. 2 e 3 della Costituzione, che tutelano e promuovono i diritti della persona. L'esigenza interpretativa di ancorare la sana gestione delle risorse pubbliche al diritto delle generazioni future di poter realizzare i propri bisogni in condizioni che superino la soglia della sopravvivenza si appalesa quale presidio necessario di istanze non più trascurabili di uguaglianza sostanziale e di tutela di diritti fondamentali che si rinvergono nei diversi ambiti dell'agire pubblico. In tale senso, sia consentito rinviare a M. INTERLANDI, *Danno da disservizio e tutela della persona*, Napoli, ESI, 2013, in part. 77e 78. Al riguardo, come giustamente rileva J.E. STIGLITZ, *Il prezzo della disuguaglianza*, Torino, Giappichelli, 2013, la disuguaglianza sociale costituisce la principale conseguenza del fallimento del sistema politico che ha suscitato l'indignazione delle giovani generazioni, dando vita a movimenti di protesta sia in Europa (il riferimento è agli *Indignatos* spagnoli) che in America (con il movimento *Occupy Wall Street*). I movimenti in questione miravano, infatti, a contestare l'iniquità del sistema politico che sembra assegnare un eccessivo risalto a coloro che sono al vertice della scala sociale.

In questo contesto, invero, la Corte costituzionale ha giocato un ruolo significativo nel riallocare, nell'ambito delle competenze legislative statali, una molteplicità di settori interferendo con ambiti di competenza regionale⁸. Ciò ha, conseguentemente, determinato anche uno svuotamento dell'impianto autonomistico delineato dal titolo V, con l'effetto di rendere drammaticamente incerto il confine tra competenze statali e competenze regionali, neutralizzando, dunque, anche la capacità di programmazione economica e di promozione dello sviluppo locale, che le Regioni avrebbero potuto esercitare dopo la riforma del titolo V.

Ciò, ha spinto alcune Regioni ad intravedere, nell'art. 116, c. 3, Cost., l'opportunità di riappropriarsi di uno spazio decisionale, ritenuto indispensabile per attuare modelli di sviluppo che necessitano di norme e di assetti istituzionali specifici.

L'art. 116, c. 3, cost., infatti, stabilisce che in riferimento ad alcune materie di cui all'art. 117, c. 3, possono essere attribuite ad altre Regioni a statuto ordinario, ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia, su iniziativa delle Regioni interessate, sentiti gli enti locali e nel rispetto dell'art. 119 cost. Sulla base di quanto disposto dall'art. 116, c. 3, Cost., quindi, le Regioni del Veneto, Lombardia ed Emilia-Romagna hanno avviato l'iter procedurale per il riconoscimento di una autonomia differenziata, che ha portato alla firma dei primi accordi preliminari con il Governo, avvenuta il 28 febbraio 2018⁹.

2. Decentramento amministrativo ed efficienza pubblica nell'assetto istituzionale del Titolo V della Costituzione.

Nell'attuale disegno costituzionale, com'è noto, l'autonomia sancita dall'art. 5 della Costituzione non risponde all'esigenza del riconoscimento e della tutela di una specifica identità territoriale – che costituisce, invece, come sappiamo, il fondamento delle Regioni a statuto speciale – ma è volta ad assicurare, nei diversi contesti, uno standard di qualità della vita in grado di

⁸ Si pensi, ad esempio, alla concorrenza, all'energia, al governo del territorio.

⁹ Al riguardo sia consentito rinviare a M. INTERLANDI, *Autonomia differenziata, unità nazionale e diritti fondamentali nel processo attuativo dell'art. 116, c. 3 Cost.*, in F. Pastore, (a cura di) *Il regionalismo differenziato*, Padova, CEDAM, 2019.

soddisfare i bisogni essenziali della persona e a promuoverne la personalità in tutti i suoi aspetti, tutelando la pari dignità sociale e l'uguaglianza.

L'autonomia costituisce, infatti, un modello organizzativo nei rapporti tra i diversi livelli di governo, che, attraverso il decentramento delle funzioni mira a migliorare l'efficienza amministrativa¹⁰, in funzione del benessere della persona, affidando, all'ente istituzionale più prossimo ai bisogni dell'individuo, la titolarità delle funzioni preordinate alla cura di tali interessi¹¹.

Sotto questo specifico profilo, l'autonomia concorre ad attuare il disegno personalistico che la Costituzione ha delineato nell'art. 2 cost., configurando un sistema istituzionale in base al quale l'amministrazione ha il compito di realizzare, in condizioni di pari dignità sociale, i bisogni della persona, attraverso l'erogazione di prestazioni che rispondano ad un elevato livello di qualità¹². Ciò trova conferma in quelle riforme che, a partire dagli anni novanta, hanno puntato sull'autonomia dei centri decisionali, sulla differenziazione dei modelli organizzativi e sul decentramento amministrativo, delineando un assetto istituzionale volto a migliorare il rapporto tra amministrazione e amministrati, allo scopo di porre rimedio ai mali che vennero allora denunciati come «*le imperscrutabilità, le immotivate lentezze, i superati autoritarismi di comportamenti amministrativi*»¹³. L'idea di fondo era che l'amministrazione dovesse rispondere efficacemente alla domanda di benessere dei propri amministrati, non soltanto sotto il profilo 'quantitativo' dei compiti, ma anche sotto il profilo 'qualitativo' delle prestazioni e dei servizi che è tenuta ad erogare. Su questa linea si pone, ad esempio, la l. 191/1998, che, integrando la l. 50/97, ha espressamente collegato allo sviluppo economico il rispetto dei diritti fondamentali dell'uomo, «*imponendone la considerazione e la*

¹⁰ M. NIGRO, *Il governo locale, I. Storia e problemi*, Roma, 1980. In particolare, osserva G. PIPERATA, *Gli spazi mobili dell'autonomia nell'ordinamento locale italiano*, in *Dir. Amm.*, 3/2020, 645 ss., che per Nigro l'autonomia locale e il suo governo hanno rappresentato un problema per il diritto, rinvenendo nella difficoltà di tenere insieme due principi che muovo in direzione opposta, ovvero l'unità e la differenziazione, il principale ostacolo che il legislatore italiano ha incontrato, nel costruire il sistema di ordinamento a cui sottoporre i poteri locali. Inoltre, osserva l'a., che per Nigro, oltre ai due principi appena evocati, bisognava ter conto, altresì, della efficienza.

¹¹ In tal senso v., A. RUGGERI, *Prospettive del regionalismo in Italia (nota minima su una questione controversa)*, in *Le Regioni*, 1-2/2017. Sulla distinzione tra autonomia e decentramento, secondo cui l'autonomia costituisce il principio che regola il rapporto tra diversi livelli di governo, mentre il decentramento esprime una formula organizzativa, degli enti istituzionali, v. F. ROVERSI MONACO, *Autonomia e decentramento*, in *Quad. reg.*, 1983, 1197; L. FERRARIS, *Decentramento amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, 2000, 182.

¹² Sia consentito rinviare a M. INTERLANDI, *Autonomia differenziata e diritti fondamentali nel processo attuativo dell'art. 116, co. 3 Cost.*, in *Nuove Autonomie*, 2021.

¹³ M. INTERLANDI, *op. ult. cit.*

valutazione, in funzione della loro soddisfazione» e obbligando l'amministrazione anche «ad organizzarsi e ad agire secondo i criteri ispirati a semplificazione, velocità, economicità, efficacia, sussidiarietà, flessibilità etc.». Si che, già prima della riforma del Titolo V e della ridefinizione, ai sensi dell'art. 118 Cost., del riparto di funzioni secondo i principi di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione, il legislatore ordinario si era mosso nel senso di promuovere il benessere dei cittadini attraverso un modello organizzativo in cui l'autonomia costituisse anche un presupposto per valorizzare l'apporto collaborativo dei cittadini allo sviluppo della comunità locale in cui risiedono¹⁴.

Pertanto, sulla scia di tale impostazione, la riforma del Titolo V, nel valorizzare il ruolo degli enti locali, si è posta l'obiettivo di soddisfare le esigenze della collettività, attribuendo innanzitutto ai comuni, tra le funzioni aggiuntive, quella della promozione dello sviluppo economico e sociale (art. 119, c. 5), per favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona.

Si può dire, quindi, che nell'impianto costituzionale, l'autonomia costituisce uno strumento organizzativo funzionale allo sviluppo sociale di un determinato contesto territoriale, affinché gli enti locali siano messi in condizione di assicurare un livello di benessere non inferiore a quello minimo essenziale.

3. Regionalismo differenziato ed effettività dei diritti fondamentali: il ruolo degli enti locali.

Nell'assetto delineato dalla riforma del titolo V della Costituzione, il rapporto tra i diversi livelli di governo, per i quali l'art. 114 Cost., com'è noto, sancisce il principio di pariordinazione, si

¹⁴ Il principio di sussidiarietà trae fondamento dall'art. 5, par. 3, del Trattato CE (oggi TFUE) e dal Protocollo sull'Applicazione dei Principi di Sussidiarietà e Proporzionalità. Tale principio, così come descritto dalle citate norme sovranazionali, nell'originario intento degli Stati membri, doveva atteggiarsi a strumento di regolazione dell'esercizio delle competenze attribuite all'Unione Europea dai Trattati. In argomento v., C. FAVILLI, *Il principio di sussidiarietà nel diritto dell'Unione Europea – The principle of subsidiarity in the European Union Legal order*, in *Archivio Giuridico "Filippo Serafini"*, 3/2011 3, 257-285. L'inserimento del principio di sussidiarietà all'interno dei trattati europei era finalizzato, invero, ad avvicinare l'esercizio delle competenze (soprattutto amministrative) al livello di governo più prossimo ai cittadini. Infatti, nei settori non di competenza esclusiva dell'Unione Europea, il principio in esame mirava a preservare la capacità di decisione e di azione degli Stati membri, limitando l'intervento dell'Unione ai soli casi in cui l'azione degli stessi risultasse inidonea a perseguire gli obiettivi stabiliti. Il principio di sussidiarietà, nella sua originaria formulazione e di interpretazione, costituisce, dunque, nell'intento originario del legislatore comunitario, un importante strumento di salvaguardia dell'autonomia degli Stati membri, deputato ad orientare non solo la scelta di un intervento o meno dell'Unione, ma anche l'intensità dello stesso.

è tradotto, con riferimento alla funzione legislativa, in una ripartizione delle materie tra Stato e Regioni, mentre per le funzioni amministrative, si è optato per una applicazione omogenea delle regole di allocazione delle competenze all'ente di governo più vicino ai cittadini¹⁵.

Questo modello, come testimonia il defatigante lavoro interpretativo della Corte costituzionale, ha evidenziato, tra i nodi più problematici, quello di una eccessiva rigidità nella distribuzione delle competenze e delle funzioni, determinata, a parere di chi scrive, anche dallo scarso rilievo che hanno avuto nel processo attuativo i criteri di adeguatezza e differenziazione¹⁶.

Eppure, sappiamo bene che l'effettività dei diritti fondamentali è condizionata dalla diversità dei contesti territoriali, sociali, economici, culturali. Pensiamo per esempio alla tutela della salute¹⁷. L'organizzazione del sistema sanitario ha evidenziato come, in alcune Regioni, tale servizio ha raggiunto standard particolarmente elevati, al punto da attrarre utenti da tutto il mondo, mentre in altre, questo servizio non garantisce un adeguato livello di tutela della salute¹⁸.

¹⁵ Sul punto, v. G. ROLLA, *L'evoluzione dello Stato regionale in Italia: tra crisi del regionalismo omogeneo e aspirazioni a un'autonomia asimmetrica dei territori*, in *Le Regioni*, n. 1/2019, che evidenzia come dal 1992 al 1999 l'ordinamento regionale entri in una sorta di "cono d'ombra". Al riguardo, l'a. rileva che «l'idea di Regione che aveva ispirato il periodo iniziale del regionalismo – maggiormente attenta alla sua dimensione politica e alla capacità di riformare lo Stato in senso pluralistico e democratico – fu considerata un freno alle potenzialità di sviluppo dell'economia e venne sostituita da una concezione dell'autonomia di tipo funzionale, intesa come soluzione istituzionale idonea a migliorare l'efficacia ed efficienza delle politiche pubbliche, a semplificare i processi di decisione politica (...). In altri termini, le spinte alla differenziazione hanno perso di incisività a vantaggio di soluzioni uniformi sull'intero territorio regionale: conformemente all'idea, peraltro non nuova nella formazione dello Stato italiano, che è preferibile decentrare in amministrazione e accentrare in politica. Il trasferimento di competenze amministrative dallo Stato alle Regioni fu equilibrato da un progressivo rafforzamento dell'omogeneità dell'assetto istituzionale, che confermò la secolare aspirazione dello Stato italiano all'uniformità istituzionale e politica».

¹⁶ Al riguardo, molteplici sono le ragioni che hanno portato a numerosi contenziosi relativi al riparto delle competenze legislative davanti alla Corte costituzionale, peraltro risolti spesso a detrimento dell'autonomia. In particolare, le problematiche principali sono sorte a causa: dell'esistenza delle c.d. materie trasversali, tendenzialmente utilizzate dal legislatore statale per giustificare il proliferarsi dei propri interventi in ambiti sempre più estesi (es.: tutela dell'ambiente, tutela della concorrenza, la previdenza, livelli essenziali di prestazioni); della mancata individuazione dell'effettiva consistenza di materie apparentemente simili ma, al contempo, collocate in elenchi diversi (si pensi, ad es., al co. 2, lettera n, dell'art. 117 Cost. «norme generali sull'istruzione» e al co. 3 del medesimo articolo, che colloca «l'istruzione» nell'elenco delle materie appartenenti alla legislazione concorrente); della riserva esplicita allo Stato delle materie ordinamentali con conseguente delimitazione della legislazione regionale al solo diritto amministrativo oltre che alla propria organizzazione istituzionale; della inevitabile riduzione della competenza residuale delle regioni ad ambiti marginali e indefiniti. Accanto a questi aspetti, ciò che maggiormente ha richiesto l'intervento della Corte Costituzionale è in generale la complessità della realtà sociale da regolare. Come rilevato dalla stessa Corte, questa comporta che di frequente le discipline legislative non possono essere attribuite nel loro insieme ad un'unica materia, perché concernono posizioni non omogenee ricomprese in materie diverse sotto il profilo della competenza legislativa. In tal senso, cfr. C. Cost., 231/2005.

¹⁷ Sull'organizzazione del servizio sanitario nella prospettiva della sussidiarietà orizzontale e verticale v. G. PASTORI, *Sussidiarietà e diritto alla salute*, in *Diritto Pubblico*, n. 1/2002, 85-97.

¹⁸ V. in ultimo il Rapporto Svimez 2018 - L'economia e la società del mezzogiorno, in <http://lnx.svimez.info/svimez/rapporto-2018/>, ove si evidenzia la persistente problematica di notevoli divari tra nord e sud

Tuttavia, la situazione di emergenza nazionale, determinata dalla pandemia Covid-19, ha messo, altresì, in luce come la differenziazione dei modelli organizzativi, benché abbia favorito in alcune realtà il raggiungimento di elevati standard di tutela della salute, si è rilevata inadeguata sul terreno della dimensione nazionale della effettività di tale diritto, con evidenti gravi implicazioni in tutte le aree del paese, anche sul terreno delle libertà fondamentali¹⁹.

Ciò in quanto, come sappiamo, la salute non è solo un interesse individuale ma è anche un interesse collettivo che implica un imprescindibile dovere di solidarietà. Di conseguenza, perciò, l'efficienza del sistema sanitario non può costituire solo un obiettivo di politica economica o finanziaria né, a maggior ragione, può assumere una dimensione organizzativa esclusivamente regionale²⁰. Essa, infatti, rappresenta una condizione imprescindibile per l'effettiva tutela della persona, nelle sue diversi componenti, e soddisfa, perciò, esigenze unitarie che vanno assicurate su tutto il territorio nazionale, in uguale misura.

Sotto altro profilo, l'emergenza sanitaria ha fatto emergere il divario esistente tra le diverse aree del paese, determinando che in alcune regioni, pur non essendo stato registrato un livello di

relativi alla qualità dei servizi di assistenza sanitaria. In argomento, 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*, n. 3/2018, p. 1083 ss.; F. CORTESE, *La nuova stagione del regionalismo differenziato: questioni e prospettive, tra regola ed eccezione*, in *Le regioni*, 4/2017.

¹⁹ Si pensi, ad esempio, al caso del sistema sanitario in Lombardia. Con la legge regionale n. 23 del 2015, infatti, la regione Lombardia ha implementato un modello organizzativo del sistema sanitario e socio sanitario che presenta delle specificità non rinvenibili negli altri ordinamenti regionali. Tale modello è incentrato sulla completa separazione delle funzioni di programmazione, acquisto e controllo, in capo alle Agenzie di Tutela della Salute (ATS), da quelle di erogazione delle prestazioni, assegnate alle Aziende Socio Sanitarie Territoriali (ASST), costituite dai due poli ospedaliero e territoriale e dall'introduzione di un meccanismo terzo di controllo. Tuttavia, l'emergenza sanitaria Covid-19 ha evidenziato significative criticità di tale sistema organizzativo, inducendo la Regione, su sollecitazione del Ministero della Salute, a riorganizzare il sistema sociosanitario lombardo, sulla base dell'analisi quali-quantitativa delle dimensioni sociosanitarie ad oggetto di una organizzazione regionale, anche per allinearle alle disposizioni normative nazionali (in particolare, il d.lgs. 502/1992). Il fine è quello di garantire al sistema una capacità di risposta efficiente e coerente con le esigenze socio sanitarie della popolazione di riferimento. Per ulteriori approfondimenti, si rinvia alla relazione dell'AGENAS, *La riforma del Sistema Sociosanitario Lombardo (LR 23/2015). Analisi del modello e risultati raggiunti a cinque anni dall'avvio*, dicembre 2020, in www.agenas.gov.it.

²⁰ Al riguardo, v. A. PIOGGIA, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Giappichelli, 2017. Di recente, M. D'ARIENZO, *Trasparenza amministrativa e valutazione della performance in sanità nel quadro delle recenti riforme di settore*, in *Diritto e proc. amm.*, n. 1/2020, 221 ss. ha osservato che in un contesto caratterizzato da un marcato deficit informativo in ambienti governati dall'illegalità, dalla povertà delle risorse e dalla disinformazione di massa, la tutela della salute si attua innanzitutto attraverso la prevenzione e la gestione del rischio affidata ai protagonisti del SSN ed assicurata dall'assolvimento degli obblighi oggetto di valutazione della performance e della responsabilità di ciascuno di essi, evidenziando, al contempo, i limiti e le criticità dell'approccio alle Riforme che rischiano di vanificarne gli obiettivi.

contagio particolarmente significativo, sono state adottate misure di contenimento ancora più restrittive di quelle nazionali, a causa della presunta inadeguatezza dei presidi sanitari locali²¹.

Emerge, allora, che l'autonomia non sembra costituire un modello organizzativo omogeneo, ma esige soluzioni adeguate agli specifici contesti sociali, culturali ed economici che caratterizzano un determinato ambito territoriale²².

Del resto, evocando il pensiero di un illustre Maestro, «*la ratio dell'autonomia discende proprio dall'opportunità di adeguare il trattamento giuridico delle stesse materie alle peculiarità delle situazioni in quanto risultino diverse da una zona all'altra del territorio nazionale*»²³.

In questa prospettiva, appare, perciò, suggestiva l'ipotesi di considerare l'art. 116, c. 3 Cost.²⁴, secondo cui è possibile attribuire forme e condizioni particolari di autonomia alle Regioni a statuto ordinario, come una «*regola di differenziazione più ampia e generale*», volta a valorizzare in termini di maggiore dinamicità l'asimmetria che intercorre tra le regioni e tra queste e lo Stato²⁵. Pertanto, rispetto alle proposte di intesa di alcune Regioni, l'art. 116, c. 3 Cost., pur riconoscendo la possibilità di attuare forme di autonomia locale diverse, deve essere inteso in chiave sistematica, come ulteriore strumento organizzativo finalizzato ad adeguare il modello autonomistico alla specificità dei contesti territoriali, secondo i principi di differenziazione e sussidiarietà. (art. 119, c. 4, cost.). Sì che

²¹ È il caso della Regione Campania e della Regione Calabria le quali, rispettivamente con l'ordinanza n. 15 del 13 marzo 2020 e n. 1 del 27 febbraio 2020, hanno, di fatto, dato avvio a una sequenza di misure di contenimento, ulteriori rispetto a quelle nazionali. In esse si è disposto, tra l'altro: la sospensione sul tutto il territorio regionale delle attività sanitaria, assistenziali e sociali, i servizi ambulatoriali e domiciliari; l'obbligo per gli esercenti di società o servizi di noleggio di autoveicoli di comunicare quotidianamente i soggetti che riconsegnino gli autoveicoli; chiusura nei giorni pasquali delle attività commerciali incluse le rivendite di generi alimentari.

²² A. RUGGERI, *Prospettive del regionalismo in Italia*, in *Le Regioni*, cit.; ID., *Prospettive di una "specialità" diffusa delle autonomie regionali*, in *Nuove aut.*, n. 6/2000. L'a., rileva che una presunta irragionevolezza nella pretesa assegnazione delle medesime materie a tutte le Regioni di diritto comune, senza considerare i loro diversi interessi, in ragione dei connotati complessivi dei rispettivi territori. In altri termini, «*bisognerebbe dar luogo ad un modello di specialità diffusa (imitando il sistema spagnolo), riconoscendo a ogni Regione non la competenza in determinate materie ma una generale competenza per la tutela di interessi effettivamente emergenti dai territori di ciascuna, allo stesso tempo riconoscendo possibili interventi statali per il loro soddisfacimento solo in via sussidiaria*».

²³ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, CEDAM, 1976, 932.

²⁴ La disposizione prevede specificamente che «*Ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia, concernenti le materie di cui al terzo comma dell'articolo 117 e le materie indicate dal secondo comma del medesimo articolo alle lettere l), limitatamente all'organizzazione della giustizia di pace, n) e s), possono essere attribuite ad altre Regioni, con legge dello Stato, su iniziativa della Regione interessata, sentiti gli enti locali, nel rispetto dei principi di cui all'articolo 119*».

²⁵ In tal senso, F. CORTESE, *La nuova stagione del regionalismo differenziato: questioni e prospettive, tra regola ed eccezione*, in *Le Regioni*, n. 4/2017, 693.

si potrebbe, anche, intravedere in tale norma l'opportunità di utilizzare la flessibilità del suo contenuto dispositivo, per superare quelle criticità, emerse in sede di attuazione dell'art. 117 Cost.²⁶.

Ci si riferisce, in particolare, sia alle numerose questioni di legittimità costituzionali sollevate in tema di riparto tra Stato e Regioni, che hanno inciso negativamente su settori importanti per l'economia nazionale²⁷, sia alle disparità di condizioni di benessere tra gli abitanti di regioni diverse, scaturita da un'autonomia non differenziata, applicata, cioè, in modo omogeneo in contesti territoriali profondamente diversi tra loro, sul piano economico, sociale e culturale. Si pensi ad esempio al tema dei diritti sociali²⁸.

Da questa angolazione, si potrebbe ritenere che tra le possibili opzioni attuative dell'art. 116, c. 3 Cost., quella appena evocata, consentirebbe di individuare assetti organizzativi adatti a garantire in contesti territoriali differenti tra loro, la pari dignità sociale, ovvero le medesime opportunità di realizzazione dei diritti fondamentali²⁹.

Tale ipotesi interpretativa presuppone, innanzitutto, la preventiva definizione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali.

Infatti, la previsione di una soglia unitaria di prestazioni esigibili su tutto il territorio nazionale costituisce un fattore unificante della cittadinanza sociale, e perciò, irrinunciabile, contro il rischio concreto di una frammentazione della stessa, nelle diverse parti del territorio nazionale, che sarebbe in contrasto con i principi di eguaglianza e parità di trattamento dei cittadini³⁰. In questa prospettiva, appare esemplificativa la situazione di difficoltà in cui versa il sistema scolastico dinanzi all'esigenza

²⁶ Sulla base di quanto disposto dall'art. 116 c. 3 cost. le regioni del Veneto, Lombardia ed Emilia Romagna avevano avviato l'iter procedurale per il riconoscimento di una autonomia differenziata, che ha portato alla firma dei primi accordi preliminari con il Governo, avvenuta il 28 febbraio 2018. In particolare, esaminando le proposte delle tre regioni emerge un diverso approccio nella riorganizzazione delle competenze istituzionali, che vede il Veneto muoversi in una prospettiva esclusivamente funzionale ad una maggiore efficienza della gestione della spesa pubblica, mentre Lombardia ed Emilia Romagna sembrano orientate ad un rinnovamento anche istituzionale, volto a valorizzare forme di coordinamento e di collaborazione tra i diversi livelli locali.

²⁷ La sentenza n. 303/2003, che costituisce un *leading-case*, riguardava la legislazione in materia di infrastrutture strategiche di telecomunicazioni e di energia. V. anche sentt. nn. 307/2003, 6/2004, 336/2005, 151 e 383/2005.

²⁸ E. CATELANI, *La tutela dei diritti sociali fra Europa, Stato e Autonomie locali. I rischi della differenziazione*, in *Federalismi*, n. 7/2018, spec. 29 ss.

²⁹ Sui possibili vantaggi del regionalismo differenziato v. A. PIRAINO, *Ancora su regionalismo differenziato: ruolo del Parlamento ed unità e indivisibilità della Repubblica*, in Federalismi.it, 2019.

³⁰ Sia consentito, ancora, 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, CEDAM, 2019.

nazionale di contenimento del rischio sanitario, derivante dalla epidemia Covid-19. Ed, infatti, uno degli aspetti più conflittuali che sta emergendo nel rapporto tra il Governo e le autonomie locali e scolastiche riguarda proprio la definizione degli standard, qualitativi e quantitativi, minimi di esigibilità del servizio scolastico, al di sotto dei quali lo stesso potrebbe intendersi come “non reso”. Allo stesso tempo, spetta allo Stato anche il compito di individuare la soglia minima di sicurezza sanitaria, atteso che, come si è detto, la salute pubblica è un interesse che esige uno standard di tutela omogeneo su tutto il territorio nazionale.

Sotto altro profilo, non bisogna, altresì, trascurare che in assenza della definizione dei livelli essenziali delle prestazioni, la razionalizzazione della spesa pubblica rischia di diventare il prevalente parametro di misurazione della performance delle p.a., declinando l'efficienza dell'azione amministrativa in una mera riduzione dei costi, a discapito dell'effettività dei diritti. Al riguardo è sufficiente ricordare quelle riforme legislative, che, nell'ottica di una razionalizzazione finanziaria, hanno inciso su settori rilevanti per la vita dei cittadini come la giustizia, l'istruzione, la sanità, la cultura, i servizi pubblici, le autonomie³¹.

La tendenza, avallata anche dalla Corte costituzionale, di elevare la finanza pubblica a rango di interesse primario ha, infatti, inciso profondamente sui rapporti tra governo e regioni e ha notevolmente ridimensionato, con il vincolo del patto di stabilità, l'azione degli enti locali nel settore delle politiche sociali e dei servizi alla persona³². In questa prospettiva, la Corte

³¹ Sul punto, cfr. decreto- legge 11 marzo 2002, n. 28 convertito in legge 10 maggio 2002, n. 91 sul contributo unificato; cfr. legge 13 luglio 2015, n. 107 (c.d. riforma della buona scuola); cfr. legge 7 aprile 2014, n. 56 (c.d. legge Delrio). In questa prospettiva, v. L. GIANI, *Concorrenza intersistemica e cooperazione amministrativa. Spunti di riflessione sul rapporto tra diritto ed economia nel pensiero di Vittorio Ottaviano*, in S. Licciardiello (a cura di), *Il Governo dell'economia in ricordo di Vittorio Ottaviano nel centenario della nascita*, Torino, Giappichelli, 2020, 211 ss.

³² Il legislatore con la legge 243 del 2012, infatti, al fine di dare attuazione al nuovo comma 6 dell'art. 81 Cost., oltre ad aver specificato il contenuto della legge di bilancio, ha esteso i principi della legge n. 1 del 2012 all'intero comparto delle pubbliche amministrazioni, inclusi gli enti territoriali, in modo da integrare quanto stabilito dal nuovo art. 97 Cost., nel tentativo di rispettare i vincoli imposti dall'Unione europea. Per una prospettiva di diritto comparato, soprattutto al fine di comprendere le scelte operate in altri Stati membri per adempiere ai vincoli imposti dall'UE, v., C. MARCHESE, *Vincoli di bilancio, finanza pubblica e diritti sociali. Prospettive comparate: Germania, Spagna, Portogallo e Grecia*, in www.cortecostituzionale.it, 2016. Va, peraltro, evidenziato che la riforma ha suscitato in alcuni il timore che il nuovo art. 81 potesse riconoscere al predetto equilibrio un rango super-costituzionale, così incidendo irreversibilmente sull'assetto sociale del nostro Stato. In tal senso, G. RIVOSECCHI, *L'equilibrio di bilancio: dalla riforma costituzionale alla giustiziabilità*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016, il quale rileva che «sarebbe necessario evitare che l'art. 81 Cost. e l'equilibrio di bilancio diventi un valore di rango super-costituzionale, che renda impraticabile il bilanciamento con gli altri principi costituzionali, e che, conseguentemente, non consenta di dichiarare incostituzionali le leggi in contrasto con altre norme della Costituzione».

costituzionale, con riferimento alle norme poste a tutela degli equilibri di bilancio, ha, altresì, evidenziato l'esigenza di tutelare "l'interesse alla legalità finanziaria", connesso a quello dei contribuenti, ma distinto dall'interesse degli enti locali, finendo per riconoscere, alla stregua di tale esigenza, la legittimazione della Corte dei Conti a sollevare questione di legittimità costituzionale³³.

Il problema della definizione dei Lep è stato, poi, anche recentemente affrontato in una bozza di legge quadro, che nel tentativo di definire i "principi" di attuazione dell'art. 116, c. 3 Cost., aveva previsto che le intese tra Stato e regione si conformassero a determinate modalità di attuazione, prevedendo a tal fine la individuazione dei livelli essenziali delle prestazioni o degli obiettivi di servizio uniformi su tutto il territorio nazionale e dei fabbisogni standard³⁴.

Senonché, la previsione di cui all'art. 1, c. 1 lett. a) di tale provvedimento, sarebbe stata vanificata dalla successiva previsione (comma 1 lett. e) secondo cui *«qualora entro 12 mesi dalla data in entrata in vigore della legge di approvazione dell'intesa non siano stati determinati i livelli essenziali delle prestazioni, le funzioni sono attribuite sulla base delle risorse a carattere permanente iscritte del bilancio dello stato»*.

È chiaro, dunque, anche alla luce delle previsioni contenute in questa proposta, che la questione della definizione dei Lep, pur essendo centrale nell'attuazione di un disegno istituzionale fondato sull'autonomia differenziata, nei termini prima indicati, tradisce la difficoltà di tale intervento, che sembra destinato ad essere ulteriormente rinviato.

4. Unità e differenziazione nella prospettiva della coesione sociale.

Sotto altro profilo, l'opzione interpretativa dell'art. 116, c. 3 Cost. prima suggerita, esige, inoltre, che sia preventivamente individuato il punto di equilibrio tra unità e differenziazione,

³³ Cfr., C. Cost., n. 196/2018. Per un approfondimento sul tema del bilancio pubblico come "bene" connesso alla legittimazione delle decisioni che riguardano l'impiego di risorse pubbliche, v. G. SCACCIA, *Il bilancio quale strumento di responsabilità democratica nella giurisprudenza costituzionale*, in *www.dirittoconti.it*, 2/2020.

³⁴ Ci si riferisce al documento presentato dal dipartimento degli affari regionali e le autonomie della Presidenza del Consiglio dei Ministri, come emendamento della legge finanziaria del 2020.

verificando i limiti entro i quali la differenziazione è ammissibile, ovvero i limiti entro i quali la differenziazione è compatibile con l'esigenza unitaria del sistema³⁵.

Al riguardo, occorre rilevare che il dibattito sull'autonomia differenziata delle regioni ha fatto emergere sia un profilo quantitativo, relativo alla individuazione degli ambiti della vita dei cittadini che devono dipendere, nell'ottica del superamento delle diseguaglianze sociali, dal governo regionale, sia un profilo qualitativo, che attiene al modello di sviluppo sociale del Paese, su cui devono convergere le politiche locali.

Quanto al profilo quantitativo, occorre, innanzitutto, evidenziare la necessità di superare il criterio dell'interesse unitario³⁶, utilizzato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di riparto, che, come sappiamo, nella sua concreta applicazione, non è stato applicato in funzione della omogeneità dei diritti fondamentali³⁷. Come dimostra il fatto che l'accentramento delle competenze legislative disposto per esigenze unitarie, prevalentemente legate a ragioni di finanza pubblica, non ha prodotto alcun miglioramento in termini di accrescimento del benessere sociale, né di superamento del grave divario esistente tra le diverse aree del Paese³⁸.

La prospettiva delineata presuppone, perciò, un cambiamento dei paradigmi attuativi del modello definito dal Titolo V della Costituzione, volto a promuovere soluzioni applicative dell'art. 116 c. 3 Cost., che valorizzino, in una prospettiva volta a tutelare le esigenze unitarie del Paese, i canoni di adeguatezza e differenziazione³⁹.

³⁵ Sul difficile equilibrio tra esigenza unitaria e differenziazione v. G. PIPERATA, *Gli spazi mobili dell'autonomia nell'ordinamento locale italiano*, in *Dir. Amm.*, 3/2020, 545 e ss.

³⁶ Sul punto, v. R. BIN, *L'interesse nazionale dopo la riforma: continuità dei problemi, discontinuità della giurisprudenza costituzionale*, in *Le Regioni*, n. 6/2001; F. MANGANIELLO, *L'interesse nazionale scompare nel testo... ma resta nel contesto. Una rassegna dei problemi*, in *Le Regioni*, nn. 1-2/2012.

³⁷ Nelle pronunce successive alla sentenza 303/2003, la Corte Costituzionale ha spesso risolto i conflitti di competenza, a favore dello Stato, ricorrendo al criterio di prevalenza, escludendo ogni partecipazione regionale nella regolamentazione della materia in oggetto, in contrasto con il principio della leale collaborazione. In tal senso, cfr. C. Cost., n. 51/2005, nonché n. 10/2015. In tale ultima pronuncia, relativa alla materia di istruzione e formazione professionale, la Consulta ha affermato che «l'intervento legislativo dello Stato – proprio perché incidente su plurime competenze tra loro inestricabilmente correlate – deve prevedere strumenti idonei a garantire una leale collaborazione con le Regioni». Nella fattispecie la Corte ha ritenuto sufficiente la richiesta di un previo parere del Coordinamento tecnico regioni per la formazione professionale e il lavoro.

³⁸ Al riguardo, cfr., Rapporto Svimez su *L'economia e la società del mezzogiorno*, in <http://lnx.svimez.info/svimez/il-rapporto/>.

³⁹ In tal senso, v. L. VANDELLI, *Riflessioni a dieci anni dalla riforma del Titolo V: quali prospettive per il regionalismo italiano?*, in *Le Regioni*, nn. 2-3 marzo-giugno 2011. L'a., nel riflettere sulla costruzione dei Rapporti Stato-Regioni, tenendo presente l'obiettivo di garantire l'equità sostanziale tra tutti i cittadini, sostiene la necessità di differenziare le

Ciò affinché l'autonomia regionale sia davvero funzionalizzata, come esige la Costituzione, all'effettività dei diritti della persona, sia nella dimensione dei livelli essenziali, che è quella minima che deve essere garantita sul tutto il territorio nazionale, sia in una dimensione più elevata, che può essere quella reclamata dai governi locali più virtuosi, purché, però, ciò non crei nuove forme di disuguaglianza sociale.

Il riferimento all'art. 119 Cost., previsto dall'art. 116, c. 3, Cost. sembra suffragare la ricostruzione sin qui prospettata, confermando che la funzione solidaristica dell'autonomia si affianca, rafforzandola, a quella della efficienza amministrativa.

Sotto tale profilo, appare utile richiamare l'attenzione su due sentenze della Corte costituzionale che offrono indicazioni molto utili per una interpretazione dell'art. 116, c. 3 Cost. costituzionalmente compatibile con il modello di autonomia delineato dalla Carta costituzionale.

La prima sentenza è stata pronunciata in riferimento ai quesiti del referendum consultivo di alcune regioni sull'autonomia differenziata, in cui si delineava la possibilità che i tributi riscossi sarebbero stati trattenuti per circa l'ottanta per cento dalla regione⁴⁰. In questa occasione, la Consulta, nel censurare i suddetti quesiti, pone in rilievo l'esigenza di salvaguardare gli equilibri di finanza pubblica, sottolineando che tali equilibri devono essere fondati sulla necessità di preservare i legami di solidarietà tra la popolazione regionale e il resto della Repubblica. La sentenza, quindi, afferma, in ottica centralista, principio secondo cui l'esigenza di mantenere al livello nazionale il sistema di programmazione finanziaria, costituisce una condizione indispensabile per la coesione sociale e la solidarietà all'interno della Repubblica, oltre che per l'unità giuridica ed economica di quest'ultima. In questo modo viene rivendicato il ruolo dello Stato nella definizione di una strategia unitaria, in chiave solidaristica, della programmazione delle risorse finanziarie.

La seconda sentenza, invece, la Consulta enuncia un principio di assoluto rilievo in tema di tutela dei diritti fondamentali, e di cui occorre tener conto nella definizione delle condizioni di autonomia, quale contenuto essenziale delle eventuali future intese⁴¹. Si tratta della affermazione secondo cui «è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio e non l'equilibrio di questo a

regole da Regione a Regione, per garantirne un adeguamento alle condizioni della singola Regione, fissando contemporaneamente dei limiti invalicabili fondamentali per tutelare valori connessi all'unità.

⁴⁰ Cfr. C. Cost., n. 118/2015.

⁴¹ Cfr. C. Cost., n. 275/2016.

condizionarne la doverosa erogazione». Tale principio è destinato ad assumere una portata generale, poiché introduce una regola di sistema che opera in tutti i casi in cui esigenze di attuazione dei diritti costituzionali ed esigenze finanziarie si pongano in contrapposizione⁴².

Le sentenze della Corte Costituzionale, seppure riferite a contesti normativi diversi, sembrano stabilire un argine a quella tendenza legislativa inaugurata nel 2011, con l'adesione al *fiscal compact*, per riconoscere all'effettività dei diritti fondamentali una priorità rispetto ai vincoli di bilancio, individuando nei confronti del legislatore statale l'obbligo di assicurare le risorse necessarie alla loro concretizzazione amministrativa, e, ove necessario anche ad intervenire ove le amministrazioni locali non utilizzino in modo efficiente tali risorse (artt. 119 e 120 Cost.).

4.2. (Segue) Il ruolo dello Stato per la strategia dello sviluppo locale: l'esperienza della strategia nazionale per le aree interne.

Sul fronte dei profili qualitativi della differenziazione, invece, occorre evidenziare che un corretto equilibrio nel rapporto tra i diversi enti di governo esige che lo Stato, quale garante dell'uniformità dei diritti fondamentali, di cui all'art. 117 c. 2, Cost., definisca una strategia nazionale per promuovere la crescita del benessere sociale, quale condizione imprescindibile per una equa allocazione delle risorse finanziarie. Ciò significa, quindi, che le eventuali intese sulle possibili

⁴²Al riguardo vale la pena ricordare gli orientamenti giurisprudenziali della Corte costituzionale sui diritti degli alunni con disabilità. In particolare, successivamente alla sentenza n. 275/2016, *supra* citata, tutte le pronunce sono state declinate nel senso di «*circondare di adeguate garanzie l'effettività del diritto all'istruzione degli alunni con disabilità fisiche e sensoriali, anche attraverso adeguate dotazioni strumentali e finanziarie. Muovendo dalla considerazione che sulla condizione giuridica della persona con disabilità confluisce un complesso di valori che attingono ai fondamentali motivi ispiratori del disegno costituzionale, la Corte ha insistito sulla certezza delle disponibilità finanziarie necessaria a garantire i servizi che danno attuazione ai diritti costituzionali: servizi che richiedono di essere erogati senza soluzioni di continuità, in modo che sia assicurata l'effettività del diritto delle persone con disabilità all'istruzione e all'integrazione scolastica*». Cfr. C. Cost. n. 83/2019, n. 232/2018, n. 258/2017, n. 192/2017, n. 110/2017. Nei medesimi termini si è consolidata la giurisprudenza amministrativa, la quale ha avuto modo anch'essa di ribadire come il diritto all'istruzione dello studente con disabilità debba essere qualificato come diritto fondamentale tale per cui l'obiettivo primario risieda nella massima tutela possibile del diritto del disabile all'istruzione e all'integrazione nella classe e nel gruppo. In questo senso, perciò, il provvedimento del dirigente scolastico che individua il numero di ore di sostegno necessarie per ogni studente con disabilità deve tener esclusivamente conto della gravità dell'handicap e non si può basare, invero, sul «*vincolo derivante dalla carenza di risorse economiche*». Quest'ultimo non può, «*in modo assoluto, condizionare il diritto al sostegno in deroga sino ad esigere e sacrificare il diritto fondamentale allo studio e all'istruzione*».

Cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 704/2015 e 2023/2017.

ipotesi di autonomia, rivendicata dalle regioni, ai sensi dell'art. 116, c. 3 Cost., dovrebbero essere, comunque, precedute da una preliminare valutazione dell'impatto che le stesse potrebbero avere sulle diverse aree territoriali. Del resto, ciò trova conferma nella stessa norma che subordina l'attribuzione di ulteriori forme di autonomia ad un procedimento che prevede che gli enti locali siano sentiti e che siano rispettati i principi di cui all'art. 119 Cost.

In questo senso, i principi espressi dalla giurisprudenza costituzionale appaiono granitici dinanzi alle rivendicazioni regionali di una più ampia autonomia finanziaria, laddove confermano il ruolo centrale dello Stato a cui spetta il compito di *«determinare l'entità dei trasferimenti erariali e dei fondi che alimentano la finanza comunale e provinciale ed eventualmente anche di ridurli, naturalmente con il vincolo di assicurare a tutti gli enti territoriali, compresi quelli con minore capacità fiscale per abitante, risorse sufficienti a finanziare integralmente le funzioni loro attribuite, come previsto dall'art. 119, quarto comma, Cost.»*⁴³.

In questo contesto, l'approccio auspicabile sarebbe quello di favorire l'effettivo bilanciamento tra solidarietà e competitività, tra sviluppo economico, progresso e coesione sociale, in armonia con quel disegno solidaristico che traccia le finalità del nostro ordinamento, ma che non lo vincola quanto al modello organizzativo, il quale potrà, quindi, assumere la configurazione più adatta alle istanze di uguaglianza sostanziale reclamate dalla società moderna⁴⁴.

In questa logica, particolare attenzione merita la Strategia Nazionale delle Aree Interne (SNAI), volta a contrastare, attraverso il finanziamento di specifici progetti, i principali fattori che determinano la disuguaglianza sociale nelle aree più periferiche del paese, come, ad esempio, il calo demografico e la distanza dai servizi essenziali, puntando alla valorizzazione delle risorse naturali e culturali, per creare nuovi circuiti occupazionali e nuove opportunità per i giovani del territorio⁴⁵. La SNAI rappresenta, infatti, un esempio significativo di una politica di sviluppo e di coesione territoriale particolarmente innovativa e, allo stesso tempo, un progetto ambizioso, fondato

⁴³ Cfr. C. Cost., n. 151/2016 e n. 82/2015.

⁴⁴ L'art. 5 della Costituzione, infatti, "riconosce" le autonomie e impone all'ordinamento di attuare nei servizi che dipendono dallo Stato il più ampio decentramento amministrativo e di adeguare i principi e i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento. La norma, letta in combinato disposto con l'art. 119 Cost., che prevede la destinazione di risorse aggiuntive da parte dello Stato agli enti locali, per favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona, stabilisce le finalità dell'autonomia organizzativa ma non prevede un modello specifico.

⁴⁵ Cfr. www.agenziadicoesione.it.

sull'approccio “*place based*”, che ha favorito l'affermazione di nuovi modelli di governance locale multilivello. Infatti, non solo l'attuazione di tale strategia si avvale della cooperazione interistituzionale tra Regioni, enti locali e amministrazioni centrali (titolari di competenze nell'ambito dei servizi essenziali), che, attraverso la sottoscrizione di un accordo di partenariato (accordo quadro, ai sensi dell'art. 2, c. 203, lett. c, legge n. 662/96)⁴⁶ assumono precisi impegni per la realizzazione degli obiettivi definiti dalla SNAI⁴⁷, ma prevede quale pre-requisito per l'accesso al programma e ai finanziamenti previsti, la gestione associata delle funzioni e dei servizi da parte dei comuni. In particolare, giova evidenziare, che per soddisfare il pre-requisito non è sufficiente una aggregazione temporanea, limitata, cioè, a determinati progetti\programmi di sviluppo, tipico di gran parte degli interventi di sviluppo locale promossi nell'ambito della “programmazione negoziata” (patti territoriali, contratti d'area) e comprensive delle formule “utilizzate” dalla politica di coesione comunitaria (PIT, PISU, PIST, GAL, ecc.)⁴⁸.

La strategia punta, invece, a realizzare aggregazioni permanenti, costruite su un disegno di gestione ordinaria di funzioni fondamentali e servizi locali. Solo in questo caso è possibile verificare l'esistenza del pre-requisito, necessario per promuovere e attuare progetti di intervento di sviluppo territoriale, così come definiti nel programma nazionale per le “aree interne”.

La Strategia delle Aree Interne costituisce, perciò, un esempio paradigmatico di una nuova prospettiva di sviluppo locale, che muove dalle esigenze del territorio e dalle funzioni, per definire l'assetto organizzativo ed istituzionale più appropriato a garantire un adeguato livello di benessere sociale, evidenziando, allo stesso tempo, la rilevanza del ruolo di indirizzo strategico dello Stato per individuare, nell'ottica della coesione sociale, i progetti da realizzare nelle diverse aree coinvolte⁴⁹.

⁴⁶ Tale accordo fa parte del Piano Nazionale di Riforma (PNR) che il nostro Paese ogni anno presenta all'UE, su cui v. www.dt.mef.gov.it, nonché, www.governo.it/it/progettiamoilrilancio.

⁴⁷ Di recente è stata inserita fra le azioni definite dal Governo italiano per il piano di rilancio dell'economia post-Covid nell'ambito del Next Generation EU(41) e rappresenta un obiettivo della missione: “Equità e inclusione sociale e territoriale” del redigendo Piano nazionale di ripresa e resilienza(42). La SNAI rappresenta altresì una delle opzioni strategiche delineate dal Piano Sud 2030, varato nel febbraio 2020: a chiusura della sua fase sperimentale, secondo le intenzionalità del Piano dovrà diventare una politica strutturale per il sostegno alle aree marginali del Paese. Su cui v. www.agenziacoesione.gov.it

⁴⁸ Cfr. La dimensione territoriale nelle politiche di coesione, stato di attuazione e ruoli dei comuni nella programmazione 2014-2020, Rapporto pubblicato dalla Fondazione ANCI-IFEL, 2020. Consultabile sul sito www.fondazioneifel.it.

⁴⁹ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1988, suggeriva di partire dalle funzioni e solo successivamente determinare gli ambiti ottimali di gestione

Pertanto, alla luce di tali considerazioni trova conferma la tesi secondo cui, come si è detto, il processo di attuazione dell'art. 116, c. 3, cost. andrebbe interpretato nel senso che l'ampliamento delle competenze regionali debba avvenire nel rispetto del principio di sussidiarietà, con conseguente valorizzazione del ruolo dei comuni e delle città Metropolitane, attraverso l'attribuzione diretta dei compiti di amministrazione, in attuazione dell'art. 118 della Costituzione, individuando modelli di gestioni dei servizi e delle funzioni più adatti alle specifiche esigenze del territorio e dei bisogni della popolazione residente⁵⁰.

5. Governance locale multilivello e nuovi paradigmi della cittadinanza amministrativa: a proposito delle città intelligenti, comunità energetiche e “diritto alla città”.

Se è vero che l'autonomia locale richiede, anche in una logica asimmetrica, un rafforzamento del ruolo dello Stato, nell'esercizio unitario di funzioni che sono volte a garantire omogeneità dei diritti sociali sul territorio nazionale, dall'altro lato, occorre tener conto della evoluzione che sta seguendo lo sviluppo del fenomeno urbano e metropolitano, oggetto di attenzione da parte di molti studi⁵¹.

⁵⁰ In questa prospettiva, particolarmente interessanti sono le politiche di riordino territoriale in Emilia-Romagna, che, a partire dalla legge regionale n. 21/2012, hanno attivato strumenti e risorse stabili nel tempo, nell'ambito delle quali vengono definite modalità ed obiettivi per sostenere l'esercizio associato delle funzioni e specificati i criteri per la concessione dei contributi annuali a sostegno delle fusioni e delle Unioni di Comuni. In particolare, con la L. R., n. 21/2012, le Unioni dei comuni vengono individuate come forma istituzionale privilegiata da parte della Regione, che già dal 2008 aveva proceduto all'abolizione delle Comunità Montane. Successivamente, un ulteriore momento di conferma della politica per la costruzione delle Unioni in Emilia-Romagna è data dalla L. R. 13/2015, relativa all'attuazione della cosiddetta Legge Delrio, che «*individua nelle Unioni la forma istituzionale incaricata del coordinamento intercomunale per l'integrazione delle politiche e le funzioni amministrative*». In questo modo le Unioni diventano l'interlocutore privilegiato della Regione a livello di Ambito Ottimale e il punto di riferimento per l'erogazione dei servizi di prossimità al cittadino. Nel 2019 le Unioni di Comuni sono 43 e comprendono complessivamente 275 Comuni, pari all'84% dei Comuni in Emilia-Romagna. Nell'ambito di tali Unioni, vive una popolazione di oltre 2,5 milioni di abitanti pari al 58% di quella regionale. Tale valore sale all'80% se si esclude la popolazione residente nei capoluoghi di provincia evidenziando la rilevanza delle Unioni nella gestione di funzioni e servizi per le famiglie e le imprese. Per ulteriori approfondimenti, v. E. PETRILLI, *Il nuovo ordine delle Unioni di Comuni in Emilia-Romagna*, in *Osservatorio Regionale*, in www.regione.emilia-romagna.it.

⁵¹ Cfr. E. CARLONI, *Città intelligenti e agenda urbana: le città del futuro, il futuro delle città*, in *Munus*, 2/2016, 234 ss. A. CONTIERI, F. ZAMMARTINO, *op. cit.*, G. PIPERATA, *op. cit.*, A. ROMEO, *op. cit.*; R. CAVALLO PERIN, *L'ordinamento giuridico delle città*, in *Munus*, 2/2019, 365-383 e poi in *Scritti in onore di Franco Pizzetti*, a cura di C. Bertolino, T. Cerruti, M. Orofino, A. Poggi, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, 353-370.

L'esigenza di approfondire i possibili assetti istituzionali, dentro cui collocare i rapporti tra i diversi livelli di governo, muove, infatti, anche dalla necessità di superare le criticità derivanti dalla disegno organizzativo della legge n. 56/2014 (cd. legge Delrio) e di valorizzare le comunità territoriali, dotandole di capacità necessarie ad affrontare i cambiamenti in atto e, in particolare, le sfide poste dalla transizione digitale e dalla sostenibilità ambientale⁵².

La legge Delrio aveva, infatti, operato una profonda ridefinizione dei rapporti tra Regioni ed enti locali, influenzando in maniera determinante non solo sui rispettivi ambiti di competenza, ma anche e in particolare sulla stessa configurazione delle Province quali «enti autonomi con propri con propri statuti, poteri e funzioni secondo i principi fissati dalla Costituzione» (art.114 Cost.)⁵³.

In particolare, tale legge aveva provato a riorganizzare, nel rispetto del principio di pariordinazione, sancito dall'art. 114 Cost., le autonomie locali sulla base di modelli differenziati, in ragione di parametri organizzativi, dimensionali, funzionali, per valorizzare le diverse capacità degli enti, nell'affrontare le nuove sfide delle realtà urbane⁵⁴.

In questa prospettiva, si è, infatti, osservato come l'autonomia debba misurarsi nella capacità effettiva degli enti territoriali di articolare efficaci politiche differenziate, da cui dipende «la capacità delle realtà urbane di elaborare strategie e scelte in grado di orientare lo sviluppo urbanos»⁵⁵.

Il disegno organizzativo della legge Delrio ha, perciò, puntato molto sull'istituzione della città metropolitana, quale ente di coordinamento delle amministrazioni locali, volto a promuovere lo sviluppo del territorio e tutte le condizioni, anche infrastrutturali, finalizzate alla gestione integrata dei servizi, delle infrastrutture e delle reti di comunicazione⁵⁶.

⁵² In argomento sia consentito rinviare a M. INTERLANDI, *I modelli organizzativi per la gestione dei servizi educativi e di formazione professionale dopo la legge "Del Rio": il caso della Provincia di Frosinone*, in *Gazzetta amministrativa*, 2018.

⁵³ In armonia con il d.lgs. 56/2014, il progetto di riforma costituzionale del 2016 (il cui testo, approvato il 12.04.2016 veniva pubblicato sulla G.U. n. 88 del 15.04.2016), novellava l'art.114 Cost. espungendo proprio le Province dal novero degli enti costitutivi della Repubblica.

⁵⁴ In tal senso E. CARLONI, *op. ult. cit.*

⁵⁵ E. CARLONI, *op. cit.*

⁵⁶ In tal senso A. CONTIERI, F. ZAMMARTINO, *op. cit.*, i quali evidenziano come «l'attribuzione alla potestà legislativa regionale in via esclusiva della regolamentazione delle infrastrutture strategiche e delle grandi reti di trasporto e comunicazione di interesse nazionale, rischia di relegare le città metropolitane a un metro di esecutore dell'attività svolta dalla Regione e delle regole che questa si è data». Sulle città metropolitane, v., anche, M. IMMORDINO, *Are metropolitane e autonomia comunale: un difficile equilibrio*, in *Le Regioni*, 1998.

Tuttavia, nonostante l'approccio seguito, la città metropolitana non ha mai raggiunto l'obiettivo di sviluppare funzioni strategiche e di promozione per lo sviluppo economico di tali territori, assumendo la configurazione di una istituzione che si sovrappone a quella dei grandi comuni, senza apportare alcuna utilità in termini di miglioramento delle funzioni e dei servizi locali⁵⁷.

Inoltre, occorre tener conto come a fronte della maggiore espansione e crescita delle città metropolitane nei capoluoghi di provincia, nei piccoli comuni si registrano enormi difficoltà che impattano sulla capacità delle amministrazioni di soddisfare i bisogni delle comunità rappresentata. La scarsità di risorse, l'inadeguatezza degli apparati burocratici, l'invecchiamento della popolazione, lo spopolamento delle aree interne, l'aumento della povertà dei ceti medi, come fenomeno strutturale, sono, ad oggi, solo alcuni dei problemi che gravano sugli enti territoriali di piccole dimensioni⁵⁸.

Ne discende, allora, che la dimensione ideale, in cui dovrebbe collocarsi l'autonomia differenziata, efficace sul piano della effettività dei diritti e del benessere sociale, deve fare i conti con una realtà in cui il governo locale appare fortemente frammentato e in crisi, e ciò induce a riconsiderare l'organizzazione degli enti locali, in quanto direttamente coinvolti nella erogazione dei servizi essenziali alla persona.

Del resto, come si è detto, l'emergenza sanitaria ha evidenziato la debolezza del sistema delle autonomie locali, in cui, a fronte della distribuzione delle competenze, gli enti locali non sono stati

⁵⁷ Sui limiti della legge Delrio, v. G. PIPERATA, *op. cit.*, secondo cui «il livello metropolitano non ha saputo fino in fondo interpretare il ruolo assegnato di nuovo ente locale, diverso dalle tradizionali istituzioni provinciali, che rappresenta i territori (...) né tantomeno ha saputo valorizzare innovativi compiti e funzioni strategiche e di promozione per lo sviluppo anche economico dei territori e delle comunità di riferimento».

⁵⁸ Come ben evidenziato all'interno della Strategia nazionale per le aree interne, il territorio italiano è costituito prevalentemente da piccoli e piccolissimi comuni, definiti per l'appunto aree interne. Queste raccolgono un quarto della popolazione, rappresentano quasi il 60% del territorio e contano più di 4.000 Comuni. La principale criticità che accomuna tutte le aree interne risiede nella evidente distanza dai centri urbani più popolosi e, quindi, nella loro ridotta capacità di garantire ai cittadini i servizi essenziali. Sulla base di tali presupposti è facile comprendere come tali aree siano state negli anni progressivamente marginalizzate, stimolando politiche volte a favorire il potenziamento di centri urbani più vasti e strategici. Nel tentativo di invertire tale senso di marcia, dal 2012, l'allora Ministro per la Coesione ha previsto tale Strategia, con l'assegnazione di ingenti risorse nazionali, nel duplice tentativo, per questi comuni, di elevare la qualità dei servizi essenziali – principalmente sanità, istruzione e mobilità – e di promuovere attività che sfruttino le risorse naturali e culturali ivi presenti. L'auspicio è di porre un freno al fenomeno dello spopolamento e di rendere competitivo e attrattivo anche lo sviluppo locale.

in grado di collaborare per trovare un'adeguata sintesi tra esigenze unitarie e istanze di differenziazione. E ciò ha determinato un forte impatto negativo sul benessere sociale, che si è tradotto nell'aumento del divario di cittadinanza, sia tra le diverse aree del paese, che tra le aree della stessa regione⁵⁹.

Ciò conferma, quindi, che se, da un lato, l'effettività dei diritti non può prescindere dalla capacità amministrativa degli enti locali più prossimi alla persona, dall'altro lato, occorre che la programmazione dell'intervento pubblico sia adeguata alla specificità dei contesti sociali, economici e culturali di determinate aree geografiche, valutando, inoltre, la virtuosità o meno delle rispettive amministrazioni.

Sì che, non sarebbe azzardato ipotizzare, in un'ottica *de iure condendo*, la riattribuzione alle Province delle funzioni di coordinamento e di supporto ai comuni, nell'ambito territoriale che include anche quelli che non rientrano nella Città Metropolitana, differenziando, quindi, nella prospettiva "ottimale" l'allocatione delle funzioni tra enti di area vasta, ente metropolitano e comuni. In questo schema, infatti, l'idea sarebbe quella di individuare nella Provincia il riferimento istituzionale di un modello di sviluppo locale volto a gestire, in connessione con lo Stato e le regioni, politiche pubbliche di promozione del territorio, anche attraverso strumenti attuativi di partenariato, che definiscano, nell'ambito delle funzioni assegnate, le specifiche competenze.

Di qui, l'esigenza di una visione che integri la prospettiva amministrativa e quella legislativa sollecita l'attenzione sulla riorganizzazione degli enti locali, anche alla luce delle riflessioni che stanno emergendo sul ruolo delle città, quali centri di riferimento, nella configurazione di un nuovo modello di benessere sociale, che si sviluppa sulla base delle specifiche esigenze della comunità che la abitano⁶⁰, tra cui, innanzitutto, quelle legate alla transizione digitali e della sostenibilità ambientale.

⁵⁹ Sul divario di cittadinanza v. L. BIANCHI, A. FRASCHILLA, *Divario di cittadinanza. Un viaggio nella nuova questione meridionale*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2020; Nella prospettiva della questione meridionale, vedi, anche, A. ROMEO, *Sviluppo economico e disuguaglianze territoriali: il divario Nord-Sud nell'Italia del nuovo millennio*, in *Dir. Amm.*, 4/2020, 808 ss.

⁶⁰ In questa prospettiva si muovono le riflessioni di G. PIPERATA, *op. cit.*; E. CARLONI, *Città intelligenti e agenda urbana: le città del futuro, il futuro delle città*, in *Munus*, n. 2/2016, 235 ss.

Un recente studio di J.E. Nijman, *Renaissance of the City as Global Actors*, evidenzia, ad esempio, come nella nuova economia globale (*new global economy*), sono le città, non più gli stati, ad essere le unità basilari dell'economia e della politica⁶¹.

In una diversa prospettiva, volta a cogliere le nuove frontiere del diritto amministrativo, Jean-Bernard Auby, nel suo importante saggio *Droit de la ville*⁶², sollecita la riflessione della scienza giuridica sul “diritto alla città”, sottolineando come questa sia soggetta ad un processo di evoluzione profonda. Si pensi al tentativo di costituire le città intelligenti (*smart cities*), o alle riflessioni in atto sulle “città sostenibili” (*sustainable cities*), tanto per fare un esempio⁶³.

In questo contesto, è, quindi, possibile mettere in luce la rilevanza del ruolo dei livelli di governo locale nella sperimentazione di nuovi modi di amministrare, che possono essere replicati anche in ambiti più ampi⁶⁴.

Si è osservato, infatti, come nelle città, ad esempio, si stanno sperimentando nuovi modelli di partecipazione tra istituzioni e portatori di interessi in cui la relazione con il territorio si fonda sulla condivisione e sulla cogestione⁶⁵.

Tali considerazioni appaiono ancora più significative se contestualizzate con l'attuale momento storico, da cui emerge l'esigenza di ripensare alle città, agli spazi e alle dinamiche produttive e sociali, non solo nella prospettiva di garantire il distanziamento sociale, imposto dalle misure di contrasto alla pandemia, ma anche nella prospettiva di ricostruire un patto sociale, fondato su un nuovo equilibrio tra uniformità dei diritti e differenziazione dei modelli amministrativi⁶⁶, volto ad innalzare il livello di efficienza dei servizi pubblici, soprattutto di quelli orientati alla cura della persona.

⁶¹ J.E. NIJMAN, *Renaissance of the City as Global Actor*, Asser Institute, Centre for International & European Law, 2016.

⁶² J.B. AUBY, *Droit de la ville*, Parigi, 2016.

⁶³ Sulle città intelligenti, nella prospettiva europea, v. E. CARLONI, M.VAQUERO PINEIRO, *Le città intelligenti e l'Europa. Tendenze di fondo e nuove strategie di sviluppo urbano*, in *Le istituzioni del federalismo*, n. 4/2015.

⁶⁴ Al riguardo particolarmente interessante è la riflessione di S. VALAGUZZA, *Il diritto delle città e il dibattito sull'autonomia differenziata*, in www.federalismi.it, in cui l'a. acutamente osserva che le città sono il luogo «della diversità, in cui si animano le esigenze individuali e collettive».

⁶⁵ In tal senso si rinvia a S. VALAGUZZA, *op. cit.*

⁶⁶ Sul punto, la situazione attuale ricorda quella evocata nell'inchiesta di M. SERAO, *Il ventre di Napoli*, del 1884, che metteva in luce le medesime esigenze della città di Napoli, colpita da un'epidemia di colera. L'a. denunciava innanzitutto la totale e secolare assenza di regole e pianificazioni, indentificando nell'abbandono e nel disinteresse dello Stato le cause maggiori dell'incredibile affollamento della parte più popolare della città, che aveva favorito il diffondersi

Ciò a maggior ragione nel momento in cui gli interventi attuativi del PNRR spingono verso la formazione di comunità intelligenti e sostenibili, foriere di una “nuova” «cittadinanza amministrativa», intesa come la titolarità di una serie di posizioni che sono riconducibili all'individuo in quanto parte di una determinata realtà, che si sostanzia a loro volta nella pretesa giuridicamente tutelata ad ottenere una qualità della vita accettabile⁶⁷. Una cittadinanza, dunque, fondata sui nuovi paradigmi dell'inclusione digitale e dell'equilibrio intergenerazionale, i cui diritti dipenderanno, sul piano della effettività, dalla quantità e dalla qualità dei servizi che le amministrazioni saranno in grado di offrire al cittadino⁶⁸.

Di qui la considerazione che la trasformazione digitale potrebbe anche collocare, al di là dei confini territoriali, il centro di imputazione di tali diritti, con la conseguenza, che il territorio potrebbe non esser più il riferimento esclusivo della formazione sociale e della istituzione che la

della malattia. Di particolare interesse è poi la seconda parte del libro - scritta vent'anni dopo il colera (1904) - in cui la Serao è intenta a sottolineare il fallimento del progetto di Risanamento, data la mancata realizzazione dei cambiamenti promessi. La critica era quella di aver sprecato un'occasione di rinnovamento effettivo a favore dell'ennesima operazione di speculazione edilizia. Peraltro, l'a. rinviene la causa di ciò, nella mancata conoscenza da parte dello Stato del territorio e della sua popolazione, invocando sia un maggior interesse di quest'ultimo che il necessario contributo del Comune per il raggiungimento dell'obiettivo ultimo dell'uguaglianza sociale.

⁶⁷ A. ROMANO TASSONE, *Il controllo del cittadino sulla nuova amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2002, 269 e ss.; C.E. GALLO, *La pluralità delle cittadinanze e la cittadinanza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2002, 481 e ss., secondo cui il concetto di cittadinanza amministrativa si riflette sul piano dei compiti dell'amministrazione, e più specificamente di quella locale in base al nuovo quadro costituzionale, nel dovere di realizzare il benessere della società attraverso l'erogazione di prestazioni che rispondano ad un elevato livello di qualità, secondo le indicazioni contenute nell'art. 112 del T.U.EE.LL., ove è stabilito che «gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali ed a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali». V., altresì, R. CAVALLO PERIN, *La configurazione della cittadinanza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2004, 201 ss. Più di recente, G. ARENA, *La cittadinanza amministrativa. Una nuova prospettiva per la partecipazione*, in Joacaba, 2010, 522-529, che ricostruisce il concetto di “cittadinanza amministrativa” come il «rapporto tra l'individuo e l'amministrazione di cui l'ordine politico-giuridico si avvale per la realizzazione delle proprie finalità». In particolare, secondo l'a. le modalità con cui i cittadini possono essere una risorsa per le amministrazioni variano molto fra di loro, ma quella più significativa, che ribalta il paradigma bipolare secondo cui spetta all'amministrazione pubblica prendersi cura dell'interesse pubblico generale, sembra essere racchiusa nell'art. 118 cost. Sempre ad avviso di Arena, l'idea che i cittadini possano essere una risorsa per le amministrazioni «rappresenta il punto di arrivo di un'evoluzione nei rapporti fra amministrazioni e cittadini iniziata nei primi anni novanta (...) e culminata nell'introduzione nella Costituzione Italiana del principio di sussidiarietà orizzontale».

⁶⁸ G. PASTORI, *Tendenze recenti della pubblica amministrazione italiana*, in *Scritti Scelti*, Napoli, Jovene, 2010, p. 900, secondo cui la configurazione dell'attività amministrativa basata sulle finalità di pubblico interesse perseguite implica che rispetto ad essa corrispondono «posizioni giuridiche soggettive non più distinguibili come diritti ed interessi legittimi, ma solo come pretese sostanziali o procedurali costituenti altrettanti diritti».

rappresenta, in ragione della dimensione digitale che l'amministrazione, intesa come organizzazione funzionale al benessere dei cittadini, sta assumendo⁶⁹.

Sotto altro profilo, la sostenibilità ambientale spinge sempre più l'organizzazione amministrativa verso modelli di sviluppo locale, che mirano a preservare l'equilibrio intergenerazionale, a partire dal risparmio delle risorse, non solo economiche⁷⁰. Nasce così l'idea della cd. "comunità energetica" come progetto sperimentato in diverse località, volto a promuovere l'autoconsumo collettivo. Si tratta, invero, di un intervento finalizzato a realizzare impianti fotovoltaici installati su edifici pubblici, attraverso cui è possibile produrre sia l'energia necessaria per soddisfare i consumi relativi all'uso degli edifici pubblici, sia per mettere a disposizione di famiglie più bisognose l'energia che eccede dai suddetti consumi. In questo modo, è possibile, quindi, condividere l'energia verde prodotta senza gravare sulla rete nazionale, rendendo possibile la produzione diffusa attraverso un modello sostenibile, capace di abbattere i costi di trasporto e le dispersioni lungo la rete⁷¹.

In armonia, quindi con le linee di azione stabilite nell'Agenda territoriale dell'Unione europea 2020, (che mira ad uno sviluppo dei territori urbani orientato alla sostenibilità, al risparmio energetico, all'inclusione ed alla riduzione del "consumo di suolo"), e con i principali obiettivi della strategia Europa 2020, si conferma la necessità di un approccio integrato, coerente e globale che coinvolga tutti i settori, i livelli amministrativi e i territori, evidenziando, tra l'altro, *«l'esigenza di una*

⁶⁹ In questa prospettiva il PNRR prevede espressamente che si debba *«rafforzare la "cittadinanza digitale" attraverso iniziative dedicate volte a migliorare le competenze digitali di base»*. Viene, perciò, proposto un piano di azioni per l'attuazione di una Strategia Nazionale per le Competenze Digitali, volta a promuovere un diffuso miglioramento delle digitali e tecnologici.

⁷⁰ V. M. INTERLANDI, *Danno da disservizio*, cit., 79, evidenzia come l'esigenza interpretativa di ancorare la sana gestione finanziaria delle risorse pubbliche al diritto delle future generazioni *«di poter realizzare i propri bisogni in condizioni che superino la soglia della sopravvivenza si appalesa, quindi, quale presidio necessario di istanze non più trascurabili di uguaglianza sostanziale e di tutela dei diritti fondamentali che si rinvergono nei diversi ambiti dell'agire pubblico»*. V., inoltre, con specifico riferimento al tema della disuguaglianza, J.E. STIGLITZ, *Il prezzo della disuguaglianza*, Torino, Giappichelli, 2013.

⁷¹ Il modello di comunità energetica è stato sperimentato, in attuazione d.l. 183/2020, che ha recepito la direttiva 2001/2018 sulle comunità energetiche per progetti fino a 220 KW, dalla Società Sorgenia, nei comuni di Turano Lodigiano e Bertinico, nonché, su proposta di Legambiente, nel Comune di Napoli, Municipalità Barra-San Giovanni-Ponticelli, presso la Fondazione pubblica, "Famiglia di Maria". Per ulteriori approfondimenti v. *www.sorgenia.it*; *www.legambiente.it*.

“governance” della questione urbana che non necessariamente si esaurisce a livello di autorità comunali, secondo una logica di multilevel governance, che è peraltro frequentemente presente negli atti europei⁷².

Questa riflessione, poi, potrebbe essere foriera di ulteriori sviluppi se collegata al tema del rapporto tra Stato e mercato, che, secondo un recente studio di Raghuram Rajan, uno dei più importanti economisti contemporanei, andrebbe reinterpretato sulla base di un nuovo equilibrio fondato sulla valorizzazione di un “terzo pilastro”: la comunità locale⁷³. Secondo tale approccio, infatti, lo Stato dovrebbe promuovere una più ampia capacità di autodeterminazione delle comunità locali e al tempo stesso rafforzare il suo ruolo di governo nazionale, per farle convergere nell’ambito di una strategia nazionale unitaria, sul piano dei diritti fondamentali e dell’uguaglianza sociale⁷⁴.

Tale approccio, confermerebbe, quindi, che la “decentralizzazione” dei poteri alle comunità, costituisce una risposta necessaria al tema dei nuovi equilibri che la rivoluzione tecnologica impone alla società, soprattutto per continuare ad esprimere la nostra umanità e affrontare i timori derivanti dal processo di automazione del lavoro che scaturisce dalle ICT⁷⁵.

E’ la comunità costituita sulla vicinanza fisica, infatti, che favorisce la sperimentazione di nuove governance economiche e politiche, replicabili su tutto il territorio nazionale.

Da queste considerazioni si possono ricavare utili indicazioni anche in relazione all’esperienza emergenziale derivante dalla pandemia Covid-19. Si è visto, infatti, come il diritto alla salute, nella sua duplice dimensione di interesse individuale e collettivo, ha trovato efficaci risposte in quelle realtà che hanno saputo sperimentare, grazie all’autonomia organizzativa, nuovi modelli di assistenza sanitaria, basati sul criterio della territorialità⁷⁶.

In questo modo, la tutela della salute, e le libertà fondamentali che da essa dipendono, hanno trovato effettiva protezione nella capacità organizzativa delle comunità locali, elaborando uno

⁷² In tal senso, E. CARLONI, M. VAQUERO PINEIRO, *Le città intelligenti*, cit.

⁷³ R. RAJAN, *Il terzo pilastro. La comunità dimenticata da Stato e mercati*, Milano, Giuffrè, 2019, si esprime a favore del rafforzamento del potere e della vitalità delle comunità locali come antidoto alla disperazione e al malcontento crescenti.

⁷⁴ R. RAJAN, *op. cit.*

⁷⁵ R. RAJAN, *op. cit.*

⁷⁶ Si pensi ad esempio al modello sperimentato nel comune di Piacenza su cui si veda www.sanitainformazione.it. Sui diversi modelli di gestione della pandemia, v. F. NICOLA, G. SCACCIA, *The italian model to fight COVID-19: regional cooperation, regulatory inflation, and the cost of one size-fits-all lockdown measures*, in *Administrative law review*, 2021, 53 e ss.

schema di gestione della pandemia che può essere replicato anche in altri contesti territoriali, fino a sviluppare un modello di intervento di carattere nazionale⁷⁷.

Tutto ciò induce a ritenere che la definizione di una nuova architettura istituzionale, che la Costituzione affida al legislatore, dovrebbe essere il risultato di riflessioni di carattere economico, sociale, culturale e politico, che precedono la valutazione delle istanze di autonomia e differenziazione.

Pertanto, se è vero che l'art. 116, c. 3, Cost. si riferisce all'autonomia legislativa delle regioni, è altrettanto vero che tale organizzazione istituzionale per essere efficace deve essere supportato da un'azione amministrativa, vicina ai bisogni da affrontare e alle opportunità da sviluppare.

Altrimenti si corre il rischio di sostituire al centralismo statale, un centralismo regionale anche peggiore in termini di uguaglianza e di effettività dei diritti.

In quest'ottica, infatti, è stato giustamente osservato che la prospettiva adottata da alcune regioni, volta a rivendicare, sulla base dell'art. 116, c. 3 Cost., il passaggio dalla competenza statale a quella regionale di alcune materie, come ad esempio i trasporti o i tributi, senza coinvolgere gli enti locali minori, e in particolare le città metropolitane, potrebbe compromettere l'ambito di competenza che spetta a queste ultime, privandole di quelle funzioni amministrative strategiche per la gestione di tali settori, come ad esempio, la pianificazione dei servizi, la determinazione delle tariffe, l'istituzione di barriere all'accesso al mercato in ambiti omogenei⁷⁸. In tal modo, quindi, *«le città metropolitane, a cui è attribuito il compito di semplificare, accelerare e rafforzare i processi decisionali e di gestione del territorio, l'accentramento di numerose competenze, costituirebbe un ostacolo allo sviluppo economico e sociale dell'intera area»*⁷⁹.

Ma allora, se questo è lo scenario dentro cui si colloca, o si dovrebbe collocare, la possibilità di un'autonomia regionale differenziata, è lecito domandarsi se, nella prospettiva solidaristica della nostra Costituzione, sia davvero opportuno muoversi verso un ampliamento delle competenze

⁷⁷ In quest'ottica si è affermato, ad esempio, che il valore delle città si esprime nel *«pensare comune che si radica nella categoria del noi»*. In tal senso, B. TONOLETTI, *Costituzione giuridica delle cose e rigenerazione del legame sociale*, in *Dir. Amm.*, n. 2/2019, in part. 272.

⁷⁸ A. CONTIERI, F. ZAMMARTINO, *Note sparse sul regionalismo differenziato: il caso delle città metropolitane*, in *Nuove Autonomie*, 2021, 2 ss.

⁷⁹ In tal senso, A. CONTIERI, F. ZAMMARTINO, *op. ult. cit.*

regionali, come richiesto da alcune regioni, oppure se non sia più opportuno intervenire sulle modalità di allocazione delle funzioni agli enti locali, differenziandole in base alle specificità dei contesti sociali, economici e culturali di determinate aree geografiche, tenendo altresì conto della virtuosità o meno delle rispettive amministrazioni.

La centralità delle autonomie locali, in un modello di regionalismo differenziato funzionale all'effettività dei diritti fondamentali, è, infatti, anche una logica conseguenza della configurazione pluralista della pubblica amministrazione, che porta a ritenere cruciale, ai fini di un'autonomia regionale efficiente, la capacità amministrativa delle autonomie locali⁸⁰. Al riguardo, è significativo il pronunciamento della Corte Costituzionale, in cui si afferma la stretta connessione, in tema di finanza regionale, tra le attribuzioni regionali e quelle delle autonomie locali, da cui discende, altresì, che la «*lesione delle competenze locali sia potenzialmente idonea a determinare una vulnerazione delle competenze regionali (sentenze n. 298 del 2009, n. 169 del 2007, n. 95 del 2007, n. 417 del 2005 e n. 196 del 2004)*»⁸¹. Il principio espresso dalla Consulta evidenzia, infatti, come la competitività regionale non dipende tanto dalla opportunità di acquisire maggiore autonomia dallo Stato, quanto piuttosto dalla capacità delle autonomie locali, e dei comuni in particolare, di garantire adeguati servizi alle persone.

Ne discende, quindi, che, nell'ambito dell'attuale assetto costituzionale, si potrebbero ipotizzare alcune soluzioni, che muovendosi nel solco dei principi di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione possano individuare assetti istituzionali in grado di garantire un livello efficiente dei servizi e delle funzioni amministrative.

5.2. (Segue) Il principio di sussidiarietà nella architettura istituzionale degli enti locali: alla ricerca di nuovi equilibri.

⁸⁰ Sull'autonomia locale la bibliografia è molto vasta, ma ai fini del presente lavoro si segnalano in particolare i seguenti contributi: G. BERTI, *Caratteri dell'amministrazione comunale e provinciale*, Padova, 1967; F. BENVENUTI, *Le autonomie locali nello Stato moderno*, in *Scritti giuridici*, III, *Vita e pensiero*, Milano, Giuffrè, 2006; L. VANDELLI, *Il sistema delle autonomie locali*, Bologna, il Mulino, 2004; G. FALCON, *Inattuazione e attuazione del nuovo titolo V*, Torino, Giappichelli, 2003.

⁸¹ C. Cost., n. 236/2013.

Le considerazioni sin qui svolte esprimono, dunque, l'idea che l'autonomia, come principio fondante del pluralismo istituzionale, non può essere confinato solo nella rivendicazione di un accrescimento delle competenze legislative da parte della Regione, per giunta nella logica di premiare le realtà più efficienti, ma esige un modello organizzativo che valorizzi la capacità di autodeterminazione delle comunità locali, intese sia nella accezione istituzionale che in quella riferita alla libera iniziativa dei privati⁸².

Allo stesso tempo, il modello autonomistico richiede una architettura istituzionale a geometria variabile, che attribuisca allo Stato un ruolo incisivo nella funzione di indirizzo, di coordinamento e di controllo, in grado di orientare, ma anche sostenere le iniziative locali alla effettiva promozione del benessere sociale. Si tratta di valorizzare quanto già è scritto nella nostra Costituzione, all'art. 120, che pone la coesione sociale al centro del disegno organizzativo in cui si collocano i rapporti tra i diversi livelli di governo, prevendo l'esercizio dei poteri sostitutivi, quale massima espressione della funzione unitaria posta in capo allo Stato, quando è necessario tutelare i livelli essenziali delle prestazioni, concernenti i diritti civili e sociali.

In questo schema, infatti, il ruolo del governo centrale è determinante, sia sotto il profilo delle esternalità negative, per rimuovere i fattori di disuguaglianza, sia sotto il profilo delle esternalità positive, stimolando il sistema economico ad investire nell'apprendimento e nelle conoscenze come fattori fondamentali del processo di sviluppo dell'innovazione e delle nuove tecnologie⁸³.

Questo assetto presuppone, perciò, una maggiore valorizzazione della collaborazione tra i diversi livelli di governo, rafforzando gli strumenti già esistenti, senza rinunciare a elaborare nuove forme di cooperazione e di partenariato, in grado di coinvolgere soggetti pubblici e privati⁸⁴, sulla scia del modello già sperimentato per le aree interne dalla SNAI.

⁸² L'idea di fondo che sembra ispirare le richieste di alcune regioni (Veneto, Emilia Romagna e Lombardia) sembra infatti essere quella di «basare il decentramento delle competenze sulla performance di efficienza e sulla competitività, anziché sui principi di uguaglianza e solidarietà». In tal senso, A. Contieri, F. Zammartino, *op. cit.*

⁸³ J. E. STIGLITZ, B. C. GREENWALD, *Creare una società dell'apprendimento. Un nuovo approccio alla crescita, allo sviluppo e al progresso sociale*, Torino, Einaudi 2018.

⁸⁴ Sulla consensualità e i suoi modelli v. G. SCACCIA, *Sussidiarietà*, cit.

In questo scenario, la sussidiarietà erompe nell'ordinamento nel suo significato più moderno, come principio volto a stimolare processi virtuosi di collaborazione tra i diversi soggetti di natura privata, pubblica, associativa, imprenditoriale, istituzionale, che abitano nello stesso momento della storia, le nostre comunità⁸⁵.

Il principio di sussidiarietà, infatti, nella sua duplice declinazione, verticale ed orizzontale, assurge a strumento procedimentale preordinato a favorire modelli organizzativi adeguati alle specifiche esigenze territoriali, e a promuovere processi di sviluppo locale virtuosi anche in realtà meno sviluppate. Come ha evidenziato autorevole dottrina «è proprio seguendo la logica di un'autonomia indirizzata alla realizzazione dell'uguaglianza sociale, non alla tutela di egoistici interessi territoriali, che si comprende la doverosità della cooperazione e condivisione tra i vari livelli di governo»⁸⁶.

In questa logica, è pienamente condivisibile l'interpretazione proposta da parte della dottrina, che esclude dalla negoziazione «la determinazione degli interessi non frazionabili e delle esigenze politiche che danno corpo a manifestazioni storicamente contingenti del principio unitario», ritenendo, invece, correttamente, che essa debba avere ad oggetto «i modi attraverso i quali il principio unitario si deve tradurre in regole conciliabili con un disegno accentuatamente autonomista, che innalza a norma generale il carattere tendenzialmente locale dell'amministrazione pubblica»⁸⁷.

⁸⁵ La Corte costituzionale, a partire dalla sentenza n. 303/2003 ha cercato di comporre il dilemma tra il rigido garantismo del riparto dei poteri legislativi e l'estrema flessibilità dei criteri di distribuzione dei poteri amministrativi e, a tal fine, qualifica l'intesa con la Regione interessata come condizione necessaria di ammissibilità della deroga al riparto costituzionale di potestà legislativa. Si impone, dunque, alla legge statale di predisporre procedure che siano idonee a garantire la partecipazione regionale alle scelte da compiere in relazione a quegli ambiti rientranti, a norma dell'art. 117 Cost., nella loro competenza. L'obiettivo è quello di evitare il rischio che, in base al meccanismo suesposto, si verifichino espropriazioni di competenze legislative regionali da parte dello Stato. In conclusione, in virtù dei principi di sussidiarietà e adeguatezza è consentito allo Stato, sussistendo l'esigenza di esercizio unitario, di attrarre, insieme alla funzione amministrativa, anche quella legislativa, ma solo in presenza di una disciplina che prefiguri un *iter* in cui assumano il dovuto risalto le attività concertative e di coordinamento, oltretutto le intese, che devono essere condotte in base al principio di leale collaborazione. Difatti, in assenza di proceduralizzazioni di questo genere non sarebbe possibile valutare l'adeguatezza della scelta di un livello di governo per l'esercizio di determinate funzioni. Precisamente, verrebbe compromessa la giustiziabilità stessa del principio di sussidiarietà. In argomento, v. A. D'ATENA, *In tema di presidi procedimentali del principio di sussidiarietà*, in AA.VV., *Sovranazionalità europea: posizioni soggettive e normazione*, Torino, Giappichelli, 2000; L. CAPPUCCIO, *Leale cooperazione e sussidiarietà: affermazione di un modello nel diritto interno e comunitario*, in M. SCUDIERO, *Il diritto costituzionale comune europeo. Principi e diritti fondamentali*, Napoli, Jovene, 2002.

⁸⁶ L. VANDELLI, *Riflessioni a dieci anni dalla riforma del Titolo V: quali prospettive per il regionalismo italiano?*, in *Le Regioni*, n. 2-3/2011.

⁸⁷ Per più ampi approfondimenti sul tema della leale collaborazione, nella prospettiva della funzione procedimentale della sussidiarietà si rinvia a G. Scaccia, *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*, Napoli, ESI, 2009.

Del resto, la via appena indicata trae fondamento dai principi già enunciati dalla storica pronuncia della Corte costituzionale del 2003, che ha posto quale condizione di legittimità della «*chiamata in sussidiarietà*», quella di rispettare il principio di leale collaborazione, valorizzando, quindi, la funzione procedimentale della sussidiarietà, quale canone organizzativo che, mettendo a confronto potere centrale ed enti territoriali, consente di raggiungere un accordo in ordine ai contenuti dell'attività da svolgere⁸⁸.

Sì che, l'avocazione in senso ascendente della funzione legislativa sarebbe consentita solo in presenza di una disciplina che prefiguri un iter in cui assumano effettivo rilievo le attività concertative e di coordinamento, ovvero le intese, che devono esser condotte in base al principio di leale collaborazione⁸⁹. Difatti, è proprio grazie al ricorso a tali moduli procedimentali che si rende possibile un'effettiva valutazione della congruità della scelta di un livello di governo di avocare a sé l'esercizio di determinate funzioni⁹⁰.

La concezione della sussidiarietà in chiave procedimentale, così come elaborata dalla Corte, segue la prospettiva di non sindacare in concreto il rilievo nazionale degli interventi statali, rimettendo la valutazione al contraddittorio tra Stato e Regione.

Se ciò è vero, allo stesso modo anche l'attribuzione della titolarità delle funzioni dal livello centrale a quello locale deve essere procedimentalizzata, «*a garanzia dell'originaria ragionevolezza della stessa opzione distributiva, come prima base dell'organizzazione della funzione*»⁹¹.

In questo senso, e in mancanza di una camera delle regioni, non sembra azzardata la tesi di chi, da tempo, sollecita la necessità che le leggi regionali o statali di allocazione delle funzioni siano

⁸⁸ C. MAINARDIS, *Chiamata in sussidiarietà e strumenti di raccordo nei rapporti Stato-Regioni*, in *Le Regioni*, 2011, 455 ss.

⁸⁹ Sia consentito rinviare a M. INTERLANDI, *Autonomia differenziata*, cit.

⁹⁰ A. D'ATENA, *In tema di presidi procedimentali del principio di sussidiarietà*, cit.; L. CAPPUCCIO, *Leale cooperazione e sussidiarietà: affermazione di un modello nel diritto interno e comunitario*, in M. SCUDIERO, *Il diritto costituzionale comune europeo. Principi e diritti fondamentali*, Napoli, Jovene, 2002. Del resto, la Corte, valorizzando soltanto l'aspetto negativo della sussidiarietà, aveva privilegiato un impiego del principio non al fine di valorizzare l'autonomia territoriale ma, al contrario, al fine di legittimare l'avocazione al centro di competenze per la tutela di esigenze unitarie. Quindi limitando l'ente sussidiato in favore del sussidiante. Al contempo, per fare ciò, la Corte declina la sussidiarietà non in un'accezione statica, come fondamento di un ordine prestabilito di competenze, ma nella sua dimensione dinamica come «*fattore di flessibilità di quell'ordine in vista del soddisfacimento di esigenze unitarie*». Il che consente di valorizzare lo strumento della leale collaborazione in funzione applicativa del principio di sussidiarietà. In tal senso, F. CORTESE, *Le competenze*, cit.

⁹¹ F. CORTESE, *Le competenze*, cit.

supportate da una motivazione, intesa non come onere, ma come requisito procedurale rivolto a consentire un sia pure limitato sindacato di costituzionalità⁹².

Condivisibile o meno, tale suggerimento, a mio parere, può essere colto nella parte in cui evidenzia come la via della concertazione con gli enti primari, prodromica alla scelta legislativa circa l'allocazione del miglior esercizio delle funzioni, sia una via obbligata, poiché, come suggerisce autorevole dottrina, «*la differenziazione non può che passare attraverso forme di consultazione tra i soggetti dotati di potere legislativo e gli enti locali coinvolti nel processo di differenziazione*»⁹³.

Ed in questo senso, l'ipotesi di valorizzare il paradigma procedimentale della sussidiarietà consente di interpretare in una ottica sistematica, anche la previsione contenuta nell'art. 116, c. 3 Cost., secondo la quale il riconoscimento di ulteriori condizioni di autonomia è subordinata, alla consultazione degli enti locali, nel rispetto dei principi solidaristici di cui all'art. 119 Cost.

Alla luce di tali considerazioni, quindi, sembra consolidarsi l'idea che l'autonomia istituzionale ed organizzativa, nella prospettiva costituzionale della promozione della persona, può realizzarsi solo se ricorrono alcune condizioni: che lo Stato non rinunci ad esercitare la funzione unificante, attraverso il coordinamento delle funzioni, le quali devono rispondere ad un disegno unitario di crescita del benessere sociale, in termini di uguaglianza, sul modello già sperimentato delle aree interne; che la libertà di autodeterminazione delle regioni e degli enti locali sia concertata nel rispetto dei principi di adeguatezza e differenziazione.

Ed in questo scenario l'intesa e la cooperazione istituzionale, da un lato, e gli strumenti di attuazione consensuale, come l'accordo di partenariato, dall'altro, appaiono essenziali per compattare esigenze unitarie, nel rispetto della differenziazione⁹⁴.

⁹² In tal senso v., G. FALCON, *Modello e transizione*, cit., 1259; v., anche, P. VIPIANA, *Il principio di sussidiarietà "verticale". Attuazioni e prospettive*, Milano, Giuffrè, 2002, 203 ss.

⁹³ P. URBANI, *L'allocazione delle funzioni amministrative secondo il Titolo V della Cost.*, in *Le Regioni*, 2003, 459.ss. In questa prospettiva si collocano importanti pronunce della Corte Costituzionale, tra cui la n. 6/2004; nn. 50 e 51/2005; 242/2005; n. 31/2016. Analogo orientamento è stato espresso anche dalla sentenza n. 251/ 2016, che ha dichiarato l'incostituzionalità della legge di delegazione 124/2015, nella parte in cui prevedeva un parere anziché un'intesa per l'adozione dei decreti legislativi di attuazione della delega, può essere letta nell'ottica di estendere l'obbligo di collaborazione in relazione all'esercizio della funzione legislativa.

⁹⁴ Cfr. Relazione sulla giustizia costituzionale del 2020, in cui si evidenzia le disfunzioni del sistema attuale che ostacolano la piena realizzazione di tale collaborazione, in www.cortecostituzionale.it.

Non bisogna trascurare, infatti, che le sfide a cui sono chiamate le amministrazioni locali richiedono un impegno che, per quelle realtà di piccole dimensioni, e collocate in aree geografiche distanti dai principali servizi pubblici, può essere affrontato, oltre che con la collaborazione degli enti di governo superiore, con la collaborazione delle altre istituzioni del territorio che, al pari di esse, sono impegnate nelle funzioni di promozione del benessere sociale.

La SNAI, come si è visto, conferma la rilevanza del ruolo dei comuni per il contrasto delle disuguaglianze sociali tra le diverse aree del paese e all'interno delle stesse aree regionali. Tali enti, per il principio di prossimità, costituiscono l'unità di base del processo di decisione politica e, in forma di aggregazione, possono offrire lo spazio istituzionale per la produzione di servizi e la realizzazione dei progetti di sviluppo. In questo contesto, inoltre, l'esperienza raccolta nei comuni che hanno partecipato alla SNAI ha dimostrato che lo sforzo compiuto dai comuni per superare i limiti amministrativi è stato vissuto dai sindaci come occasione per rilanciare il proprio ruolo nello sviluppo de territorio⁹⁵.

La valorizzazione del ruolo degli enti locali che, in quanto istituzioni più prossimi ai cittadini, sono responsabili della effettività dei diritti fondamentali degli stessi, ha trovato ulteriore rilievo anche nel PNRR, che, non a caso, in tema di capacità amministrativa, sta spingendo l'azione del governo ad investire sul capitale umano, attraverso nuovi modelli di reclutamento nelle pubbliche amministrazioni e misure volte alla valorizzazione delle risorse umane, puntando sulla formazione del personale⁹⁶. Per innovare e modernizzare l'amministrazione locale, nel suo fondamentale ruolo di enti di prossimità in territori, soprattutto se esclusi dai circuiti di sviluppo più favorevoli, si è compresa l'importanza di promuovere non solo l'inserimento di nuovo personale per colmare le carenze sui diversi profili professionali comunali, ma anche politiche di ricambio generazionale e la ricerca di nuove professionalità.

⁹⁵ Sul punto v. M. INTERLANDI, L. FAMIGLIETTI, *Il ruolo dell'Università per le Aree Interne*, Psiche e Aurora editori, 2021.

⁹⁶ La Commissione, nel piano Next Generation EU ha sottolineato la necessità di definire una strategia e una visione complessiva del percorso di riforma e di innovazione organizzativa e di puntare su meccanismi di implementazione e attuazione efficaci e rapidi, nonché di creare strutturalmente capacità amministrativa attraverso percorsi di selezione delle migliori competenze e qualificazione delle persone. In attuazione di tali indicazioni il PNRR ha previsto infatti una riforma strutturale della PA, che deve tener conto «sia dei vincoli interni alla stessa, legati al necessario ricambio generazionale e all'adeguamento delle competenze, sia di quelli esterni, riconducibili ai ritardi nell'azione di semplificazione normativa e amministrativa e di digitalizzazione delle procedure». Cfr. Next Generation EU, in www.consilium.europa.eu.

6. La rilevanza sovranazionale degli enti locali: l'effettività dei diritti come nuovo paradigma dell'integrazione europea

L'opportunità di restituire centralità al ruolo delle autonomie locali, nel percorso verso la definizione di un nuovo modello di autonomia regionale, assume, specifico rilievo anche rispetto al processo di integrazione europea⁹⁷. Ed invero, dinanzi alla crescente sfiducia verso l'UE, come progetto istituzionale e politico, in grado di assicurare il benessere sociale della collettività⁹⁸, resa ancora più evidente nella situazione emergenziale determinata dalla pandemia Covid-19, il rapporto tra sovranità statale e sovranità europea reclama un cambio di paradigma, secondo cui l'elemento fondante del processo di integrazione non sia più solo l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione, ma l'uniforme attuazione dei diritti e delle libertà fondamentali.

Del resto, il livello di penetrazione della Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo nel nostro ordinamento, ha raggiunto una tale profondità, anche in virtù del ruolo sempre più incisivo della Corte Europea, da esigere una maggiore virtuosità da parte delle amministrazioni nell'esercizio di poteri restrittivi delle libertà fondamentali tutelate dalla Convenzione.

La prospettiva ipotizzata porterebbe con sé anche la possibilità di recuperare il valore delle identità, come il senso di appartenenza ad una comunità, che sia solo la sommatoria di tanti individui.

Sono sempre più convinta, infatti, che il recupero dell'identità costituisca una condizione essenziale della libertà individuale, soprattutto nell'era moderna dei social network, in cui la rete si configura sempre di più come la sede sociale "privilegiata" se non "esclusiva" della formazione della personalità degli individui.

⁹⁷ A. RUGGERI, *Integrazione europea e autonomia degli enti territoriali: simul stabunt simul cadent*, in www.consultaonline.it, 3/2017, in part. 412, rileva l'opportunità di ripensare al rapporto tra Unione europea e autonomia territoriale. V., anche, S. MANGIAMELLI, *Crisi economica e distribuzione territoriale del potere politico*, in www.rivistaaiic.it, 4/2013.

⁹⁸ La vicenda della "Brexit" ha aperto una breccia nei paesi dell'UE, diffondendo un sentimento di euosotticismo. In argomento, v. R. BIN, *Italexit? Come si potrebbe fare (se si può fare)*, in www.robertobin.it.

Tutto ciò avvalora ulteriormente l'idea che anche nel rapporto con le istituzioni europee, occorre rinforzare il valore procedimentale del principio di sussidiarietà, tanto più quando gli stati, quale sintesi dei diversi livelli di governo (statali, regionali e locali), sono chiamati a concorrere in maniera particolarmente significativa al conseguimento degli obiettivi di finanza pubblica determinati in sede europea.

In questo senso sono molte le sollecitazioni della dottrina verso una riforma del Comitato delle regioni di cui all'art. 35 del TFUE, che valorizzi la sussidiarietà proprio come strumento di raccordo che coinvolge anche il livello locale⁹⁹.

Infine, l'ipotesi di un'autonomia funzionale alla promozione dello sviluppo della persona, in cui sia riconosciuta maggiore centralità alle autonomie locali, potrebbe ulteriormente rafforzare lo stesso ruolo delle regioni nei rapporti con l'UE, innescando una competitività su scala regionale virtuosa, che spingerebbe le istituzioni locali e le parti sociali a riorganizzarsi sul piano amministrativo ed istituzionale per partecipare direttamente ai programmi di sviluppo finanziati dall'Unione europea.

Sotto questo aspetto, quindi, le Regioni potrebbero assumere un ruolo significativo quali enti di raccordo, di programmazione e di promozione di modelli istituzionali a supporto delle comunità locali, nell'attuazione delle funzioni finalizzate allo sviluppo del benessere della persona.

E ciò rafforza la convinzione, anche alla luce della drammatica pandemia che ha colpito il nostro paese, che rivalutare il principio di sussidiarietà, nella sua accezione di strumento procedimentale, costituisca una condizione necessaria per ripensare in chiave unitaria ad un progetto di autonomia innovativo, che possa differenziarsi in funzione di una migliore allocazione delle competenze istituzionali, per stimolare la creazione di nuovi e più efficaci modelli di sviluppo sociale.

Un'autonomia, quindi, che sia, in un'ottica multilivello, differenziata soprattutto in funzione della effettività dei diritti della persona.

⁹⁹ In argomento, v. A. MORELLI, *Le vicende del regionalismo in Europa*, in www.federalismi.it, n. 16/2018.

MASSIMILIANO BELLAVISTA
Professore Associato di Diritto Amministrativo presso il Dipartimento
di Scienze Politiche e Internazionali dell'Università di Siena
massimiliano.bellavista@unisi.it

AMMINISTRAZIONE PER FINI PUBBLICI, ORGANIZZAZIONE E PROCEDURE. UN PERCORSO

ADMINISTRATION FOR PUBLIC INTERESTS, ORGANIZATION AND PROCEDURE: A PATH

SINTESI

È certamente vero che la libertà e la tutela delle situazioni giuridiche fondamentali della persona nei confronti del potere pubblico è garantita dall'esistenza di una procedura amministrativa che sia dotata di adeguati strumenti giuridici idonei a garantire il contraddittorio fra essa e la pubblica amministrazione. Per questo motivo, ed a ragione, da molti anni la scienza del diritto amministrativo è stata impegnata a ricostruire il procedimento alla luce delle garanzie del processo; e con ciò recuperando il considerevole ritardo che si aveva rispetto ad esperienze straniere. Sul punto è sufficiente fare riferimento, non solo all'esperienza austriaca, ma soprattutto a quella inglese dove la lunga costruzione giurisprudenziale del procedimento amministrativo sul modello del processo iniziò alla fine del XVIII secolo. Nel condurre questa operazione, culturale prima che scientifica, spesso non si è tenuto dell'impatto che l'organizzazione amministrativa ha sulla procedura; in definitiva quando la persona aziona una pretesa nei confronti della p.a. entra in contatto con l'organizzazione amministrativa e l'essere parte (interessata) di una pubblica procedura alla fine significa essere esposti ai condizionamenti che l'organizzazione è in grado di esercitare sul procedimento. In tale senso, ritenere che l'attività amministrativa e l'organizzazione siano entità separate può essere di nocumento all'effettività della tutela delle pretese della persona. Di ciò si rese conto il legislatore costituzionale, tanto che dispose con l'art. 97, co. 2, cost. che l'amministrazione dovesse essere organizzata in maniera adeguata tanto da garantire il buon andamento e l'imparzialità della stessa. Su questa linea non solo è rilevante il perenne ed equivoco rapporto fra politica ed amministrazione (alla cui questione il legislatore ha, per certi versi, tentato di dare una soluzione, a partire dalla distinzione fra indirizzo politico ed attività amministrativa), ma lo è ancora di più la conformazione dell'organizzazione secondo modelli *aperti* o *chiusi*. Su questo versante, in parallelo alla cura delle garanzie procedurali, si gioca nel prossimo futuro la quantità e la qualità che delle tutele che l'ordinamento può offrire alla persona.

ABSTRACT

It is certainly true that the freedom and the protection of the individual's fundamental legal principles against public authority are ensured by the existence of an administrative procedure, equipped with appropriate legal instruments which guarantee the right to adversarial procedure

with the public administration. For this reason, and rightfully so, the science of administrative law has worked towards rebuilding the proceeding for many years, in the light of the guarantees offered by the procedure, thus catching up with the considerable delay on foreign states.

It is sufficient to refer to the experiences of Austria, and above all England, where the lengthy case-law construction of the administrative proceeding on the model of the administrative procedure was first established at the end of the 18th Century. A cultural rather than scientific operation, which however has often neglected the strong impact of the administrative organization on the procedure; ultimately, when someone makes a claim towards the public administration, they come in contact with the administrative organization, and to be part (or rather, to be concerned) in a public procedure is actually to be exposed to the constraints that the organization can exert on the proceedings.

In that sense, to think of administrative activity and administrative organization as two separate entities may be detrimental to the effective protection of the individual's claims. The Constitutional legislator was so aware of such risk that he provided, in article 97, subparagraph 2, that the administration must be adequately organized, as to guarantee its proper functioning and impartiality. Along this line, the perennial and equivocal relationship between politics and administration (to which the legislator somehow attempted to provide a solution, notably with the distinction between political and administrative activity) is substantial, but more than that, the structure of the organization according to open or closed models becomes relevant. In this regard, in the near future, alongside the concern for procedural guarantees, the quantity and quality of the safeguards that the legal system can offer to the individual will be at stake.

PAROLE CHIAVE: Organizzazione amministrativa – governo – procedura amministrativa – interessi individuali – interessi pubblici

KEYWORDS: Administrative Organisation – Government – Administrative Procedure – Individual Interests – Public Interests

INDICE: 1. Premessa. – 2. Buon governo e buona amministrazione. – 3. Organizzazione e procedura nella formazione dello stato moderno. – 4. (Segue) Formazione giurisprudenziale e formazione legale della procedura amministrativa. – 5. L'influenza esercitata dal modello austriaco – 6. La peculiarità delle soluzioni adottate nell'ordinamento nordamericano. – 6. Conclusione.

1. Premessa.

Si è soliti oggi volgere l'attenzione, quando ci si accosta al tema del potere pubblico, alla dimensione dell'attività piuttosto che a quella dell'organizzazione; come in passato, al contrario, era preponderante l'interesse verso l'organizzazione a discapito dell'attività.

Ciò lo si fa sul presupposto della immediata rilevanza di essa, come momento di contatto fra chi esercita una funzione pubblica e colui o coloro che sono in questa coinvolti.

In questo senso, si ha sempre presente il paradigma della giurisdizione dove la sua

formalizzazione è da sempre oggetto di riflessione, tanto da mettere in ombra, se non proprio far cadere nell'oblio, il margine organizzativo.

È evidente il debito che la scienza amministrativistica ha verso quella processualistica¹ nella costruzione del procedimento come modello di decisione aperto, partecipato e paritario²; ciò non toglie, però, che per tale debito si debba tenere in conto solo delle affinità fra procedimento e processo e non delle discriminanti fra giurisdizione ed amministrazione.

Oggi la distinzione fra giurisdizione ed amministrazione (sulla scorta del principio della separazione dei poteri o delle funzioni³) non si gioca più sulle divergenti modalità di attuazione della sovranità dello stato⁴ e neppure sulla differente guisa con la quale gli organi amministrativi, da un lato, e quelli della giurisdizione, da altro lato, darebbero seguito all'attuazione del diritto oggettivo⁵.

Le ragioni sono molteplici ed in questa sede possono solo essere sommariamente enumerate. In primo luogo, la carta costituzionale imputa la sovranità al consorzio sociale (e quindi alla persona, come suo elemento fondante) e non più allo stato (Art. 1, co. 2, cost.). In secondo luogo, la visione strettamente normativistica dell'attività di chi esercita una competenza legata ai pubblici poteri paga le conseguenze della sua eccessiva astrattezza; se è vero che la distinzione fra *Sein* e *Sollen* (per come essa fu disegnata da Hans Kelsen nella dottrina pura del diritto) ha segnato un

¹ Cfr. E. FAZZALARI, *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 861 ss.; E. FAZZALARI, *La dottrina processualciviltistica italiana: dall'azione al processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, p. 919 ss. Sul rapporto fra procedimento e processo si veda fra gli altri 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. e M. MONTEDURO, *Sul processo come schema d'interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande inammissibili o manifestamente infondate*, in *Dir. amm.*, 2010, p. 103 ss.

² F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975, p. 807 ss.

³ Sul principio, la bibliografia è sterminata, fra le altre si segnalano le seguenti opere H. Kelsen, *Die Lehre von drei Gewalten oder Funktionen des Staates*, in *Arch. für Rechts und Wirtschaftphi-los.*, 1923 – 1924, p. 374 ss.; F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1965, p. 48 ss.; G. SILVESTRI, (voce) *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, Giuffrè, 1985, p. 673 ss. Per un singolare spunto critico rispetto alla teoria montesquiviana, si veda L. PEREGO, *La dinamica della giustizia*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 331 s.

⁴ Sulla complessa fenomenologia della sovranità cfr. B. DE JOUVENEL, *De la Souveraineté*, Paris, Génin, 1955. Per un approccio antitetico, si veda H. Kelsen, *Das Problem des Souveränität und die Theorie des Völkerrecht. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre*, Tübingen, Mohr, 1920. Per un tentativo di lettura della sovranità in chiave decostruttiva, si veda per tutti G. BERTI, (voce) *Sovranità*, in *Enc. dir.*, Annali I, Milano, Giuffrè, 2007, p. 1067 ss.

⁵ Cfr. A. RASELLI, *Alcune note intorno ai concetti di giurisdizione ed amministrazione*, Roma, Athenaeum, 1926.

momento di evoluzione della scienza, perché è stata in grado di rendere evidente la razionalità del processo di formazione della norma giuridica, è altrettanto certo, però, che l'aver escluso dal contenuto della norma giuridica l'aspetto fattuale ha segnato un irrimediabile iato fra il diritto scritto e quello applicato.

La distinzione fra amministrazione e giurisdizione, in realtà, riposa sul diverso contenuto e sulle eterogenee finalità di cui le rispettive funzioni sono portatrici.

La giurisdizione, per così dire, guarda al passato ovvero ad un regolamento di interessi che si è formato e sul contenuto del quale, o sulla sua attuazione, si è radicata una lite (con l'eccezione della giurisdizione amministrativa di merito e della giurisdizione volontaria ordinaria).

L'amministrazione, al contrario, guarda al futuro (con l'eccezione, ad esempio, dei procedimenti sanzionatori), dal momento che è tenuta (o d'ufficio o su domanda di parte) a costituire un regolamento di interessi che le parti interessate non possono costituire autonomamente (con l'eccezione della segnalazione certificata d'attività).

In più, la giurisdizione si fonda su un ordine (quello della magistratura) che è formalmente autonomo ed indipendente da ogni altro potere (art. 104, co.1, cost.) e che per tale ragione non è (o non dovrebbe essere) suscettibile di essere edulcorato dal potere politico; la stessa cosa non vale per l'amministrazione che, invece, condivide l'organizzazione proprio con questo, con l'eccezione delle autorità amministrative indipendenti e, per certi versi, delle agenzie.

Sicché se per la giurisdizione l'organizzazione, per certi versi, potrebbe in linea astratta non essere così rilevante, dal punto di vista della scienza giuridica (sebbene la carenza di studi sul tema abbia creato non pochi problemi dal punto di vista operativo), la stessa cosa non può dirsi, neppure dal punto di vista astratto per l'amministrazione.

Organizzazione ed attività sono in perenne ed instabile equilibrio, dal momento che le esigenze di *governo* e quelle di *amministrazione* sono spesso divergenti.

La distinzione fra attività di indirizzo politico ed attività amministrativa trova giustificazione proprio sull'eterogeneità dei fini dei quali sono portatori governo ed amministrazione.

Se il governo si legittima sul consenso di un programma politico che rispecchia una *visione parziale della realtà*, l'amministrazione, al contrario, si legittima con la responsabilità sia verso il consorzio sociale sia verso la persona, ovvero con il dovere di avere, nel caso concreto, una *visione*

imparziale della realtà.

La qualcosa significa che la persona quando entra in contatto con la p.a. ha la necessità non solo di fruire di una procedura amministrativa (sul modello del processo) che gli garantisca ampi poteri di partecipazione, ma, financo, di beneficiare di un'organizzazione che sia in grado tanto di supportare la procedura, quanto di renderla effettiva, il tutto per la ragione che non ci può essere ordine isonomico nel procedimento amministrativo, se l'organizzazione amministrativa non è libera dal potere di governo.

Su questa linea i sintagmi *buon governo* e *buona amministrazione* (con tale locuzione non si intende fare riferimento al principio costituzionale di *buon andamento*) non possono coincidere, atteso il diverso sistema di legittimazione sul quale essi si fondano.

2. Buon governo e buona amministrazione.

Il lessema governo ha, com'è noto, dei tratti incerti ed indeterminati. Non a caso la scienza politica ha elaborato varie chiavi di lettura per poter comprendere un oggetto che risulta essere, in definitiva, inafferrabile.

Il tutto con la logica conseguenza che a tutt'oggi quando ci si accinge ad affrontare tale argomento, lo si può fare solo con la consapevolezza di offrire delle visioni parziali.

Per tale ragione, è sempre stato difficoltoso il dialogo, sul punto, fra giuristi e politologi. La prospettiva giuridica, però, se non è imprecisa, risulta essere alquanto riduttiva ed inadatta ad offrire uno sguardo d'insieme al fenomeno; dal momento che essa tenta di ridurre il tema alla questione, pur se relevantissima, delle forme di governo.

Se si volge lo sguardo all'origine della parola, sia nella versione del greco antico (*kubernēin*) sia in quella latina (*gubernaculum*), ci si può rendere conto che essa rimanda al senso di conduzione e di direzione.

Il condurre ed il dirigere, a loro volta, richiamano il tema dell'oggetto di questa attività; il quale altro non può essere in via immediata la persona, nella sua qualità di componente essenziale del consorzio sociale.

Se poi al sostantivo “governo” si apparenta l’attributo “buono” (al fine della formulazione dell’espressione “buon governo”), la questione assume dei connotati peculiari. Invero, il lemma “buono” può essere letto, in chiave morale, come ciò che ha come finalità il “bene” o, molto più semplicemente, come ciò che è “conveniente”.

In ambedue le accezioni, la combinazione dell’aggettivo con il sostantivo produce un sintagma che può essere descritto nella seguente maniera: il governo è buono qualora riesca a tracciare una direzione conveniente che la persona deve osservare (in forza di un comando), per ciò che essa non può fare autonomamente come singolo o come parte di una più ampia aggregazione sociale.

La descrizione, però, lascia in ombra alcune questioni decisive per ciò che attiene tanto all’essenza, quanto alle dimensioni del fenomeno esemplificato con il sintagma “buon governo”.

La prima è attinente alla scaturigine della decisione ossia all’individuazione sia della legittimazione soggettiva, sia delle modalità di formazione della stessa; mentre la seconda è riferita alla relazione fra lo spazio dell’attività di governo propriamente detta e lo spazio amministrativo, ovvero alla continuità oppure alla discontinuità fra governo e amministrazione.

Alle questioni delineate possono essere date soluzioni istituzionali diverse, con risultati che si pongono in antitesi fra di loro; dal momento che esse implicano l’adozione di modelli istituzionali eterogenei.

In primo luogo, la legittimazione soggettiva può essere imputata esclusivamente ad uno o più organi dello stato; la qual cosa significa che il potere decisionale sia concentrato nelle mani di un ristretto numero di persone.

La legittimazione soggettiva può avere un’imputazione per così dire diffusa; il tutto con la necessaria conseguenza che, pure, il potere di decidere sia ripartito fra più soggetti ovvero sia fra coloro che sono coinvolti nella fattispecie concreta.

In secondo luogo, ci possono essere spazi distinti fra governo e amministrazione oppure essi possono porsi come due cerchi concentrici facenti parte di uno stesso spazio: nell’ultima ipotesi il concetto di buon governo assumerebbe in sé, come sua declinazione, pure, quello di buona amministrazione; nel primo caso, invece, essi sarebbero due concetti distinti proprio per la ragione della loro pertinenza a spazi istituzionali non omogenei.

Nell'ipotesi di imputazione ristretta della legittimazione, si è in presenza di un modello istituzionale chiuso; il quale comporta che l'attività amministrativa sia unilateralmente dominata da un unico potere, quello pubblico.

In quella di imputazione allargata della legittimazione, si è in presenza di un modello istituzionale aperto; il quale consente che l'attività amministrativa si sviluppi nella dialettica fra poteri diversi, di natura pubblica e privata.

Al modello chiuso è coesistente l'unità di governo e amministrazione; mentre quello aperto ne postula la discontinuità.

Rilevanti sono le implicazioni, con riferimento alla formazione della decisione pubblica, dei due modelli.

In quello chiuso, buon governo e buona amministrazione coincidono; le scelte di governo sono, spesso, pure decisioni amministrative, poiché l'atto amministrativo (nella continuità fra governo e amministrazione) altro non è che la trasformazione e concretizzazione, in termini giuridici, di una decisione politica.

Su questa linea, il concetto di buon governo (e, quindi, di buona amministrazione) acquisisce una "connotazione autoritaria" (che può ben essere innestata, come l'esperienza dimostra, pure in sistemi democratici e liberali); per la ragione che la "bontà" del "governo" è parametrata al raggiungimento di un determinato risultato, per la cura di un interesse pubblico astrattamente predeterminato e, spesso, ostilmente preordinato nei confronti degli interessi della persona, la quale (nella relazione con la pubblica amministrazione) dallo status di "cittadino" passa a quello di "suddito" o tutt'al più a quello di "amministrato".

In tale modello, la guisa con la quale si perviene alla decisione pubblica, priva di una seria procedura amministrativa, è qualificabile a "giustizia perfetta o di risultato".

Nel modello aperto, il concetto di buon governo e quello di buona amministrazione sono necessariamente distinti; perché le pertinenti attività obbediscono a logiche istituzionali diverse: l'una è finalizzata alla costruzione di programmi, ad emanare direttive, atti d'indirizzo e ad allocare risorse; l'altra è, bensì, diretta a determinare regolamenti d'interessi che le parti private non possono formare autonomamente.

Sicché buon governo e buona amministrazione, in questo senso, assumono una

connotazione liberale o quanto meno non autoritaria; dal momento che, oltre il risultato, è rilevante la maniera con la quale si arriva ad esso. L'esistenza di regole procedurali aperte, sul modello di quelle del processo giurisdizionale, fanno sì che la formazione del regolamento d'interessi (che presiede alla cura tanto dell'interesse pubblico concreto, quanto degli interessi particolari) sia dominata sia dall'amministrazione procedente sia dalle parti interessate, in maniera tale da garantire alla persona il diritto di difesa nell'ambito dell'attività amministrativa.

Su questa linea, la parte privata, come cittadino e come coamministrante, è titolare di un potere procedurale che si incontra e si scontra con il potere pubblico e ne fa da contrappeso; il rispetto della regola del contraddittorio qualifica la modalità con la quale si perviene alla decisione pubblica a "giustizia imperfetta o di mezzi"⁶.

Affinché tale modello, però, si realizzi è necessario, da una parte, che l'organizzazione amministrativa sia distinta dal potere di governo⁷ e, dall'altra parte, che la stessa sia in grado di supportare una procedura aperta e flessibile ossia che essa medesima sia aperta e flessibile.

3. Organizzazione e procedura nella formazione dello stato moderno.

L'esperienza storica, l'evoluzione dei sistemi amministrativi, segna una singolare coerenza nell'avvicinamento dei due modelli, il cui discrimine è dato soprattutto, come si è visto, dalla presenza o dall'assenza di una procedura modellata sul processo giurisdizionale ed al contempo, dalla presenza o dall'assenza, di un'organizzazione adeguata ed effettiva.

Ciò vale tanto per gli ordinamenti dell'Europa continentale quanto per quelli dell'area anglosassone. Ma lo stesso discorso è estendibile a quelli dell'America latina per la circolarità dell'ordinamento spagnolo, dovuta alla comunità linguistica e culturale.

⁶ Cfr. Sul rapporto fra giustizia procedurale perfetta e quella imperfetta, si veda J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Milano, Feltrinelli, p. 84 ss.; J. FEINBERG, *Filosofia sociale*, Milano, Il Saggiatore, 1996, p. 202. Sulla c.d. giustizia procedurale pura, cfr. B. CELANO, *Giustizia procedurale pura e teoria del diritto*, in M. BASCIU (a cura di), *Giustizia e procedure*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 111. ss.

⁷ Cfr. G. BERTI, *L'amministrazione come libertà (dalla politica)*, in *Lo stato delle istituzioni italiane*, Milano, Giuffrè, 1994, p. 393.

È utile precisare che il concetto di procedimento amministrativo non è una costruzione giuridica contemporanea, dal momento che esso affonda le radici nella storia dell'esercizio dei pubblici poteri.

Durante l'Ancient Regime, in assenza di libertà politiche ed economiche, proprio l'esercizio di poteri che oggi chiamiamo amministrativi conosceva mezzi di tutela della persona nei confronti del potere monarchico.

Questi mezzi di tutela erano organizzati in una procedura aperta e partecipata; non era infatti un caso che l'attività amministrativa e quella giurisdizionale appartenessero alla stessa categoria della *Iurisdictio*.

Quindi già allora esisteva un procedimento amministrativo che condivideva con quello giurisdizionale le stesse garanzie; tanto è vero che il governo monarchico assoluto, per avere maggiore libertà, tentò (spesso senza riuscirci) la creazione di classi di atti amministrativi senza procedimento amministrativo⁸.

Il tutto, e qui sta il paradosso, a fronte di un'organizzazione dei poteri pubblici formalmente chiusa, fondata con criteri fiduciari ed autocratici; dove in linea astratta doveva essere garantita la continuità fra il potere del sovrano e quello sia dell'intendente sia dell'organo collegiale, a seconda delle rispettive competenze.

Ciò fu causato, probabilmente, dalla forza attrattiva della *Iurisdictio* che fu in grado di smussare, per certi aspetti, le asperità autoritarie dell'organizzazione amministrativa; in definitiva, la proceduralità dell'attività amministrativa fu capace di prevalere sull'organizzazione, rendendo già allora palese il dialogo ed il contrasto fra attività amministrativa ed attività di governo.

Dopo la rivoluzione del luglio 1789, la situazione mutò. L'attenzione dell'opinione pubblica fu rivolta principalmente alla conquista delle libertà politiche ed economiche, così cadde nell'oblio il sistema delle libertà civili nei confronti della pubblica amministrazione.

Sotto il sistema monarchico assoluto, l'unità dell'organizzazione aveva mostrato significativi segni di cedimento: la crescente dilatazione territoriale degli stati poneva seri problemi di coordinamento, di controllo e di efficienza.

⁸ Sul punto si veda, M. FOUCAULT, *A verdade e las formas juridicas* (1973), trad. it. in *Antologia. L'imparzialità e la libertà*, 3^a ed., Milano, Feltrinelli, 2008, p. 92 ss.

Cosicché, le riforme napoleoniche ridisegnarono l'unità dell'amministrazione su basi burocratiche, ossia professionali, congedandosi definitivamente dall'impianto fiduciario e, in talune ipotesi, meritocratico del cessato ordinamento giuridico.

L'illusione squisitamente illuminista che il potere politico fosse concentrato nell'assemblea deputata all'attività legislativa e che quello di governo dovesse dare solo esecuzione alle leggi, rese accettabile la cancellazione delle antiche guarentigie.

La fallacia illuminista sta proprio nell'aver ritenuto che il potere di governo, ancorché non neutrale (quindi politico) potesse essere imbrigliato completamente dalle forme della legge scritta; e che, dunque, le libertà (e la loro tutela) potessero essere indifferenti, ossia non trarre nocumento, dalla perfetta coincidenza fra governo ed amministrazione.

L'aspettativa che questa fosse in grado, da sola, di garantire le libertà conquistate si tradusse ben presto in una semplice speranza e lo stesso legislatore napoleonico conscio di ciò provvide, in talune ipotesi per la tutela di alcuni diritti fondamentali (quali quello di difesa avverso il potere disciplinare e quello di proprietà nei confronti del potere espropriativo), a reintrodurre il procedimento amministrativo.

Il caso dell'espropriazione è emblematico del peculiare rapporto fra organizzazione ed attività amministrativa e lo si può cogliere, ad esempio, nel decreto dell'11 luglio 1813, per l'allora Regno d'Italia.

Esso prevedeva diversi livelli di amministrazione e la competenza di eterogenee organizzazioni giuridiche.

Quella che oggi definiamo la fase della dichiarazione di pubblica utilità dell'opera era di competenza esclusiva del governo (formalmente del sovrano, nella persona del viceré, sostanzialmente del ministro competente), il quale operava in maniera unilaterale ed insindacabile; in questo senso vi era perfetta coincidenza fra buon governo e buona amministrazione e, pertanto essa aveva una connotazione squisitamente autoritaria, per non dire arbitraria.

L'individuazione dei terreni da espropriare era, invece, rimessa all'amministrazione periferica, era assistita da adeguate garanzie di partecipazione ed era sindacabile; in questo senso si può ammettere che non vi era coincidenza fra buon governo e buona amministrazione, di modo che tale fase perdeva i connotati autoritari della precedente.

L'espropriazione vera e propria era bensì rimessa all'autorità giudiziaria ordinaria; il fatto che al giudice ordinario fosse affidata la funzione di controllo sull'attività espletata dall'amministrazione (con l'esclusione di quella esercitata dal governo) assieme alla decisione sull'espropriazione non sembra spiegabile per una sorta di effetto ritorno dell'antica Iurisditio. Certo è che si guarda al breve lasso di tempo intercorso per la transizione fra i due ordinamenti giuridici, tale spiegazione sarebbe in linea astratta ammissibile; se, però, si tiene conto dell'effetto dirompente, a livello tanto politico quanto istituzionale, che ebbe la cesura della rivoluzione di luglio, la ricordata spiegazione risulta essere non convincente o meglio la stessa poteva stare nelle possibilità, ma non nelle probabilità.

È verosimile, piuttosto, che ci si fosse resi conto di quanto la nuova organizzazione amministrativa, per come essa era stata pensata e costruita, fosse inadatta a gestire un procedimento (o meglio una parte dello stesso) formalmente e sostanzialmente aperto alla partecipazione delle parti interessate.

Per evitare, probabilmente, che le garanzie procedurali fossero rese vane dalla prassi operativa dell'amministrazione, si preferì affidare la conclusione del procedimento al giudice ordinario (il quale aveva cognizione, pure, sugli eventuali reclami per la violazione delle norme sul contraddittorio), che era in una posizione di autonomia rispetto al potere di governo. L'esempio fatto mostra, in maniera emblematica, che ciò che è buono per l'attività di governo non è necessariamente acconcio per quella amministrativa; da momento che i fini che presiedono all'attività della prima si disegnano attorno ad una visione parziale delle realtà, mentre quelli attinenti alla seconda si abbozzano intorno ad una visione imparziale della realtà.

L'Europa continentale fu permeata dall'ideologia napoleonica, con riguardo alla configurazione giuridica dei poteri amministrativi, anche dopo la restaurazione; lo stesso Gian Domenico Romagnosi, in Italia, nei suoi celebri Principi di diritto amministrativo (la cui prima edizione era del 1813, vicina, quindi all'epilogo dell'epopea napoleonica) sostenne con forza l'unilateralità dell'attività amministrativa a discapito del procedimento amministrativo⁹.

⁹ Per attuare tale disegno, Romagnosi dovette eliminare ogni forma partecipativa all'attività amministrativa da parte dei cittadini. Le ragioni che presiedevano alla svalutazione del procedimento amministrativo sono indicate dall'Autore nel celebre e criptico § 18 delle Istituzioni (poi diventate Principi) del 1814. Cfr. G.D. ROMAGNOSI, *Principj fondamentali di diritto amministrativo. Onde tesserne le istituzioni*, 3^a ed., Prato, Stamperia Guasti, 1835, p. 17. Sul

Con l'avvento, negli ultimi venti anni del secolo XIX, del germanesimo (ossia della pandettistica germanica), che influenzò in maniera decisiva la dottrina italiana (sino ad allora adagiata sul metodo esegetico di matrice francese), la situazione non mutò; infatti, il diritto amministrativo, in quel periodo, venne costruito sulle categorie del diritto privato, con la conseguenza che l'atto amministrativo, frutto di una fittizia volontà dell'apparato, doveva essere, per forza di cose, unilaterale.

In questo senso, gli studi in Italia si concentrarono sulla costruzione dell'atto amministrativo e dell'amministrazione come soggetto giuridico. Mentre con riguardo al primo l'attenzione della dottrina fu puntuale ed accurata, con sofisticatissimi risultati dal punto di vista scientifico (sulle orme delle possenti costruzioni concettuali germaniche), la stessa cosa non si ebbe per l'organizzazione, che veniva solo descritta con precisione.

Salvo l'eccezione dell'opera di Santi Romano, il quale, con la teoria dell'ordinamento giuridico, pose solide basi per lo studio delle organizzazioni giuridiche.

In ambedue i casi, rimase nell'oblio l'attività amministrativa che fu assorbita dall'organizzazione, non potendo essa entrare in contatto con la staticità dell'atto amministrativo; Il quale era e doveva rimanere il risultato giuridico, come si è visto, della manifestazione di volontà dell'amministrazione soggetto e, quindi, dell'organizzazione amministrativa.

Sicché, in questo caso, con la concentrazione del potere amministrazione nelle mani del vertice dell'organizzazione governo ed amministrazione finivano per coincidere in maniera perfetta.

Con la conseguenza che qualsiasi contatto formale fra persona ed amministrazione fu relegata nel ristretto ambito della figura degli atti giuridici, sia che essi si sostanziassero in semplici postulazioni (finalizzate ad invocare una particolare manifestazione della allora volontà amministrativa) oppure in atti amministrativi negoziali¹⁰.

La coincidenza perfetta fra governo ed amministrazione, nel livello organizzativo, esigeva il

punto si permetta il rimando a M. BELLAVISTA, *Il rito sostanziale amministrativo*, parte I, Contenuto e struttura, Padova, Cedam, 2012, p. 29 ss.

¹⁰ Sugli esiti, talune volte, autoritari della costruzione volontaristica del diritto, si veda A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*, parte prima, *Il concetto di diritto*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 103 ss.

completo dominio sull'attività amministrativa e pertanto, come si è visto, non vi poteva essere spazio per la procedura amministrativa¹¹.

In questo senso, è emblematica la coeva esperienza spagnola. Nel 1889 fu emanata una legge generale sul procedimento amministrativo, la cui disciplina, però, per essere effettiva necessitava di un successivo processo di regolamentazione attuativa; esso si rendeva necessario per l'individuazione delle modalità organizzative necessarie ad istituire e far funzionare il procedimento amministrativo. L'organizzazione amministrativa del tempo, fortemente dominata da quella di governo, risultava essere inadatta al raggiungimento di tale scopo minimo (ovvero di dare attuazione ad una legge dello stato) giacché inidonea ad operare mediante modelli procedurali.

Il risultato fu che mai furono emanati siffatti regolamenti attuativi e quella disciplina sul procedimento rimase lettera morta.

4. Formazione giurisprudenziale e formazione legale della procedura amministrativa.

In maniera diversa andò in Austria. nel 1875, venne costituito il Supremo Tribunale Amministrativo che aveva, pure, come compito quello di annullare gli atti amministrativi che fossero stati emanati in violazione delle norme essenziali sulla procedura amministrativa.

Ma nell'ordinamento austriaco di quel tempo non esisteva una legge che disciplinasse la materia, tale da rendere evidenti quali fossero le forme essenziali di tale procedura.

Così la giurisprudenza amministrativa (allo stesso modo in cui il Consiglio di Stato francese aveva creato il vizio di illegittimità degli atti amministrativi per sviamento di potere – *Détournement*

¹¹ Cfr. M. BRACCI, *Dell'atto complesso in diritto amministrativo*, Siena, Scuola Tip. Sordomuti, 1927, p. 34 s. La ricostruzione dell'atto amministrativo, come manifestazione di volontà, prevalente in Italia ed in Germania nella prima metà del secolo scorso, peraltro mal si conciliava con la concezione di procedimento amministrativo. I tentativi di combinazione, sebbene effettuati da importante dottrina, non sortirono effetti apprezzabili. Su di essi, si veda U. FORTI, *Atto e procedimento amministrativo*, in *Studi in onore di Oreste Ranalletti*, vol. I, Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani (Cedam), 1931, pp. 439 ss. Nondimeno, già prima della celebre opera di A.M. Sandulli, ci furono in Italia degli eccellenti studi sul procedimento, sul punto si veda G. MIELE, *Alcune osservazioni sulla nozione di procedimento amministrativo* (1933), in *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1987, p. 119 ss.

de Pouvoir – sulla cui figura la giurisprudenza svilupperà l'eccesso di potere¹²) avviò l'elaborazione delle forme essenziali del procedimento amministrativo; per fare ciò essa prese a modello le disposizioni contenute nell'Ordinanza di Klein, che disciplinava il processo civile.

La giurisprudenza austriaca fu così importante da permettere lo sviluppo di una compiuta teoria sul procedimento amministrativo grazie a F. Tezner (per anni presidente della corte amministrativa), il quale nel 1896 pubblicò l'eccellente manuale sulla procedura amministrativa (probabilmente il primo edito al mondo sull'argomento)¹³.

In soli venti anni, a Vienna fu costruito il procedimento amministrativo non solo come modello pratico, ma pure come modello scientifico. Nel 1925 fu, poi, emanata la legge generale sulla procedura amministrativa, in vigore ancora oggi, che rispettava i canoni processuali acquisiti grazie alla giurisprudenza e perfezionati dall'opera di giuristi come Hans Kelsen ed Adolf Merkel¹⁴.

Si affermò, pertanto, un modello austriaco di decisione pubblica “aperto e partecipato” che sin da subito si contrappose a quello germanico, chiuso ed inquisitorio, fondato sulla predominanza dell'atto amministrativo costruito da Gerber, Laband, ma soprattutto da Otto Mayer¹⁵.

L'Inghilterra ebbe un percorso simile a quello austriaco, ma con un periodo di gestazione maggiormente dilatato nel tempo, pur approdando ai medesimi risultati dell'Austria.

In tale paese, l'attività amministrativa era disciplinata dalle norme di diritto comune; quindi essa era senza garanzie per il fatto che l'atto amministrativo era una *one – side transaction* ovvero un negozio giuridico unilaterale.

La House of Lords (in sede di giudice di ultima istanza), però, dalla fine del XVIII iniziò, con una serie di pronunce a conformare, per casi specifici, la produzione della decisione amministrativa a quella giurisdizionale. L'evoluzione, però, non semplice, dal momento che aver la piena

¹² Sul punto si veda C. MORTATI, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, Roma, Off. Tip. Roberto de Luca, 1935, p. 119 ss.

¹³ Prima di tutto, si deve fare riferimento alla classica opera di F. TEZNER, *Handbuch des Österreichischen Administrativverfahrens*, Wien, Manz, 1896.

¹⁴ Si veda, in proposito, la notazione sull'appartenenza della teoria del procedimento (e la sua processualizzazione) alla *Kulturstaat* moderna di H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, J. Springer, 1925, trad. it. *Dottrina generale dello Stato*, a cura di J. LUTHER e E. DALY, Milano, Giuffrè, 2013, p. 539.

¹⁵ Sul procedimento amministrativo austriaco si veda D. Kolonovits – G. Musak – K. Stöger, *Grundriss des Österreichischen Verwaltungsverfahrenrechts*, Wien, Manz, 2019; C. SCHRAMEK, *El procedimiento administrativo austriaco*, in *Estudios sobre el procedimiento administrativo*, vol. I, *Derecho comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 59; R. WALTER – R. THIENEL, *Die Österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze*, Wien, Manz, 2004.

conformazione del procedimento amministrativo al processo giurisdizionale si dovrà aspettare la sentenza per la causa *Ridge v. Baldwin* del 1966¹⁶.

È possibile notare che, in questi ultimi due esempi, la procedura amministrativa si è affermata senza che l'organizzazione potesse impedirlo o, in alternativa, che ne potesse condizionare il contenuto.

Tale fenomeno si giustifica per la differente origine della disciplina del procedimento: l'una, quella della Spagna, legislativa le altre giurisprudenziali.

In via giurisprudenziale, il procedimento amministrativo ha maggiori possibilità di affermazione, dal momento che la decisione del giudice, sulla spinta del fatto, risulta essere autonoma da considerazioni di tipo organizzativo e l'organizzazione, alla fine, è costretta ad adeguarvisi.

La qual cosa vale tanto in sistemi di *common law*, dove il precedente giurisprudenziale ha una precisa collocazione nelle fonti di produzione del diritto, quanto in quelli di *civil law*, a condizione che la decisione non sia estemporanea, ma faccia parte di un consolidato orientamento della giurisprudenza; la differenza fra i due sistemi, semmai sta nel fatto che in regime di *civil law* alla fine il riconoscimento legislativo dei risultati ottenuti è necessario (come è accaduto in Austria), mentre in quello di *common law* non necessariamente è così (in Inghilterra, differenza che negli Stati Uniti d'America, non è intervenuta una legge scritta a razionalizzare la disciplina della procedura amministrativa).

In via legislativa, invece, il procedimento fatica ad affermarsi quando l'organizzazione non è pronta a recepirne la disciplina ed anzi, in questo caso, è proprio l'organizzazione ad avere l'ultima parola piuttosto che il legislatore.

La via giurisprudenziale, tuttavia, ha un maggiore costo sociale rispetto a quella legislativa:

¹⁶ In tema cfr. D.J. GALLIGAN, *La discrezionalità amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 327 ss. e p. 335 ss.; H.W.R. WADE, C.F. FORSYTH, *Administrative Law*, 10^a edition, Oxford, Oxford Univ. Press, 2009, p. 402 ss.; T. HENDICOTT, *Administrative Law*, Oxford – New York, Oxford Press, 2011, p. 113 ss. In generale, cfr. G. GANZ, *Administrative procedures*, London, Sweet & Maxwell, 1974. Per la portata della *Natural Justice* prima del 1963, si veda W.A. ROBSON, *Justice and Administrative Law*, London, Stevens & Sons limited, 1951, p. 1 ss. e 325 ss. Per la descrizione delle garanzie procedurali della *Natural Justice*, anche, prima della sentenza *Ridge v. Baldwin* cfr. G. VALENTI, *Natural Justice e giusto procedimento* in www.ilmerito.org.

prima di tutto, è indispensabile l'esistenza di un fatto; secondariamente, è basilare che la giurisprudenza sia storicamente pronta cogliere lo spirito del tempo e, perciò a tenere un atteggiamento non conservatore nei confronti della spinta che proviene dal fatto.

Tutto ciò può accadere solo se vi è un adeguato stato di maturazione del consorzio sociale ossia se le persone che lo compongono siano consapevoli dei propri diritti ed al tempo stesso esse siano intenzionate a sopportare gli oneri, anche economici, per farli valere.

Il costo della via giurisprudenziale sta proprio nell'esistenza e nel livello di consapevolezza sociale; e, in ragione di ciò, il suo viaggio può essere più o meno lungo e tortuoso come ci dimostrano i differenti cammini che furono percorsi dalla giurisprudenza inglese e da quella austriaca.

5. L'influenza esercitata dal modello austriaco.

Il modello austriaco influenzò profondamente una parte della dottrina italiana, in particolare giuristi come Feliciano Benvenuti¹⁷, Giorgio Berti¹⁸, Giorgio Pastori¹⁹; prepararono il terreno intellettuale, a partire dagli anni cinquanta del secolo scorso, all'emanazione della legge italiana sul procedimento amministrativo del 1990.

I giuristi di tale scuola, si resero ben presto conto dell'importanza che aveva l'organizzazione sul procedimento e si impegnarono a ricostruire il rapporto fra organizzazione ed attività in maniera tale che l'organizzazione (non solo dal punto di vista scientifico, ma pure da quello operativo) potesse essere in grado di accogliere e gestire la procedura amministrativa.

Ci vollero anni affinché l'ambiente sociale ed istituzionale fosse pronto per accogliere la legge sul procedimento amministrativo e ci vollero più di un decennio (a seguito dell'emanazione della

¹⁷ Cfr. F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1952, p. 118 ss. Per una recente lettura dell'opera del maestro veneziano, cfr. L.R. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2017, p. 99 ss.

¹⁸ Cfr. G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968, p. 157 ss.; G. BERTI, *La definitività negli atti amministrativi*, in *Arch. giur.*, 1965, p. 80 ss.

¹⁹ G. PASTORI, *La burocrazia*, Padova, Cedam, 1967. G. PASTORI, *Introduzione*, in *La procedura amministrativa*, Milano, Neri Pozza, 1964, p. 95 ss.

L. 7 agosto 1990, n. 241) per ottenere un soddisfacente coordinamento fra procedimento ed organizzazione²⁰.

In definitiva, la disciplina positiva della procedura amministrativa fu fortemente voluta dalla dottrina, la quale fu sempre consapevole della difficoltà di armonizzazione che la stessa avrebbe avuto con la tradizionale struttura dell'organizzazione.

La stessa cosa può dirsi con riguardo alla Spagna, dopo gli insuccessi dei decenni precedenti, fu emanata, nel 1958 (*Ley de 17 de julio* 1958), una legge sul procedimento amministrativo che riuscì ad avere una certa copertura amministrativa da parte dell'organizzazione (sebbene, allora, la funzione di governo fosse preponderante su quella amministrativa) fu anche in questo caso, voluta dalla dottrina e servì, per quanto ciò fu possibile, a temperare (almeno nel settore dell'attività amministrativa) la tirannia del regime franchista. Sebbene tale collegamento non sia ad oggi posto nella giusta luce essa fu debitrice di quella austriaca del 1925 e per rendersene conto è sufficiente cogliere l'omogeneità, nelle due leggi, dei principi che disciplinano la trattazione e la forma della prova ossia il richiamo alla "verità materiale" ed alla cura dei diritti e degli interessi delle parti private assieme a quella dell'interesse pubblico (principi che ad esempio non si trovano espressi né nella legge italiana del 1990 e neppure in quella federale germanica del 1977). Ancor più debitrice del modello austriaco sono le successive leggi spagnole sul procedimento amministrativo ovvero quella del 1992 (*Ley de 26 de noviembre de 1992, n. 30*) e quella del 2015 (*Ley de 1º de octubre de 2015, n. 39*)²¹.

Grazie alla circolarità della cultura e della lingua spagnola, il modello austriaco ha permeato in maniera anche in questo caso non del tutto consapevole negli ordinamenti giuridici del centro e del sud America²².

Un caso a parte è quello messicano che è molto più simile a quello italiano, piuttosto che a quello spagnolo, almeno sino alla seconda metà del '900.

Il modello di riferimento era pur sempre quello napoleonico fondato sul principio gerarchico,

²⁰ Per la descrizione di tale percorso, ci sia permesso il rimando a M. BELLAVISTA, *Giusto processo come garanzia del giusto procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 618 ss.

²¹ Sul procedimento amministrativo spagnolo, cfr. D. J. VERA JURADO, *Questiones generales de procedimiento administrativo*, in *Tratado de Procedimiento administrativo común y Régimen jurídico básico del sector público*, diretto da EDUARDO GAMERO CASADO, t. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 1270 ss.

²² Per l'Argentina si veda L.R. Carranza TORRES, *El procedimiento administrativo nacional*, Buenos Aires, Legis, 2008, p. 31 ss.

sull'unilateralità dell'attività amministrativa, sulla segretezza, sul predominio dell'atto amministrativo, sull'assenza del procedimento amministrativo e, soprattutto, sulla continuità fra governo ed amministrazione.

Sulla stessa linea, si pone lo sviluppo dell'ordinamento messicano, nella prima parte del secolo XX, sebbene la carta costituzionale del 1917 affermasse oltre al principio di legalità, quello di partecipazione ed il dovere di motivazione degli atti amministrativi, e, infatti, nessuna importanza veniva data al procedimento amministrativo.

A partire dalla seconda parte del secolo XX, la situazione iniziò lentamente a cambiare, il concetto di procedura amministrativa cominciò ad affermarsi. E con ciò si avviò lentamente il cambio di paradigma ovvero si preparò il terreno all'avvicinamento fra il modello chiuso e quello aperto.

Una spinta decisiva, in tale senso, fu data dalla giurisprudenza della Corte Interamericana per i diritti umani; la quale non solo affermò la necessità del procedimento amministrativo, ma ne colse le connessioni con il processo giurisdizionale; nel senso di dare al procedimento la struttura del processo (pur con tutte le inevitabili differenziazioni), al fine di garantire il diritto di difesa della parte privata ed il principio di trasparenza.

Sulla spinta della giurisprudenza sovra statale fu emanata la *Ley 4 de agosto de 1994* (legge federale messicana del procedimento amministrativo) che risponde, infatti, ai principi stabiliti dal tribunale per i diritti umani²³; essa ha molti elementi in comune con quella spagnola e, quindi, in via mediata con quella austriaca del 1925.

Anche in questo caso, è stato decisivo il ruolo della giurisprudenza, ancorché non interna, per superare tutti gli ostacoli di carattere organizzativo per l'emanazione e l'attuazione della disciplina sulla procedura amministrativa.

6. La peculiarità delle soluzioni adottate nell'ordinamento nordamericano.

²³ Sul punto si veda M. ESPINOSA, *Ley Federal de Procedimiento Administrativo. Comentada*, 10ª edición, Ciudad de Mexico, Editorial Porrúa, 2019.

In questa breve (e necessariamente insufficiente) rassegna, un discorso a parte deve essere fatto con riguardo all'esperienza nordamericana.

Gli ultimi tre periodi di sviluppo di quell'ordinamento, con riguardo all'organizzazione dei poteri amministrativi sono: il *New Deal* (che va dal 1933 al 1946); il *Modern Administrative State* (che va dal 1946 al 1964); il *The Activism of the Public Interest* (che va da 1964 al 1977); il *The Retrenchment of the Deregulation* (che va dal 1978 e che perdura sino ad oggi; pur messo in crisi dal fenomeno del diritto amministrativo globale e dal ritorno del Public Interest per ragioni sociali ed ambientali)²⁴.

A seguito della grande depressione, fu implementato l'intervento pubblico sulla società, soprattutto con riguardo ai bisogni derivanti dalla necessità di rilancio ed alla lotta causata dal crollo dell'economia.

Ancorché quello fosse un periodo di intervento pubblico senza precedenti (nato per crisi e perdurato a seguito dell'entrata degli Stati Uniti nel secondo conflitto mondiale), cominciò a maturare la consapevolezza della necessità di distinguere il livello organizzativo dell'amministrazione da quello di governo: l'amministrazione, chiamata ad affrontare questioni sempre più complesse, necessitava di un approccio professionale che i legami con la politica non sempre permetteva.

Nel secondo dopoguerra, quella che poteva essere un'intuizione divenne piena consapevolezza e, con la medesima si affermò, pure quella della necessità di protezione dell'*Individual Interest* già sul piano dell'attività di formazione della decisione amministrativa; per tale motivo fu emanata nel 1946 la legge sulla procedura amministrativa federale (*APA – The Administrative Procedure Act*) che disegna (visto che è tutt'ora in vigore) un modello di procedimento aperto e paritario non solo per la *formazione delle decisione amministrativa*, ma anche per quella della *regola amministrativa* (Artt. 4 ss. APA). In ciò a differenza degli ordinamenti dell'Europa continentale dove è evidente l'affievolimento delle garanzie procedimentali, per esempio, nei procedimenti di pianificazione urbanistica rispetto al procedimento ordinario.

Nel terzo periodo, fra quelli presi in considerazione vi è una rivalutazione del *Public Interest* non tanto a danno degli interessi individuali, ma quanto nel senso dell'implementazione

²⁴ A tal proposito, si veda K. WERHAM, *Principles of Administrative Law*, St. Paul, Thompson – West, 2008, p. 18 ss.

dell'intervento dello stato federale nelle dinamiche sociali.

Gli obbiettivi erano, da un lato, la guerra alla povertà e, dall'altro lato, l'affermazione dei diritti civili contro ogni forma di discriminazione della persona, al tempo soprattutto razziale.

La rivalutazione del *Public Interest* si giocò su vari livelli; sia su quello normativo, sia su quello di governo²⁵. E su questo nemmeno rimase indifferente l'organizzazione amministrativa, la quale ritrovò per certi versi una comunanza con la politica.

Su questa linea di tendenza, affiorarono dei modelli di amministrazione, la cui organizzazione era fortemente modellata su criteri che potrebbero essere definiti politici. Ad esempio, la c.d. *New Public Administration* (NPA) prevedeva, fra le altre cose, che la composizione del personale appartenente ad una particolare amministrazione dovesse rispecchiare la composizione sociale del territorio sul quale la stessa doveva operare (se la maggioranza della popolazione fosse stata afroamericana, lo avrebbe dovuto essere, pure, quella dell'amministrazione di riferimento).

La lotta, in questo caso, per l'affermazione dei diritti civili si giocò non solo sul piano normativo e sociale, ma financo su quello delle singole strutture organizzative pubbliche.

La qual cosa non causò una svalutazione della procedura ed una conseguente compressione dei diritti procedimentali, dal momento che l'organizzazione, nonostante l'aggressiva invadenza della politica, non tendeva ad essere meno inclusiva, semmai il contrario.

La persona rimaneva in posizione di centralità per l'ordinamento giuridico nordamericano; si voleva piuttosto che essa fosse effettiva per tutti.

Le soluzioni di governo e di amministrazione, invero, potevano non essere convincenti o perché limitate nel tempo o per la ragione della loro inadeguatezza organizzativa: la politica monetaria della seconda parte degli anni sessanta favorì la piena occupazione, ma l'inflazione finì fuori controllo, causando il crollo della borsa nel 1968, e rimase a livelli elevati per molti anni; la particolare modalità di reclutamento del personale, della *New Public Administration* (ove tale modello fu applicato), non necessariamente garantiva che fosse scelto il candidato migliore sotto il profilo professionale e non solo.

Al limite, l'inefficienza dell'amministrazione procurava nocimento all'effettività delle pretese

²⁵ Cfr. K. WERHAM, *Principles of Administrative Law*, cit., p. 23 ss.

della persona nei confronti del potere pubblico, poiché essa a cascata generava inefficienza nella gestione della procedura amministrativa.

In definitiva, come era accaduto nel secondo dopoguerra, l'invasione della politica nell'amministrazione risultava creare più problemi di quanti pretendeva di risolvere.

Una questione simile si era posta in ambito commerciale, nel rapporto fra gli assetti proprietari e la gestione dell'impresa²⁶, e si era notato che la coincidenza fra proprietà e gestione non solo era meno efficiente, ma peccava di visione strategica tanto dal punto di vista dell'attività, quanto da quello dell'organizzazione.

Così alla fine degli anni settanta del secolo scorso prese l'abbrivio un ulteriore periodo, quello della deregolamentazione che portò, dal punto di vista delle scelte di governo, al restringimento delle competenze dell'amministrazione pubblica (ma anche dei servizi forniti alla persona, per la riduzione della spesa pubblica) e, da quello dell'organizzazione, alla riconquistata autonomia dell'amministrazione rispetto alla politica.

In tale periodo, nacque la scuola della c.d. *New Public Management* (NPV) volta a conformare l'organizzazione pubblica a logiche meramente aziendalistiche²⁷. Tale corrente ha subito numerose critiche²⁸, soprattutto dalla scuola del *Public Value* (PV), le quali (prendendo spunto dalle questioni generate dalla globalizzazione e dalle emergenze ambientali) richiamano la necessità di un ritorno forte della presenza della politica nell'amministrazione.

Seppure, formalmente, la NPV non dovrebbe essere di ostacolo all'effettività della procedura amministrativa, sostanzialmente essa finisce per comprimerne la possibilità; dal momento che la dialettica procedimentale fra l'amministrazione e le parti interessate richiede un costo burocratico che, spesso, è ritenuto insostenibile nell'ottica squisitamente aziendalistica. Ma soluzione non sta certo nell'implementazione del rapporto fra politica ed amministrazione, come vorrebbe far intendere la PV.

La peculiarità dell'ordinamento nordamericano è nel fatto che i mutamenti organizzativi in via immediata non sono in grado di incidere negativamente sulle tutele procedimentali che

²⁶ Di ciò tratta spesso la sociologia delle organizzazioni. Sul punto si veda, fra gli altri P. ROSSI, *L'innovazione organizzativa. Forme, contesti e implicazioni sociali*, Roma, Carocci, 2018, p. 135 ss.

²⁷ Cfr. J.R. LANE, *New Public Management*, London – New York, Routledge, 2000.

²⁸ Cfr. J. BENINGTON – M.H. MOORE, *Public Value. Theory and Practice*, New York, Palgrave, 2011.

l'ordinamento offre alla persona; essi, però, lo possono essere di nocumento in via mediata o per eccesso di inefficienza, come nel caso della *NPA*, o per eccesso di pretesa efficienza aziendalistica, come in quello della *NPV*.

7. Conclusione.

Il processo che si è visto in precedenza mostra quanto possa essere contraddittoria la relazione fra organizzazione ed attività amministrativa; soprattutto quando la prima è contaminata dall'organizzazione di governo. E, tra l'altro, tale relazione è quasi sempre concepita in senso statico ovvero fra la struttura degli uffici e gli atti che vengono compiuti nell'esercizio dell'attività.

Se tale visione depaupera l'attività della sua dinamicità, essa allo stesso tempo impedisce di cogliere il senso istituzionale dell'organizzazione. Come l'attività non può esistere senza colui che la esercita, alla stessa guisa non ha ragione di essere una qualsiasi organizzazione priva della prima.

La separazione fra organizzazione ed attività, in realtà, è frutto di una finzione giuridica, visto che il funzionamento della struttura altro non è che esercizio di attività amministrativa; tuttalpiù, è ammissibile la distinzione fra l'attività organizzativa e quella amministrativa in senso stretto, visto che la prima è strumentale alla seconda.

La continuità fra i due tipi di attività rispecchia la linearità esistente fra organizzazione e procedimento amministrativo; la qual cosa significa che la struttura non è limitata solo ad organizzare gli uffici in ragione delle esigenze della procedura, ma pure di organizzare i fatti e le pretese che si incontrano nella dinamica propria della procedura amministrativa.

Ogni attuazione di un procedimento amministrativo costituisce una sfida adattiva per l'amministrazione; sfida che si gioca tanto sul piano dell'attività quanto su quella dell'organizzazione.

La procedura amministrativa è un luogo di incontro e di scontro fra pretese di contenuto diverso e quindi di interrelazioni fra poteri divergenti, di natura tanto pubblica quanto privata; il valore massimo dell'organizzazione si coglie proprio in questo frangente.

E qui si comprende le ragioni per le quali lo spazio amministrativo deve rimanere distinto da

quello di governo.

In primo luogo, per ragioni di tutela delle pretese delle parti interessate che sono intuitive e sulle quali si è scritto molto. L'organizzazione deve essere neutrale rispetto agli interessi in gioco e la qual cosa è possibile solo se l'amministrazione è autonoma da quella di governo, poiché l'ultima non può esserlo.

Questo lo aveva ben presente la giurisprudenza inglese, nella formazione della *Natural Justice*; visto che per indicare tale obbligo conformativo, al posto del termine *Imparzialità*, preferì servirsi della più ricca di significati espressione *Rule against Bias*²⁹. Sicché l'organizzazione amministrativa deve essere libera non solo da interessi propri, ma pure da pregiudizi.

In secondo luogo, per la ragione che l'organizzazione tradizionale è funzionale all'attività di governo, ma non a quella amministrativa; sicché le riforme amministrative, avvenute a partire dagli anni novanta del secolo scorso (non solo quella sul procedimento, ma pure quella attinente alla distinzione fra attività d'indirizzo politico ed attività amministrativa culminata con la disciplina contenuta nell'art. 14 e segg. del D.lgs. 30 marzo 2001, n. 165) hanno disegnato assetti organizzativi eterogenei, di governo e di amministrazione, che possono e devono interagire, ma che non possono più confondersi³⁰.

²⁹ Cfr. H.W.R. WADE, C.F. FORSYTH, *Administrative Law*, cit., p. 380 ss.

³⁰ Sul punto si permetta il rimando a M. BELLAVISTA, *La posizione organizzativa del responsabile del provvedimento e quella del responsabile del procedimento*, in questa rivista, n.1/19, p. 373 ss.

BARBARA MAMELI

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

AMMINISTRAZIONE PER FINI PUBBLICI E RESPONSABILITÀ

ADMINISTRATION FOR PUBLIC PURPOSES AND RESPONSIBILITY

SINTESI

Lo sviluppo dell'emergenza si è inevitabilmente riflesso sul concetto stesso di diritto, quale categoria che esprime come l'intero impianto normativo è interpretato ed attuato. L'interesse pubblico si è improvvisamente mostrato come bisognoso di definizione concreta, sottolineando il suo essere inscindibilmente legato all'effettivo soddisfacimento dei bisogni della collettività.

Le aspettative del popolo sovrano si sono concentrate nel Testo costituzionale e sulla necessità di una seria programmazione della sua attuazione.

Si cerca un approccio all'interno di una logica nuova che abbandona il primato di liberalizzazione, mercato ed efficienza per riportare l'attenzione sulla persona nella sua integralità e, in particolare, all'insieme delle libertà e dei diritti fondamentali che l'ordinamento giuridico riconosce e si impegna a garantire.

Diviene così innegabile il ruolo della programmazione che, partendo dalla analisi dei bisogni della collettività, consenta di impostare nel modo migliore possibile l'attività amministrativa al fine di soddisfare l'interesse pubblico. Proprio la seria programmazione potrebbe costituire quel parametro di oggettività che può consentire il controllo dell'attività politica ed amministrativa al fine di garantire non soltanto la legittimità delle azioni ma, altresì, la rispondenza delle stesse all'attuazione doverosa del Testo costituzionale.

Dinanzi ad un ritenuto disallineamento tra potere e responsabilità, lo scritto è volto, ripercorrendo il solco tracciato dal mugnaio di Postdam, a cercare il giudice di Berlino.

ABSTRACT

The development of the emergency has inevitably reflected on the concept of law, as a category that expresses how the entire regulatory system is interpreted and implemented. The public interest has suddenly shown itself as in need of concrete definition, underlining its being inextricably linked to the effective satisfaction of the needs of the community.

The expectations of the sovereign people have focused on the constitutional Text and on the need for serious planning of its implementation.

An approach is sought within a new logic that abandons the primacy of liberalization, market and efficiency to bring attention back to the person in his entirety and, in particular, to the set of freedoms and fundamental rights that the legal system recognizes and undertakes to guarantee.

The role of programming becomes undeniable which, starting from the analysis of the needs of the community, allows the administrative activity to be set up in the best possible way in order to satisfy the public interest.

Serious planning could constitute that objectivity parameter that can allow the control of political and administrative activity in order to guarantee not only the legitimacy of the actions but also their compliance with the dutiful implementation of the Constitutional text.

Faced with a perceived misalignment between power and responsibility, the writing is aimed, retracing the furrow traced by the miller of Postdam, to seek the judge of Berlin.

PAROLE CHIAVE: diritti fondamentali – discrezionalità politica e amministrativa – programmazione – efficacia – controllo – responsabilità.

KEYWORDS: fundamental rights – political and administrative discretion – planning – efficacy – review – responsibility.

INDICE: 1. Il punto di partenza dell'indagine. – 2. Principio di buona amministrazione. – 3. Attività e organizzazione amministrativa, due elementi strettamente interdipendenti – 4. Segue: i principi di legalità e di attribuzione. Una diversa interpretazione dell'efficienza – 5. Segue: Attività, organizzazione, decentramento e persona – 6. L'interpretazione evolutiva del testo costituzionale non può essere arbitraria – 7. Segue: l'attuazione del Testo costituzionale e la necessaria limitazione della scelta politica e della discrezionalità amministrativa. Il diritto europeo – 8. Diritti fondamentali e mercato. La qualità della vita che è possibile garantire – 9. Amministrazione e politica – 10. Segue: il rapporto politica/ amministrazione e l'interesse pubblico. L'Amministrazione e l'azienda privata – 11. Il dovere di attuare: il fine pubblico, dalla previsione politica all'attuazione amministrativa, la discrezionalità – 12. Segue: il necessario superamento del decentramento politico. La ricerca di un limite all'insindacabile.

1. Il punto di partenza dell'indagine.

Le persone divengono il fine da perseguire e perdono il carattere di “mezzi”; l'analisi parte dalla valutazione del livello di vita, di benessere che è possibile garantire¹.

Tale approccio, che impone la definizione trasparente dell'interesse pubblico, concretizzandolo tramite attenta ponderazione sviluppata all'interno dei limiti costituzionali, non può prescindere dalla necessità di ripristinare fiducia nelle capacità della politica e in un'amministrazione che esercita un potere imparziale per intervenire nei rapporti interprivati nei singoli settori economico-sociali², al fine di perseguire l'interesse pubblico e deve, pertanto,

¹ G. MARONGIU, *Gli istituti della democrazia amministrativa*, in *La democrazia come problema*, vol. I, Tomo II, Bologna, 1994, 479 ss., secondo cui «l'amministrazione vive nella Costituzione non solo in ragione delle norme che afferiscono direttamente alla disciplina della sua organizzazione e della sua azione, ma, ancor più, in ragione della sua necessaria subordinazione all'intero sistema dei valori costituzionali, sistema che diventa dunque la fonte ispiratrice e il criterio normativo principe del rapporto tra l'amministrazione, i cittadini e l'intera comunità civile e politica».

² Nelle raccomandazioni della Commissione europea relative all'elaborazione dei piani finanziari nell'ambito del programma *Recovery Fund*, si insiste sulla necessità di riordini adeguati a migliorare l'efficienza delle amministrazioni e ad aumentare la qualità dei servizi.

mostrarsi idonea ad imporre l'individuazione della soluzione più efficace per la concretizzazione del buon andamento, senza ledere l'affidamento dei cittadini³.

Il rapporto bipolare Stato-suddito è definitivamente abbandonato, nella convinzione che il primo si legittima perché al servizio della persona, consacrando la centralità del valore della persona umana con i suoi bisogni nell'ambito della pubblica amministrazione⁴. Si riflette poi sulla capacità dell'organizzazione amministrativa di incentrarsi sulla collettività dei consociati e sulle relative aspettative, coniugando efficacia, economicità ed efficienza dell'agire pubblico⁵.

Attività e organizzazione sono concepiti come strettamente interconnessi poiché l'individuazione delle finalità da perseguire non può prescindere dall'individuazione dei soggetti capaci di concretizzare detti fini, conseguendo il pieno sviluppo della personalità umana imposto e consacrato all'art. 2 della Costituzione⁶.

Appoggiando la tesi per cui il legislatore costituzionale configura un'amministrazione «*al servizio esclusivo della Nazione*»⁷ rivolgendosi ai dipendenti della P.A. e, prima ancora, all'apparato

³ Si richiede l'attento apporto di tutte le scienze ed una equilibrata, trasparente e condivisa ponderazione politica. Sono del 2013 le parole dell'ANAC: «Attualmente l'immagine dell'Italia è quella di un Paese a elevato grado di corruzione percepita sia da parte dei cittadini che da parte di imprese e analisti», in *Rapporto sul primo anno di attuazione della legge n. 190/2012*. Come osservato: «Secondo il rapporto Anac la prevenzione alla corruzione deve basarsi su quattro strumenti che devono coinvolgere più livelli di governo: trasparenza, formazione, codici di comportamento e analisi del rischio. Quando però a essere implicati sono proprio i soggetti che assumono ruoli chiave nell'amministrazione, quanto possono essere efficaci questi strumenti?», D. CORBETTA, *Il caso Mose e il fallimento della normativa anticorruzione*, in *Paginauno*, 39, ottobre - novembre 2014.

⁴ V. OTTAVIANO, *Poteri dell'amministrazione e principi costituzionali*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1964, 928, dove si afferma che nel mutato quadro costituzionale la pubblica amministrazione si è trasformata in «ente deputato a fornire prestazioni ai cittadini». L.R. PERFETTI, *Forme della sovranità della persona. Emergenze e poteri*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2020, 2 ss.

⁵ La misurazione e/o valutazione non può essere circoscritta alla mera efficienza organizzativa, ma deve estendersi all'efficacia.

⁶ L'individuazione degli obiettivi da perseguire (la qualità di vita possibile) impone altresì una programmazione interna alle PA idonea a realizzarli. Cfr. M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una prospettiva ricostruttiva*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 2/2020 565 «se in ipotesi il legislatore omettesse di intervenire, non fissando con legge obblighi amministrativi puntuali, questo di per sé non giustificerebbe l'amministrazione pubblica a rimanere inerte, ove essa si trovi di fronte a situazioni in cui il «nucleo irriducibile» di diritti inviolabili sia esposto a minaccia di lesione o di ineffettività: in tali casi, infatti, l'art. 2 Cost., anche sine lege, impone alla p.a. doveri inderogabili di intervento, a protezione e garanzia di quel «nucleo irriducibile». A quei doveri l'amministrazione non potrebbe perciò sottrarsi invocando la mancanza di una interpositio legislatoris: se fosse altrimenti, infatti, l'omissione legislativa giustificerebbe un'inammissibile deroga a ciò che è, invece, costituzionalmente «inderogabile».

⁷ F. GOGGIAMANI, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino, 2005, 82 ss.

amministrativo nel suo complesso⁸, che trovano un espresso limite, ma anche doveri di attuazione⁹, nell'art. 2 Cost.¹⁰, si cercherà di approfondire la necessità che il potere politico torni a compiere accurate scelte nelle competenti sedi istituzionali e che l'agire del soggetto pubblico possa essere sottoposto a sindacato giurisdizionale e a responsabilità per garantire che l'esercizio del potere non si discosti dal dettato costituzionale.

Si ritiene che una preventiva programmazione delle scelte politiche e amministrative¹¹, doverosa esplicitazione della Costituzione¹², consenta una prefigurazione delle finalità e obbiettivi che si intendono perseguire¹³, il controllo della conformità degli stessi al dettato costituzionale, un coerente disegno complessivo ed una accurata e responsabile ponderazione, limiti il compromesso

⁸ S. DETTORI, *Coordinamento e dovere d'ufficio nella logica dell'interdipendenza amministrativa*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 1/2020, 22 ss.

⁹ G. MARONGIU, *L'ufficio come professione. Saggio sul rapporto d'impiego con lo Stato*, in *La democrazia come problema*, Vol. I, Tomo II, Bologna, 1994, 71 ss.; F. GOGGIAMANI, *La doverosità della pubblica amministrazione*, cit.; 2005; A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e pubblica amministrazione*, Milano, 2005; S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, 2016; M. MONTEDURO, *Il provvedimento amministrativo: natura e caratteri*, in G. CARLOTTI – A. CLINI (a cura di), *Diritto amministrativo*, Tomo primo - Parte sostanziale, Santarcangelo di Romagna, 2014, 105 ss.

¹⁰ M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una prospettiva ricostruttiva*, cit., 532, conclude affermando che sul piano soggettivo la titolarità dei doveri inderogabili di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. possa essere imputata anche alle pubbliche amministrazioni.

¹¹ M. D'ORSOGNA, *Programmazione strategica e attività decisionale della Pubblica Amministrazione*, Torino, 2001.

¹² Il principio di pianificazione, come osservato da R. DIPACE, *L'attività di programmazione come presupposto di decisioni amministrative*, in *aipta.it*, relazione convegno 2017 «Decisioni amministrative e processi deliberativi», permea la Costituzione e trova ancoraggio, quanto alla politica economica e finanziaria dello Stato sia nel primo comma dell'art. 97 Cost. sia nell'art. 81 Cost. che, nel prevedere il principio di legalità delle spese pubbliche, esige una disciplina orientata alla programmazione e al conseguente controllo delle stesse; all'art. 41, co. 3 (la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali); all'art. 44 (proprietà fondiaria, anche attraverso la previsione dell'utilizzo razionale del suolo); all'art. 47 (credito). Anche nell'art. 117 molte delle materie attribuite alla potestà legislativa concorrente sono soggette a vario titolo ad attività di pianificazione e programmazione (tutela dell'ambiente, governo del territorio, tutela della salute, istruzione, grandi reti di trasporto). Si veda già G. AMATO, *La programmazione come metodo dell'azione regionale*, in *Riv. it. dir. pubbl.* 1971, 413.

¹³ Occorre elaborare un disegno unitario ed individuare specifici fini da perseguire con il concorso di differenti soggetti, cfr. A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione di risultato e provvedimento amministrativo*, in M. IMMORDINO – A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, 2004, 7; D. D'ORSOGNA, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli, 2005; L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002; L. GIANI, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli, 2005; F. LEDDA, *L'attività amministrativa*, in *Il diritto amministrativo degli anni '80*, in *Atti del XXX Convegno degli studi Varenna 1984*, Milano, 1987; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997; F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, agg. Vol. VI, 2002, 84; M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003; L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative*, in *Dir. proc. amm.* 2005, 1; M.R. SPASIANO, *La funzione amministrativa. Dal tentativo di frammentazione allo statuto unico dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2014, 297.

politico e la pratica degli emendamenti giustificati da interessi individuali¹⁴, permetta di abbandonare l'arbitrio dell'atto politico, costituisca le fondamenta per una amministrazione efficace¹⁵.

I presupposti indispensabili di questo studio sono, anzitutto, una più rigida applicazione dello stato di diritto e la conseguente ricerca dello strumento per evitare che la discrezionalità, prima politica e poi amministrativa, si trasformi in arbitrio, ma anche una metamorfosi dell'amministrazione capace di perdere i connotati negativi che continuano a caratterizzarla perché possa esplicare i propri doveri costituzionali al di fuori di leggi provvedimento, algoritmi e limitazioni a favore del soggetto privato¹⁶.

In secondo luogo, si procederà nel tentativo di individuare il custode dell'interesse generale, della corretta ponderazione di diritti e libertà fondamentali¹⁷.

2. Principio di buona amministrazione.

¹⁴ Osserva M.A. SANDULLI, *Semplificazione amministrativa e amministrazione di risultati*, in M. IMMORDINO – A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit. 230: «non si può parlare di risultati (garanzia di risultati, responsabilità dei risultati) se non si hanno e non si danno degli obiettivi chiari e definiti, di cui sia possibile non solo agli operatori e agli interlocutori, ma anche alla collettività, verificare l'effettivo perseguimento in un quadro di certezza delle "regole del gioco" e di trasparenza della loro applicazione e attuazione».

¹⁵ M. S. GIANNINI, *La programmazione dal punto di vista giuridico*, in *Scritti*, vol. VI, Milano, 2005, 1091.

¹⁶ Come spesso accade ciò che serve lo abbiamo già, solo dobbiamo valutarlo, utilizzarlo, renderci conto delle sue potenzialità. La storia passata e recente ci ha dimostrato che in un Paese capitalista solo buoni propositi possono rimanere, «e proprio in una società e in un momento storico in cui crisi economica e crisi di valori procedono di pari passo quali conseguenze aberranti dell'alienante civiltà dei consumi e in cui l'individuo ha necessariamente smarrito il senso della propria dignità di essere umano», D. CORBETTA, *Il caso Mose*, cit., menzionando K. MARX, *Il Capitale*.

¹⁷ Si vedano le interessanti riflessioni di D. U. GALETTA, *L'Azione amministrativa e il suo sindacato: brevi riflessioni, in un'epoca di algoritmi e crisi*, in *Questione Giustizia* (<https://www.questionegiustizia.it/>), in corso di pubblicazione, la quale, richiamando il lavoro di E. SCODITTI, G. MONTEDORO, *Il giudice amministrativo come risorsa*, <https://www.questionegiustizia.it/tag/giudice-amministrativo>: «A fronte di un'estensione da parte della funzione amministrativa delle proprie maglie, il diritto e la giustizia amministrativa dovrebbero diventare scienza e controllo del potere ancora più pregnanti e penetranti», e la pronuncia della Corte costituzionale federale tedesca nel caso *Weiss*, suggerisce un più ampio utilizzo del principio di proporzionalità nel controllo dell'agire pubblico: «strumento usato dal giudice per invadere quell'ambito di azione che è riservato alla Pubblica Amministrazione; e che gli altri poteri non potrebbero né dovrebbero dunque conculcare. Si tratta, notoriamente, della c.d. riserva di provvedimento, nei confronti del potere legislativo; e della riserva nelle scelte di "merito" nei confronti del potere giurisdizionale». Emerge così l'estrema rilevanza di elaborare criteri oggettivi che consentano, ancora una volta, da parte della giurisprudenza una estensione del controllo sull'eccesso di potere, la concretizzazione dell'interesse pubblico e l'utilizzo del potere per la sua soddisfazione.

Pare evidente che il modello privatistico, incentrato sulle regole del mercato, non abbia conseguito i risultati auspicati¹⁸ e si abbraccia un nuovo principio-guida dell'azione pubblica che sta tentando di farsi strada in questi ultimi anni, quello di "buona amministrazione", finalizzato alla soddisfazione delle aspettative dei cittadini¹⁹.

Si impone la necessità di rileggere i principi costituzionali secondo una prospettiva personalistica, in funzione valorizzatrice della persona umana e della dignità della medesima, anche in base ai valori dell'ordinamento sovranazionale.

Il principio di buona amministrazione, al quale si può ricondurre l'esigenza di comportamenti ispirati a lealtà e spirito di collaborazione con i cittadini, potrebbe consentire di ritenere che, per quanto posto in essere in contrasto con doveri riconducibili al testo costituzionale ed esplicitati dalla politica, si potrà ottenere, a seconda dei casi, l'annullamento degli atti o l'obbligazione risarcitoria²⁰.

Si ritiene che soltanto un apparato pubblico responsabile della puntuale, tempestiva ed efficace attuazione del testo costituzionale, mediante una precisa programmazione di interventi necessari per una buona qualità della vita dei cittadini, consenta di superare il principio di

¹⁸ Una tendenza da rivedere quella del legislatore nazionale ed europeo di privilegiare le esternalizzazioni ad ogni costo come unico rimedio contro un'amministrazione a priori inefficiente e incapace di perseguire i propri fini istituzionali. Per approfondimenti si rinvia a P. LAZZARA, *La regolazione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2018, 337 ss.; F. GASPARI, *Poteri speciali e regolazione economica tra interesse nazionale e crisi socioeconomica e politica dell'Unione europea*, in *Federalismi.it*, n. 16/2020, 118 ss.; A. NAPOLITANO, *Il ritorno decisivo dello Stato imprenditore. Dalla nazionalizzazione di Alitalia alla estensione dei c.d. golden powers*, in *Diritto pubblico europeo Rassegna on-line*, n. 20/2020; A. GEMMI, *La golden power come potere amministrativo. Primi spunti per uno studio sui poteri speciali e sul loro rafforzamento*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 1/2020, 381 ss. Per una regolazione del mercato attraverso organismi indipendenti, E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica, democrazia*, Torino, 2019; F. DE LEONARDIS, *Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia*, in *Dir. ec.*, 2018, 697 ss.

¹⁹ M. MACCHIA, *Le misure generali*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 6/2020, sottolinea l'opportunità di intervenire sul contesto e sulla cultura amministrativa e, citando S. CASSESE, *Amministrazione pubblica e progresso civile*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 151, l'A. prosegue affermando «C'è un difetto di coesione, un distacco tra autorità e cittadini, sospetto della classe politica nei confronti della burocrazia, accuse mosse ad essa dalle procure». Si veda anche C. BOSCIA, *Alla ricerca di una buona amministrazione: liberalizzazione, semplificazione e riforma Madia*, in *Giustamm.it*, 7/2018, dove si riconosce che l'amministrazione è tendenzialmente inefficiente e mal funzionante e si sottolinea una forte insoddisfazione per la *performance* del settore pubblico che appare troppo intrusivo e politicizzato.

²⁰ Sul principio di buona amministrazione recentemente D.U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione nei procedimenti amministrativi oggi (anche alla luce delle discussioni sull'ambito di applicazione dell'art. 41 della Carta dei diritti UE)*, in M.C. PIERRO (a cura di), *Il diritto a una buona amministrazione nei procedimenti tributari*, Milano, 2019, 1 ss.

precauzione²¹, mediante la creazione di un sistema idoneo, per quanto possibile, a prevenire il verificarsi del danno²².

La fase di valutazione degli interessi, pubblici o privati, suscettibili di entrare in contrasto con quello pubblico ritenuto prevalente, è estremamente delicata²³ e richiede necessariamente l'esplicitazione delle valutazioni e modalità di attuazione²⁴.

Non sarà la riforma costituzionale in materia di taglio dei parlamentari, definitivamente approvata all'esito del referendum tenutosi nelle date del 20 e 21 settembre 2020²⁵, a migliorare l'attuazione politica e amministrativa della Costituzione: non rileva il numero dei componenti, bensì le loro funzioni e il ruolo dell'istituzione nel suo complesso.

²¹ Come esplicitato nella Comunicazione della Commissione europea del 2 febbraio 2000, in risposta alla risoluzione del Consiglio del 13 aprile 1999, il principio di precauzione sancisce «la necessità di una valutazione seria e preventiva del rischio, in una situazione nella quale, una carente informazione, l'imprecisione o la non definitività dei dati scientifici disponibili, non consenta di determinare con sufficiente certezza il rischio in questione».

²² Come osserva M. SICA, *Diritto d'interpello e certezza nei rapporti*, in vol. V *L'intervento pubblico nell'economia, A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, Firenze, 2016, 100 ss., «Puntare a un radicale miglioramento del sistema normativo è sicuramente giusto e costituisce una condizione necessaria perché in futuro l'incertezza del diritto possa risultare confinata entro limiti fisiologici. Lo stesso può dirsi per quanto concerne l'assoluta necessità di una costante e adeguata manutenzione del sistema stesso, in mancanza della quale (dati la velocità con cui 'invecchia' e il fatto che è in perenne e velocissima trasformazione) si corre seriamente il rischio che, come è già avvenuto in passato, il lavoro svolto venga vanificato».

²³ Esplicativa della necessità di evitare la creazione di diritti tiranni e sulla rilevanza di una accorto e ponderato bilanciamento tra i diritti in conflitto, Corte Cost., n. 85 del 2013 (Caso Ilva): «non si può condividere l'assunto del rimettente giudice per le indagini preliminari, secondo cui l'aggettivo "fondamentale", contenuto nell'art. 32 Cost., sarebbe rivelatore di un "carattere preminente" del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona. Né la definizione data da questa Corte dell'ambiente e della salute come "valori primari" [...] implica una "rigida" gerarchia tra diritti fondamentali. La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come "primari" dei valori dell'ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale».

²⁴ Una preliminare individuazione di valori e finalità da raggiungere, cfr. A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, cit. 106; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, 174; F. G. SCOCA, *Profili sostanziali del merito amministrativo*, in Nuova rass., 1981, 1376.

²⁵ Sull'argomento, si rinvia a V. ONIDA- I. NICOTRA -A. MORELLI- L. TRUCCO, *Il referendum sulla riduzione dei parlamentari Tre ragioni per il SÌ e tre per il NO*, in www.giustiziainsieme.it; B. CARAVITA, *I possibili interventi istituzionali dopo il voto referendario*, in www.federalismi.it.

Informazione, competenza, programmazione, efficacia e un nuovo ruolo dell'etica pubblica possono aiutare a diminuire quel sentimento di sfiducia verso il futuro causato dal timore che possano verificarsi nuovi accadimenti rispetto ai quali non sussistono indicazioni univoche da parte del mondo scientifico, mediante la predisposizione di una realtà in cui nessun diritto sia sacrificato al punto da rischiare di estinguersi e dove interessi privati non siano in grado di anteporsi all'interesse pubblico.

3. Attività e organizzazione amministrativa, due elementi strettamente interdipendenti.

Senza addentrarci nel rapporto tra attività e organizzazione²⁶, preme qui sottolineare come l'affermazione del primato costituzionale dei diritti inviolabili della persona umana imponga di volgere l'attenzione non soltanto all'attività amministrativa nel suo ruolo di attuazione del disegno politico, ma anche alle modalità di organizzazione predisposte che, se inefficaci, si rivelano inidonee ad attuare la Costituzione e possono generare responsabilità²⁷.

In questa differente prospettiva il potere non può più costituire unico elemento di valutazione, trovandosi inscindibilmente collegato al dovere di organizzare, a garanzia dell'effettività degli interessi delle persone coinvolte nel bilanciamento amministrativo²⁸.

²⁶ Tema per cui si rimanda a M. MONTEDURO, *L'organizzazione amministrativa: riflessioni sul pensiero di Domenico Sorace*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2020, 543 ss.; L.R. PERFETTI, *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, in *Dir. econ.*, 2019, 43 ss.; 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, 507; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968; M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966.

²⁷ Il primato della persona umana e la strumentalità ad esso dell'organizzazione amministrativa sono sottolineati da M. MONTEDURO, *L'organizzazione amministrativa: riflessioni sul pensiero di Domenico Sorace*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2020, 560 ss. Sottolineano come la programmazione sia rilevante nella teoria dell'azione ma anche in quella della organizzazione amministrativa, R. DIPACE, *L'attività di programmazione come presupposto di decisioni amministrative*, cit.; M. D'ORSOGNA, *Programmazione strategica e attività decisionale della Pubblica Amministrazione*, Torino, 2001.

²⁸ A. PIOGGIA, *Diritti umani e organizzazione sanitaria*, in *Riv. dir. sicurezza sociale*, 2011, 33 ss.: «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 idonee». E, più esplicitamente, a pag. 34: «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».

Il rigido e complesso sistema dei controlli sull'operato di un'amministrazione, sotto diversi profili equiparata ad una azienda privata e valutata attraverso logiche strettamente economiche, non pare aver prodotto i risultati sperati in termini di godimento dei diritti e qualità della vita.

La proposta è di provare a rivolgere l'attenzione, più che sul risultato, sulle premesse dell'intervento pubblico, sulla capacità dell'amministrazione in termini di competenze e risorse ma, prima ancora, sulla necessaria, corretta e chiara guida politica.

Occorre investire sul soggetto pubblico, dotandolo di tutte quelle caratteristiche (capacità economica, tecnica, etc.) che caratterizzano il libero mercato, mediante l'elaborazione di soluzioni che impongano l'efficacia, quali la riorganizzazione responsabile della PA, strumenti per stimolare comportamenti virtuosi e, non ultimo, il perseguimento di una migliore capacità conoscitiva del soggetto pubblico, indispensabile presupposto per la ponderazione discrezionale.

Un accorto esercizio di potere anche amministrativo di indirizzo e coordinamento, insieme ad autonomia e responsabilità dell'amministrazione decentrata consentono di abbandonare le vesti teoriche per incentrare attenzione nella qualificazione dei rapporti organizzativi che, prendendo le mosse dal rapporto interno (ufficio e organo) si riverberano all'esterno della struttura contribuendo alla realizzazione del disegno costituzionale.

Proprio quest'ultimo impone un differente approccio, capace di comprenderne ogni potenzialità innovativa e, in particolare, una volontà di interpretazione fedele che comporti l'abbandono di una lettura teorico-formale per garantirne una doverosa attuazione concreta, tale da superare un *modus operandi* che ne ricava dichiarazioni formali rivolte allo Stato, per attuare precisi fini, una concezione di amministrazione come apparato servente la collettività, intermediario della concreta attuazione di diritti e libertà fondamentali²⁹.

²⁹ M. MONTEDURO, *L'organizzazione amministrativa: riflessioni sul pensiero di Domenico Sorace*, cit., osserva: «questi ultimi, in quanto diritti positivi a ricevere prestazioni fondano corrispondenti doveri inderogabili di organizzazione amministrativa che rendono le 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., equivalga 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»).

Valutazione politica e riparto di competenza, quale misura del potere attribuito dalla norma alla singola amministrazione, nonché configurazione interna dell'ufficio, sono elementi fondamentali per la doverosa attuazione della Costituzione³⁰. Si rende necessario passare da una visione teorica della competenza quale frettolosa attuazione del principio di legalità (oggettivizzazione e quantificazione astratta del potere e dei compiti amministrativi) che fonda il potere e il rapporto giuridico, ad una efficace e razionale attuazione del principio di articolazione interna che responsabilizza il singolo dipendente amministrativo valorizzandone le qualità professionali.

Soffermarsi sul solo risultato dell'attività amministrativa senza volgere l'attenzione agli ingranaggi a monte del procedimento amministrativo³¹, paralizza l'efficienza, annienta l'efficacia e costituisce una ingiustificata limitazione del sindacato giurisdizionale e della responsabilità, sottraendo al popolo sovrano la garanzia dell'attuazione della Carta fondamentale.

Forse si potrebbe affermare che principio di legalità, principio di articolazione e buon andamento costituiscono lo strumento giuridico per collegare organizzazione ed attività, il collante tra organizzazione interna e concretizzazione dell'interesse pubblico³².

D'altra parte che il prodotto di una macchina dipenda in eguale misura da materie prime e ingranaggi pare scontato. Inoltre, se ciò consente un approccio unitario ad organizzazione e funzione e, come già ricordato da Sorace³³, apre la via per il sindacato sull'organizzazione, nello stesso tempo potrebbe consentire di superare definitivamente la distinzione tra attività autoritativa e servizi pubblici, entrambi comunque rivolti all'attuazione efficace del testo costituzionale e strettamente collegati al disegno politico.

³⁰ A. PIOGGIA, *La competenza amministrativa. L'organizzazione tra specialità pubblicistica e diritto privato*, Torino, 2001, 205, identifica la competenza come 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».

³¹ L. TORCHIA, *Teoria e prassi delle decisioni amministrative*, Relazione al Convegno Aipda su «Decisioni amministrative e processi deliberativi», Bergamo 5-7 ottobre 2017, in *diritto-amministrativo.org*.

³² Sull'organizzazione amministrativa si rimanda ai lavori di F. BENVENUTI, *L'organizzazione impropria della P.A.*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1956, 968; S. CASSESE, *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 1983; G. PASTORI, *Gli enti comunitari. Profili generali*, in *Archivio ISAP*, I, Milano, 1962, ora in *Scritti scelti*, I, Napoli, 2010, 1; G. BERTI, *Caratteri dell'amministrazione comunale e provinciale*, Padova, 1969; Id., *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968; V. BACHELET, *Profili giuridici dell'organizzazione amministrativa. Strutture tradizionali e tendenze nuove*, Milano, 1965; M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966; G. TREVES, *L'organizzazione amministrativa*, Torino, 1977; G. GUARINO, *L'organizzazione pubblica*, Milano, 1977.

³³ D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2018.

La competenza, oltre che vizio di legittimità dell'atto, è il parametro in base al quale è stabilito l'efficiente esercizio concreto del potere e consente di andare oltre il ripristino della legittimità, sconfinando nel merito attraverso la valutazione dell'efficacia dell'azione amministrativa³⁴. Si amplia così il controllo della legittimità dell'esercizio del potere sia in sede di autotutela che in sede giurisdizionale, comprendendo il dovere di ufficio³⁵.

Mi pare l'affermazione inerisca all'evoluzione stessa della concezione dell'amministrazione che prima contemplava l'organo quale soggetto di imputazione di obblighi meramente all'interno dell'organizzazione, mentre con l'affermazione della responsabilità extracontrattuale e precontrattuale identifica nel funzionario colui che esercita il potere nell'ambito della competenza attribuita e ne risponde nei confronti dei cittadini.

L'amministrazione, quale insieme di attività politica (organi di vertice, attività di direzione e verifica dei risultati) e provvedimento del dirigente, crea affidamento nei confronti dei terzi che ripongono in essa il legittimo affidamento della concreta ed efficace realizzazione di diritti e libertà.

4. Segue: i principi di legalità e di attribuzione. Una diversa interpretazione dell'efficienza.

³⁴ G. DI GASPARE voce «*Organizzazione amministrativa*», pubblicata in *Dig. disc. pubbl.*, vol. X, Torino, 1995, 513 ss.; A. PIOGGIA, *La competenza amministrativa. L'organizzazione tra specialità pubblicistica e diritto privato*, cit., dove la competenza «*emerge, innanzi tutto in termini di idoneità dell'ufficio a costituirsi come punto di riferimento organizzativo di determinati interessi sotto diversi profili*» (192), in particolare «*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*» (180 ss.).

³⁵ A. PIOGGIA, *La competenza amministrativa. L'organizzazione tra specialità pubblicistica e diritto privato*, cit., 157 ss., riconosce nella competenza un «*concetto che travalica la dimensione quantitativa dell'ambito degli atti imputabili, per divenire progressivamente valore qualitativo concernente l'organizzazione degli interessi*». 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*» (185). S. DETTORI, *Coordinamento e dovere d'ufficio nella logica dell'interdipendenza amministrativa*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 1/2020, 40, sottolinea che la competenza orienta la doverosità dell'attività dell'ufficio.

Anziché tentare di attuare una più marcata separazione tra politica ed amministrazione³⁶ che, inevitabilmente non potranno mai scindersi del tutto³⁷, pare più utile oggettivizzare le scelte politiche attraverso elaborazione ed applicazione dei principi di legalità, attribuzione e buona amministrazione al fine di evitare che la cattiva organizzazione pregiudichi, senza possibilità di sindacato, l'attività e, di conseguenza, l'attuazione del testo costituzionale³⁸.

Significativa potrebbe essere l'attenta riflessione sul significato che il principio di legalità assume nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo dove, interpretando il disposto di cui all'articolo 7 CEDU, si afferma che la legge, oltre ad attribuire il potere e ad indicare le modalità di esercizio, deve essere anche accessibile e prevedibile, giungendo, quindi, ad imporre non solo l'esercizio del potere legislativo ma, altresì, l'apprezzabilità qualitativa della legge stessa³⁹.

Il rischio di corruzione, o più semplicemente di mala gestione delle risorse pubbliche, tende ad essere più alto quante più sono le opportunità di praticarla. Tali possibilità emergono quando i funzionari pubblici godono di ampia discrezionalità e la legge non contiene vincoli riferiti al comportamento etico, il quadro di riferimento politico difetta di chiarezza e trasparenza, quando il funzionario si trova in una situazione di incapacità di compiere la scelta ottimale⁴⁰.

³⁶ M. INTERLANDI, *Il principio di separazione tra politica e amministrazione: una "storia difficile"*, in *Dirittifondamentali.it* – Fasc. 1/2018.

³⁷ G. MARONGIU, *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, ora in ID, *La democrazia come problema*, I. Diritto, amministrazione ed economia, Bologna, 1994, 256 ss.

³⁸ Sul coordinamento e autonomia come elementi necessari per garantire il rispetto delle singole competenze attribuite dalla legge, si rinvia a S. DETTORI, *Coordinamento e dovere d'ufficio nella logica dell'interdipendenza amministrativa*, in *PA Persona e Amministrazione*, cit., 25 ss. In particolare, a pag. 29, richiamando Bachelet, l'A. sottolinea che il coordinamento amministrativo, «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». Anche G. MARONGIU, *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, ora in ID, *La democrazia come problema*, cit., 282, sottolinea come il coordinamento possa garantire che «il fine politico penetri nell'attività amministrativa senza peraltro adulterarne la struttura e corromperne la funzione».

³⁹ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 14 aprile 2015, *Affaire Contrada c. Italie*, in <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-153771>; Id., 23 febbraio 2017, *Case of De Tommaso c. Italie*, in <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-171804>.

⁴⁰ *Guida pratica per una pubblica amministrazione di qualità*, in <http://ec.europa.eu/esf/toolbox>: «I partiti al potere definiscono le regole dell'amministrazione, che sono soggette al controllo, e possono decidere se il quadro normativo e procedurale debba essere al servizio dell'interesse pubblico o di interessi politici/privati; il che è di per sé una forma di 'corruzione legale' che non è etica ed è contraria ai principi della buona governance».

Un timido tentativo per tentare di limitare una cattiva gestione endemica è forse stato fatto cercando di applicare al settore pubblico le regole del diritto della concorrenza e, quindi, introducendo criteri volti a misurare l'attività amministrativa in termini di efficienza.

Tuttavia, se l'attività efficiente non può che rispecchiare l'amministrazione efficiente, deve però essere sottolineato che efficienza non è sinonimo di benessere sociale.

È sotto tale profilo che si impone una nuova lettura della Costituzione che, da insieme di norme formali ed astratte che escludono ogni finalità contenutistica, si presta ad una interpretazione che ne rilevi specifiche finalità che si impongono alla valutazione politica ed alla attuazione amministrativa⁴¹.

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

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

Spesso l'annullamento dell'atto illegittimo, se in grado di soddisfare la pretesa del ricorrente, non è in grado di realizzare il fine concreto di interesse pubblico perseguito dalla norma di legge attuativa del testo costituzionale.

Pare ormai innegabile che legittimità ed efficacia costituiscano due principi differenti⁴², eppure non ci si è ancora concentrati sugli strumenti per imporre l'efficace attuazione dei diritti fondamentali, preferendo incentrare ogni sforzo per garantire l'effettiva tutela giurisdizionale del bene della vita del ricorrente.

Se, da un lato, si è ritenuto di introdurre limitazioni ad annullamenti per vizi formali, inidonei ad incidere sulla sostanza⁴³, nello stesso tempo non si è ritenuto di incidere sulla capacità

⁴¹ L'art. 2 Cost. declina i doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale come preconditione per il godimento dei diritti inviolabili dell'uomo. Cfr. M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una prospettiva ricostruttiva*, cit., 537.

⁴² Interesse legittimo come pretesa alla legittimità, illegittimità come mancato perseguimento interesse pubblico.

⁴³ Legge n. 241/1990, art. 21 *octies*.

organizzativa, quale attività di distribuzione di risorse pubbliche finalizzata all'efficacia e buon andamento dell'apparato servente dei cittadini.

Ritengo il problema sia da ricercare a monte, nell'individuazione degli obiettivi che persegue la singola amministrazione⁴⁴.

Se questi restano generici, per mancata programmazione politica ed amministrativa, la disciplina attuativa del testo costituzionale non adempie alle proprie finalità e giustifica comportamenti organizzativi arbitrari⁴⁵. L'attività amministrativa discrezionale, seppure formalmente rispettosa della disciplina sul procedimento amministrativo, può non integrare nella sostanza della scelta i principi di buona amministrazione, affidamento e attribuzione.

La mancata attuazione dei principi di legalità e di attribuzione si riverbera sul buon andamento (e comporta violazione della Costituzione): gli atti amministrativi, privi di una chiara programmazione normativa, restano privi di un disegno unitario e specifici obiettivi da raggiungere e l'ampio margine di scelta favorisce decisioni parziali e corruzione che, fatte salve le ipotesi in cui si accertino specifiche fattispecie di reato, restano insindacabili⁴⁶.

L'organizzazione, in tale ipotesi, non è finalizzata alla efficace attuazione del testo costituzionale, come precisata in ambito normativo, e spesso diviene strumento per realizzare

⁴⁴ M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, Bologna, 1986, 140, secondo il quale «in amministrazioni pianificate si vive meglio»; R. DIPACE, *L'attività di programmazione come presupposto di decisioni amministrative*, in *aipda.it*, relazione convegno 2017 «Decisioni amministrative e processi deliberativi». Si esemplificano le attività di programmazione menzionando la legge di stabilità, la programmazione strategica dei ministeri, quella del fabbisogno di personale pubblico, le programmazioni in materia di acquisti da parte delle pubbliche amministrazioni, quelle per soddisfare i livelli essenziali delle prestazioni sanitarie quelle che riguardano il territorio, l'ambiente e la difesa del suolo. Si specifica altresì che è la logica programmatica a costituire il filo rosso che lega le politiche comunitarie a quelle nazionali.

⁴⁵ I documenti di programmazione non sono altro che semplici dichiarazioni prive di qualsiasi significato concreto e, quindi, vincoli ed impegni che ne consentano un confronto con le fonti normative e costituzionali (es. programmazione triennale università) e sempre si risolvono in documenti che giustificano interventi nell'organizzazione amministrativa che si ripercuote sull'attività. Sulle finalità della programmazione cfr. Cons. Stato, sez. VI, 22 novembre 2004, n. 7615; Id., sez. IV, 18 febbraio 2016, n. 651; Id., sez. V, 23 ottobre 2002, n. 5824.

⁴⁶ «In una amministrazione pianificata o programmata, sono i cittadini, innanzitutto, a vivere meglio poiché i loro interessi sono curati da interventi programmati (perciò conosciuti preventivamente), sulla base di una adeguata analisi e valutazione dei loro bisogni anche gli amministratori e i dirigenti i quali dispongono di direttive che indicano gli obiettivi da raggiungere e sulla base delle quali esercitano le proprie funzioni e i cui risultati sono sottoposti ad adeguati controlli. Vivono meglio gli operatori economici e gli imprenditori che hanno quadri di riferimento stabili per operare e programmare i propri investimenti. Dunque, curare adeguatamente gli interessi della collettività in un quadro di stabilità e certezza di obiettivi (funzione che è propria di ogni attività programmatica) è l'essenza della buona amministrazione». Così R. DIPACE, *L'attività di programmazione come presupposto di decisioni amministrative*, cit.

finalità politiche non contenute in disposizioni di legge e sottratte al vaglio della Corte Costituzionale.

In altre parole, l'atto, ancorché formalmente legittimo, si traduce in una lesione delle garanzie dei cittadini rispetto al perseguimento di obiettivi sostanziali condivisi e si rivela inidoneo a perseguire quei risultati dell'azione amministrativa che solo una coerente, chiara, precisa e responsabile programmazione volta a concretizzare il potere attribuito per garantire diritti e libertà costituzionali può imporre.

A mio parere è fuorviante l'introduzione del controllo di gestione che, se consente di spostare l'attenzione dal provvedimento, nello stesso tempo richiede un parametro di valutazione impossibile senza una precisa programmazione prima politica e poi amministrativa.

Il nucleo di valutazione resta incaricato di verificare l'efficienza dell'intervento pubblico mediante parametri propri del mondo imprenditoriale e utili per un raffronto in termini costi/risorse, ma inadeguato a verificare l'efficace attuazione dei diritti costituzionali, che restano un semplice richiamo formale privo di contenuto, spesso indebitamente sacrificati.

Così si investe molto in termini di risorse per la costituzione di uffici adibiti al controllo di gestione (personale, patrimonio, bilancio), senza alcuna possibilità di verificare la congruità delle scelte in merito ad un coerente e condiviso programma di attuazione della Costituzione.

Il collegamento tra organizzazione, comportamento amministrativo e risultato è fondamentale ma il risultato deve essere parametrato esclusivamente con una nuova lettura del testo costituzionale che impone alla politica e all'amministrazione l'adozione di puntuali programmi attuativi⁴⁷.

Come si vedrà, si ritiene che il termine efficiente, nei confronti del soggetto pubblico, debba identificarsi con il termine funzionale (alla realizzazione dei diritti e libertà costituzionali).

E' la specifica implementazione della Costituzione a dover costituire parametro di valutazione e giustificare affidamento e pretesa di risultato. Potranno così estendersi all'organizzazione i principi che regolano l'attività amministrativa.

⁴⁷ A. MAZZIOTTI, *La più importante delle riforme sarebbe tornare a un procedimento parlamentare normale*, in *Federalismi. it.*, n. 36/2020, afferma: «Ma, soprattutto, perché nessuno pensa che processi, organizzazione e razionalità del lavoro contino qualcosa. E invece sono la cosa più importante per il funzionamento di qualsiasi istituzione».

Proprio l'art. 1 della legge sul procedimento (n. 241/1990 e s.m.) pone sullo stesso piano i principi di efficacia e legittimità.

Si aggiunge che è ormai pacifico il collegamento dell'art. 28 Cost., che prevede la responsabilità diretta dei funzionari e dei dipendenti dello Stato e quella solidale dell'amministrazione per gli atti compiuti in violazione di diritti e interessi⁴⁸ con il successivo art. 97, co. 2, che ha finalmente trovato un significato concreto del principio di buon andamento, esplicito anche con l'efficacia⁴⁹.

L'attuazione dei principi dell'art. 97 Cost. non può prescindere dalla responsabilità della pubblica amministrazione e dal controllo giurisdizionale sull'utilizzo delle risorse disponibili. La malamministrazione risiede nella mancanza di precisi obbiettivi chiaramente delineati in attuazione del disegno costituzionale.

Fanno riflettere le parole del procuratore regionale nella parte in cui sottolineano la volontà dei recenti interventi governativi⁵⁰ di limitare le ipotesi di responsabilità amministrativa nella diffusa convinzione che responsabilità coincida con inefficienza e constatano: «D'altro canto, se si pensa che in Piemonte, una Regione con ben 1.187 amministrazioni pubbliche, le denunce fatte pervenire alla Procura contabile dagli organi di controllo interno sono state 4 (!) in tutto il 2020 e che in essi organi di controllo starebbe la capacità general-preventiva della malamministrazione, allora può ben confermarsi l'adagio confuciano per il quale 'Commettere un errore e non correggersi: ecco il vero errore'.», per poi evidenziare: «Oggi non è chiaro a quale

⁴⁸ F. MERUSI – M. CLARICH, *Art. 28*, in *Commentario della Costituzione*, G. Branca - A. Pizzorusso, Bologna-Roma, 1991, 364.

⁴⁹ Principi costituzionali: U. ALLEGRETTI, *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Digesto disc. Pubbl.*, Torino, 1993, VIII, G. BERTI, *Amministrazione e Costituzione*, in *Dir. amm.*, 1993, 455 C. PINELLI, *Commento agli artt. 97 e 98*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca e A. Pizzorusso, Roma-Bologna, 1994.

⁵⁰ Il riferimento è al Decreto legge 16 luglio 2020, n.76, recante “*Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale*”, entrato in vigore il giorno successivo e convertito con modificazioni dalla legge 11 settembre 2020, n.120, che ha stabilito: “Limitatamente ai fatti commessi dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al 31 dicembre 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”, previsione normativa tale da coprire tutto il ventaglio delle procedure di acquisizione di urgenza di presidi medici e sanitari occasionati dall'emergenza Covid-19 a decorrere dal 17 luglio 2020.

*principio giuridico, morale, etico, politico od anche solo di efficienza possa rispondere la invocata soppressione della colpa graves*⁵¹.

Proprio l'obblittivazione consente, come si approfondirà, controllo e responsabilità. Gli artt. 28 e 97 Cost. garantiscono un sistema giuridico coerente ed unitario volto alla tutela dei diritti fondamentali dell'uomo in quanto persona⁵².

L'istituzione di soli nuclei di controllo, quale il nucleo della concretezza⁵³, non pare sufficiente se non previamente accompagnata da precise indicazioni che consentano di valutare finalità di interesse pubblico e predisposizione di mezzi ed azioni per adempiere.

5. Segue: Attività, organizzazione, decentramento e persona.

Come osservato da Cerulli Irelli, il punto non è eliminare l'atto politico ma evitare l'arbitrio, incentrandosi sul testo costituzionale. Tutta l'azione amministrativa di ogni apparato di governo della Repubblica, e quindi gli apparati in sé medesimi come organizzazioni, sono soggetti ai principi di cui all'art. 97; e nessuno perciò si può sottrarre (sul versante del controllo non meno che sul versante della giurisdizione) a un sindacato esterno circa l'adeguamento della propria azione/organizzazione al rispetto di quei principi⁵⁴.

L'assunto non incide sul principio di autonomia, che significa piena responsabilità delle scelte di governo, adottate sulla base del proprio indirizzo politico amministrativo, ma nel rispetto della legge e delle regole proprie della funzione amministrativa in attuazione dei precitati principi⁵⁵.

⁵¹ Q. LORELLI, *Relazione all'inaugurazione dell'anno giudiziario 2021*, in www.corteconti.it: «Sempre sul versante della giustizia contabile, al termine della prima grande ondata della crisi, si è assistito ad un intervento di urgenza del Governo su una delle componenti strutturali dell'illecito amministrativo-contabile, ossia l'elemento psicologico, andando a circoscriverne la punibilità, con il fine, declamato quanto indimostrato, di rendere maggiormente efficiente l'amministrazione» e, ancora, «Talune recentissime prese di posizione, anche a margine od in seno a solenni cerimonie di inaugurazione dell'anno giudiziario, hanno purtroppo confermato il rinverdersi di pericolose idee demolitive dei principi fondamentali dell'art.97 della Costituzione, ma forse ed ancor di più della certezza del diritto e del principio di uguaglianza, in nome di una efficienza dell'amministrazione che sarebbe impedita dai laccioli della responsabilità».

⁵² F. MERUSI – M. CLARICH, *Art. 28*, in *Commentario della Costituzione*, cit., 364.

⁵³ L. 19 giugno 2019, n. 56.

⁵⁴ V. CERULLI IRELLI, *Per una politica dell'etica pubblica nella disciplina delle funzioni amministrative*, in astrid-online.it.

⁵⁵ Osserva G. SILVESTRI, *L'abuso del diritto nel diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, 17 giugno 2016, 5: «Da tempo si è posto il problema della configurabilità dell'eccesso di potere legislativo, sulla falsariga della consolidata categoria dell'eccesso di potere conosciuta nel diritto amministrativo. Benché la Corte costituzionale abbia fatto raramente riferimento a tale figura, una parte

La stessa Corte Costituzionale ha precisato che gli artt. 97 e 98 Cost. sono corollari dell'imparzialità, in cui si esprime la distinzione tra politica e amministrazione, tra l'azione del governo e l'azione dell'amministrazione, che, *«nell'attuazione dell'indirizzo politico della maggioranza, è vincolata invece ad agire senza distinzione di parti politiche, al fine del perseguimento delle finalità pubbliche obbiettivate dall'ordinamento»*⁵⁶.

La riflessione si complica solo apparentemente osservando che l'amministrazione è articolata su differenti centri di competenza, è direttamente responsabile e indipendente rispetto al governo, seppure non completamente: *«il Governo si vale dell'apparato amministrativo e lo dirige; ma non sono una sola ed identica cosa; ed anche democraticamente giova che l'Amministrazione abbia funzionari e responsabilità proprie e definite»*⁵⁷.

Il principio di imparzialità impone, infatti, che l'interesse pubblico perseguito dall'amministrazione sia distinto dall'interesse del o dei partiti politici di maggioranza.

L'amministrazione è funzionalizzata all'attuazione di un interesse pubblico stabile ed obiettivo, come dettagliato dalle fonti normative attuative della Costituzione, indipendentemente dal mutare degli indirizzi degli organi rappresentativi.

Tuttavia, proprio quel principio di imparzialità, che impone la separazione tra politica ed amministrazione per l'agire obiettivo della PA, richiede, nello stesso tempo, che il governo determini compiutamente l'attività di indirizzo politico nei confronti dell'amministrazione⁵⁸.

A ben vedere la differenza tra atto politico e provvedimento amministrativo risiede nella capacità di incidere sulle posizioni soggettive dei singoli, poiché entrambi sono funzionalizzati all'attuazione del Testo costituzionale. Mentre il primo fornisce alla Costituzione una lettura

consistente della dottrina è incline ad ammettere la sua 'importazione' nel campo nel diritto costituzionale». Lo stesso A. prosegue affermando: «Abbandonando il paragone fuorviante con l'eccesso di potere amministrativo, possiamo dire che la Costituzione può essere attuata in forme, modi e tempi diversi, ma non può essere contraddetta da un legislatore che muova in senso contrario alle prescrizioni teleologiche contenute nei principi fondamentali».

⁵⁶ Corte Cost., sentenza n. 453 del 1990.

⁵⁷ M. RUINI, Relazione al progetto di Costituzione.

⁵⁸ Cfr. L. CASINI (a cura di) *Venti anni di politica e amministrazione in Italia*, Bologna, 2017; L. TORCHIA (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 2009; B. DENTE, *In un diverso Stato* (1995), Bologna, 1999, 21 ss.; S. CASSESE, *La carriera del burocrate: dirigenza politica e dirigenza amministrativa in Italia*, in L. VISENTINI (a cura di), *Lavoro, professionalità e carriera nella pubblica amministrazione*, Milano, 1982, 105 ss., dove si osserva che l'attività di programmazione svolta dal livello politico è pressoché inesistente, gli atti di indirizzo e direttiva adottati dai singoli ministeri sono estremamente generici.

evolutiva e tale da soddisfare ogni previsione normativa, il secondo ne garantisce l'attuazione concreta.

In nessuna delle due ipotesi l'attività persegue obiettivi formali, bensì distribuzione di risorse ed attuazione delle aspettative del popolo sovrano (produzione dei risultati delineati a livello politico e concretizzati dall'amministrazione)⁵⁹.

In questo modo al giudice amministrativo può essere consegnato il potere non solo di conoscere del legittimo svolgimento del procedimento ma anche la rispondenza dell'attività ai risultati prescritti.

Quanto sopra non perde significato avendo riguardo all'autonomia degli enti del governo territoriale (regioni, province e comuni), quali enti di emanazione diretta delle rispettive collettività territoriali di riferimento.

Il decentramento politico e amministrativo, se comporta il trasferimento di importanti funzioni amministrative ai livelli di governo regionale e locale, nondimeno impone chiara attuazione del testo costituzionale⁶⁰. Lo stesso, infatti, trova giustificazione nella considerazione che le funzioni politiche sono più efficacemente esercitate da organi direttamente o indirettamente esponenti della collettività che rappresentano, amministrazioni chiamate a realizzare efficacemente i diritti e le libertà fondamentali in considerazione delle particolari esigenze e peculiarità della realtà locale che sono chiamate a servire.

⁵⁹ A. ZITO *Il sistema della performance della pubblica amministrazione tra disegno organizzativo e svolgimento della funzione*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2020, II, 588: «Indipendentemente dal modello di performance che viene scelto, il presupposto indeffettibile per la costruzione ed il buon funzionamento di ogni sistema di performance è rappresentato dall'individuazione *ex ante* degli obiettivi». E ancora, «Se si guarda, come è doveroso fare, alle scienze non giuridiche vi è un consenso pressoché unanime sul fatto che tale individuazione deve avvenire nel rispetto di certi principi: gli obiettivi (strategici ed operativi) devono essere formulati in modo chiaro e preciso e soprattutto ad essi devono essere associati criteri di misurazione e/o di valutazione adeguati».

⁶⁰ Corte Cost. 16 dicembre 1971, n. 208: «in presenza di calamità che abbiano malauguratamente ad assumere più vaste proporzioni, direttamente o indirettamente coinvolgendo la collettività nazionale, l'esigenza di assicurare -nel corso della fase operativa, successivamente, cioè, al verificarsi dell'evento - effettiva unità di indirizzo e di azione non può non prevalere - legittimamente - su ogni altra considerazione, pur se rispettabile. In presenza di catastrofi che commuovono la pubblica opinione, anche internazionale, reclamando la massima concentrazione di energie umane e di mezzi materiali, ivi compresi quelli di cui soltanto lo Stato è in grado di disporre, non vi è più luogo a sottili dosaggi di poteri ed a complicazioni di procedure, che potrebbero ritardare, se non addirittura compromettere, la tempestività e l'efficacia del soccorso, cui tutti devono animosamente cooperare, nell'adempimento di quei 'doveri inderogabili di solidarietà ... sociale' che l'articolo 2 della Costituzione ha solennemente posto a base dell'ordinamento vigente e che non concernono i soli individui, ma incombono del pari sui gruppi organizzati e gli enti di qualsiasi specie».

Occorre, però, evitare che il decentramento si risolva in strumento per realizzare interessi individuali e continui ad identificarsi in fenomeno di inefficienza che sopravvive nelle larghe maglie di una programmazione inesistente che priva la Costituzione di qualsiasi significato, sottraendo altresì ai cittadini lo strumento per far valere la responsabilità dei soggetti cui è stato affidato il potere⁶¹.

E' proprio la Corte di Giustizia ad averci insegnato che le modalità del controllo giurisdizionale devono essere stabilite attraverso norme processuali nazionali, nel rispetto dei principi di equivalenza e di effettività e al legislatore nazionale è consentito accordare ai giudici poteri più estesi, funzionali all'esercizio di un controllo in materia di opportunità, al fine di evitare che singoli provvedimenti amministrativi possano discostarsi da finalità economiche e perseguire discriminazioni tra imprese⁶².

Se l'assunto si applica nei confronti delle direttive sugli appalti pubblici, non si vede per quale motivo, a maggior ragione, non possa estendersi a verificare l'attuazione della Costituzione: l'ambito dell'incensurabile lascia il posto all'efficace attuazione dei diritti e libertà fondamentali e limita la malamministrazione.

6. L'interpretazione evolutiva del testo costituzionale non può essere arbitraria.

L'attuale situazione pare il frutto di una ormai cristallizzata idea di un potere pubblico corrotto e, comunque, inefficiente⁶³, aggravata dalla convinzione per cui l'efficiente attuazione del testo costituzionale si misura con la efficiente gestione delle risorse pubbliche.

⁶¹ D. SORACE, *Libertà delle persone con disabilità e discrezionalità delle amministrazioni pubbliche*, in R. BELLI (a cura di), *Libertà inviolabili e persone con disabilità*, Milano, 2000, 47, osserva: "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".

⁶² Corte Giust., 18 giugno 2002, causa C-92/00, *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs v. Stadt Wien*, punto 68.

⁶³ Da ultimo, M. MACCHIA, *Le misure generali*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 6/2020, cit.; S. CASSESE, *Amministrazione pubblica e progresso civile*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 151, cit.; C. BOSCIA, *Alla ricerca di una buona amministrazione: liberalizzazione, semplificazione e riforma Madia*, in *Giustamm.it*, 7/2018. Lo stesso decreto legge "Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale" approvato lo scorso 7 luglio (d.l. 16 luglio 2020, n. 76), nel dettare la disciplina

Il Testo costituzionale impone l'esercizio dell'attività politica che si concretizza in funzioni che gravano in capo alle amministrazioni. Una cattiva o assente pratica normativa non può che rivelarsi fattore di arbitrio da parte dei pubblici dipendenti e spesso di corruzione⁶⁴.

Come attentamente osservato, l'attività amministrativa consiste in attività che hanno per scopo la cura di interessi pubblici dove la qualifica e il valore di "pubblici" sono acquisiti secondo le regole di un sistema democratico e costituzionale, ove l'azione amministrativa deve dar sostanza effettiva ai diritti civili e sociali dei cittadini, attuando le grandi scelte costituzionali, a cominciare da quelle degli artt. 2 e 3, nella specificazione e integrazione stabilite dai corpi politici elettivi⁶⁵.

In adesione all'insegnamento di Kelsen, la norma inferiore trae la sua legittimità da quella superiore, ma le condizioni di validità non si limitano alla fissazione di procedure per l'approvazione delle norme di rango inferiore, ma devono delimitare altresì la sfera dei contenuti.

per fronteggiare la situazione, sembra limitare l'esercizio del potere imponendo termini abbreviati per la ponderazione (anche in ipotesi di conferenza di servizi), l'ampiamo delle ipotesi di silenzio-assenso sul presupposto si possa prescindere da una valutazione amministrativa, la nomina di commissari straordinari quando la fattispecie è ritenuta troppo impegnativa per un inadeguato soggetto pubblico.

⁶⁴*«Il problema più grave del nostro sistema parlamentare, però, non è il bicameralismo paritario, né tanto meno il numero dei parlamentari. No. Il problema è il metodo. Si lavora senza programmazione, senza orari certi, con continue interruzioni: un modo di procedere inconcepibile in qualsiasi altro ambiente di lavoro e sconosciuto al grande pubblico. Io stesso, quando sono arrivato in parlamento nel 2013, non ne avevo idea. Premetto che non si tratta di un problema nuovo. Si trascina da molte legislature, ma va peggiorando, per colpa di tutti gli attori coinvolti: governo, presidenze delle camere, partiti. Senza un cambio di passo non solo culturale, ma mentale, qualsiasi riforma costituzionale naufragherà sulle pessime abitudini della nostra politica, la prima delle quali è l'assuefazione a questo modo di lavorare assurdo»*, così A. MAZZIOTTI, *La più importante delle riforme sarebbe tornare a un procedimento parlamentare normale*, in *Federalismi. it*, n. 36/2020.

⁶⁵ D. SORACE, *La Costituzione ha 60 anni: la qualità della vita sessant'anni dopo*, in *costituzionalismo.it*.

L'atto politico trova un limite nella Costituzione⁶⁶ e, a sua volta, impone precisi limiti all'attività amministrativa⁶⁷. Si approfondirà più avanti tale aspetto, sottolineando come il potere politico deve espletarsi nel rispetto e nei limiti fissati dalla Costituzione⁶⁸.

Inoltre, il potere politico non può abdicare dal suo ruolo costituzionale, poiché l'inerzia comporta la violazione di quel dovere di esercizio dell'attività amministrativa per garantire e tutelare i diritti inviolabili⁶⁹.

Ciò impone di verificare il doveroso esercizio del potere di assumere decisioni politiche da parte degli organi che manifestano la volontà sovrana e la concretizzazione delle stesse da parte dell'amministrazione⁷⁰.

⁶⁶ Quel «nucleo irriducibile del diritto [...] protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto» Corte Cost., sentenze nn. 509/2000; 252/2001; 111/2005; 432/2005; 162/2007; 219/2008; 354/2008; 10/2010; 269/2010; 299/2010; 61/2011; 62/2013; 203/2016; 95/2016; 275/2016; 83/2019; 55/2019; 206/2019; 240/2019; 152/2020; 260/2020; 263/2020. Specifica G. SILVESTRI, *L'abuso del diritto nel diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, cit. 7 ss., per tutti i diritti fondamentali enunciati e tutelati nella Costituzione «nucleo essenziale è, di volta in volta, individuato dal giudice delle leggi in base a criteri non prefissati, ma comunque riferibili al dato costituzionale [...] questa 'flessibilità', legata a situazioni storiche di natura culturale, economica e sociale, non è in contrasto con la 'certezza del diritto', da molti invocata per ridurre al massimo l'incidenza dei principi costituzionali nell'ordinamento giuridico, ma al contrario, serve a garantire la certezza e l'effettività del diritto costituzionale, che possiede – non lo si dimentichi! – la peculiarità di dettare un dover essere normativo anche al potere legislativo. Negare ciò significherebbe negare le basi stesse dello Stato costituzionale».

⁶⁷ OSSERVA A. MAZZIOTTI, *La più importante delle riforme*, cit.: «Sarebbe sicuramente possibile smetterla di 'amministrare per legge', lasciando all'amministrazione il ruolo, per l'appunto, di amministrare, e quindi di gestire le risorse destinate alle misure di piccola dimensione nei settori di propria competenza». Sul punto si veda già ampiamente F. Merusi, *Sentieri interrotti della legalità. La decostruzione del diritto amministrativo*, Bologna, 2007.

⁶⁸ Corte Cost., ordinanza n. 17/2019: non è giustificabile «qualunque prassi si affermi nelle aule parlamentari, anche contra Constitutionem. Anzi, occorre arginare gli usi che conducono a un progressivo scostamento dai principi costituzionali, per prevenire una graduale ma inesorabile violazione delle forme dell'esercizio del potere legislativo, il cui rispetto appare essenziale affinché la legge parlamentare non smarrisca il ruolo di momento di conciliazione, in forma pubblica e democratica, dei diversi principi e interessi in gioco».

⁶⁹ M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una prospettiva ricostruttiva*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, cit.

⁷⁰ Si rinvia a quanto affermato da M. MONTEDURO, *Il provvedimento amministrativo. Natura e caratteri*, cit., dove si sottolinea il dovere (art. 2 co. 1, L. n. 241/1990, artt. 51, co. 3 e 54, co. 2 Cost.) dell'amministrazione di esercitare il potere: «essa esercita teleologicamente il suo ufficio a servizio degli interessi pubblici, ha lo scopo di servire i cittadini titolari della sovranità attribuita al popolo».

L'amministrazione, infatti, compie scelte con il limite dell'interesse pubblico fissato dal legislatore⁷¹, negli ambiti lasciati liberi dalla norma mediante "ponderazione di interessi"⁷².

Il primo passo, pertanto, è rappresentato dalla necessità che il legislatore persegua il benessere del popolo sovrano, attuando il disegno costituzionale e guidando l'amministrazione nella concretizzazione dello stesso⁷³.

Proprio la Costituzione deve tornare a svolgere il ruolo di Norma fondamentale capace di guidare i differenti legislatori adempiendo alla sua funzione unificante.

Si rende così indispensabile verificare quali siano i valori e i principi che sovrastano e si impongono all'attività politica ed amministrativa⁷⁴.

Osservava già Zagrebelsky, si intende per valore, a questo specifico fine, un bene finale che chiede di realizzarsi attraverso attività teleologicamente orientate. Esso vale come autorizzazione all'azione o al giudizio diretti al risultato, non come criterio di azione e di giudizio legittimi. Viceversa, con la locuzione principio, si intende far riferimento ad un bene iniziale che chiede di

⁷¹ Principio di legalità. Utile potrebbe essere l'attenta riflessione sul significato che il principio assume nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo dove, interpretando il disposto di cui all'articolo 7 CEDU, si afferma che la legge, oltre ad attribuire il potere e ad indicare le modalità di esercizio, deve essere anche accessibile e prevedibile, giungendo, quindi, ad imporre non solo l'esercizio del potere legislativo ma altresì l'apprezzabilità qualitativa della legge stessa. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 14 aprile 2015, *Affaire Contrada c. Italie*, in <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-153771>; Id., 23 febbraio 2017, *Case of De Tommaso v. Italie*, in <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-171804>.

⁷² M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi*, Milano, 1939.

⁷³ Cfr. F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1996, 97 ss., dove l'amministrazione è posta tra le istituzioni e la società. G. PASTORI, *Feliciano Benvenuti e il diritto amministrativo del nuovo secolo*, in *Jus*, 2008, 323. Da più parti si auspica un necessario salto di qualità nella serietà e nell'etica dell'amministrazione.

⁷⁴ L'amministrazione non agisce liberamente ma è titolare di specifici doveri per la soddisfazione dei quali è attribuito il potere,

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

realizzarsi attraverso attività che prendono da esso avvio e si sviluppano di conseguenza. Tra il principio e l'azione c'è un vincolo di coerenza che rende la seconda prevedibile⁷⁵.

Nella Costituzione sono radicati principi come la centralità della persona ed il relativo benessere rispetto all'azione amministrativa, nonché l'equità e legittimità dell'agire pubblico ancor prima della efficienza ad ogni costo.

Una tale lettura del testo costituzionale pare aderente al diritto sovranazionale che, in più occasioni, ha sottolineato la necessità di una amministrazione incentrata a garantire le istanze dei consociati⁷⁶.

L'individuazione dei valori e principi che devono guidare l'agire pubblico non può, infatti, prescindere, dall'ordinamento sovranazionale che, innegabilmente, condiziona l'interpretazione evolutiva della Carta⁷⁷. E proprio tale raffronto convince che alcuni valori e principi, tutelati dal diritto eurounitario e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, non hanno ancora trovato esplicito riconoscimento nel nostro ordinamento.

Il primato del diritto sovranazionale, accompagnato al principio di effettività, non può che imporre una più efficace attuazione dei diritti e libertà fondamentali, limitando l'agire politico e amministrativo e consentendo il controllo giurisdizionale.

Tra i principi che così si impongono nel nostro ordinamento, rileva qui in particolare quello di buona amministrazione che, inevitabilmente, si ripercuote su organizzazione e funzionamento.

L'attenzione deve rivolgersi ad individuare le modalità per garantire un corretto ed efficace esercizio del potere che solo consentirà l'ottimale impiego delle risorse e l'attuazione del progetto di una nuova società più rispettosa del testo costituzionale e del diritto sovranazionale.

⁷⁵ G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole?*, in *Quaderni fiorentini*, 2002, 873 ss.

⁷⁶ La stessa Corte Costituzionale (Corte Cost., 22 ottobre 1999, n. 388) ha evidenziato che il sistema CEDU e la Costituzione «*si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione*» e che (Corte Cost., 24 ottobre 2007, n. 349) occorre «*garantire, soprattutto mediante lo strumento interpretativo, la tendenziale coincidenza ed integrazione delle garanzie stabilite dalla CEDU e dalla Costituzione*».

⁷⁷ F. MARONE, *La CEDU da parametro di legittimità costituzionale della legge a fonte concorrente con la Costituzione?*, in *www.giurcost.org, Studi*, 2014, 1 ss.; sulla teoria delle cd. «*positive obligations*» degli Stati (nesso tra doveri pubblici e diritti umani), P. PUSTORINO, *L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella prassi della Commissione e della Corte di Strasburgo*, Napoli, 1998.

8. Segue: l'attuazione del Testo costituzionale e la necessaria limitazione della scelta politica e della discrezionalità amministrativa. Il diritto europeo.

Il testo costituzionale deve perdere il carattere di vuoto contenitore privo di precetti concreti per imporre la sua capacità di orientare politica ed amministrazione nell'individuazione ed attuazione dell'interesse pubblico del popolo sovrano⁷⁸.

Il diritto alla vita sovrasta la Carta fondamentale ed è declinato in differenti diritti e libertà che temperati ed attuati stabiliscono la qualità di vita possibile in un determinato momento storico. Tale determinazione, oggettivata in precise determinazioni politiche e nella programmazione dell'attività amministrativa, costituirà anche utile parametro di controllo, escludendo qualsiasi deriva del potere verso l'arbitrio e consegnerà nuovamente la sovranità ai cittadini, togliendola agli organi titolari del potere⁷⁹.

Colui che esercita potere non può sottrarsi a responsabilità e quest'ultima non renderà inefficiente il suo agire se gli obiettivi sono chiari e trasparenti. La responsabilità, anzi, consentirà di verificare professionalità, idoneità, correttezza, etica.

L'art. 97 Cost., ed il principio di buon andamento, non rinviano ad un generale ed astratto interesse pubblico, ma obbligano a ponderare e programmare specifiche azioni per attuare i diritti e le libertà tutelati anche a livello sovranazionale⁸⁰.

⁷⁸ La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. Così Corte Cost., sentenza 9 aprile 2013, n. 85.

⁷⁹ L. FERRAJOLI, *Legalità*, in M. RUOTOLO (a cura di), *La Costituzione ... aperta a tutti*, Roma, 2019, 18 ss.: «la sovranità appartiene al popolo, dice ancora l'articolo 1 della Costituzione. Ma questa norma equivale a una garanzia: a una garanzia negativa, dato che stabilisce che la sovranità appartiene al popolo e a nessun altro e nessun potere costituito, né assemblea rappresentativa, né governi o presidenti eletti, può usurparla e appropriarsene; ma anche a una garanzia positiva, giacché il popolo non esiste come macrosoggetto ma come l'insieme di tutti noi, cioè di milioni di persone, sicché la sovranità popolare equivale alla somma di quei frammenti di sovranità che sono i diritti fondamentali, politici, civili, di libertà e sociali, di cui tutti e ciascuno siamo titolari».

⁸⁰ È buona amministrazione, infatti, quella che imposta la propria attività su programmi elaborati in conformità agli obiettivi da raggiungere e che rispetta quanto programmato. Così R. DIPACE, *L'attività di programmazione come presupposto di decisioni amministrative*, cit.; si veda già G. ABBAMONTE, *Programmazione economica e pianificazione territoriale*, in *Enc. Dir.*, agg. II, 1998, il quale rileva altresì come mentre si amministra si possono cogliere elementi utili dalle pregresse esperienze per le successive programmazioni.

Il diritto a una buona amministrazione è stato incluso tra i diritti fondamentali della Carta europea dei diritti fondamentali (art. 41)⁸¹. Il co. 3 riconosce ad ogni persona il diritto al risarcimento per i danni cagionati dalle istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni, conformemente ai principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati membri⁸².

Nel diritto sovranazionale è, quindi, esplicitamente tutelata la pretesa a che l'agire politico e amministrativo sia finalizzato all'attuazione dei diritti e libertà fondamentali dei cittadini in conformità all'assunto per cui è il contenuto delle pretese del popolo sovrano a condizionare l'esercizio della funzione pubblica e non il contrario⁸³.

La previsione non può lasciare indifferente la lettura dell'art. 97 della Costituzione e l'attuazione del principio di buon andamento e imparzialità, o del precedente art. 54⁸⁴, laddove esige da parte dei titolari di funzioni pubbliche adempimenti con disciplina e onore.

Il primato del diritto europeo impone una rilettura dei principi costituzionali e la necessità di avvicinare il nostro ordinamento all'insegnamento dell'ordinamento sovranazionale⁸⁵.

Quanto affermato non può valere per le sole norme poste a tutela della libera concorrenza, ma riguarda il cittadino, indipendentemente dal suo operare sul mercato.

⁸¹ Il diritto ad una buona amministrazione è stato sancito espressamente come tale, per la prima volta, con l'adozione della Carta dei diritti dell'Unione europea (CDUE), proclamata a Nizza nel dicembre 2000, e divenuta giuridicamente vincolante a partire dal 1 dicembre 2009, data di entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Tra i molti studi dedicati al tema, P. CALANDRA, *Il buon andamento dell'amministrazione pubblica*, in Studi in memoria di V. Bachelet, Milano 1987; W. MORGESE, *Buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione: considerazioni in ordine al controllo dell'azione amministrativa*, in *La pubblica amministrazione nella Costituzione. Riflessioni e indicazioni di riforma*, Milano, 1995; D. SORACE, *La buona amministrazione e la qualità della vita, nel 60° anniversario della Costituzione*, in *www.Costituzionalismo.it*; R. FERRARA, *L'interesse pubblico al buon andamento della pubblica amministrazione tra forma e sostanza*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, I, Napoli 2011; C. PINELLI, *Il buon andamento dei pubblici uffici e la sua supposta tensione con l'imparzialità. Un'indagine sulla recente giurisprudenza costituzionale*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, I, Napoli, 2011; G. NAPOLITANO, *Liberalizzazioni e buona amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015. In via giurisprudenziale, tra le molte pronunce che hanno riconosciuto la buona amministrazione come principio generale del diritto, Corte Giust, 31 marzo 1992, in causa C-255/90 P., *Burban*; Tribunale primo grado, 18 settembre 1995, in causa T-167/94, *Nölle*; Id., 9 luglio 1999, in causa T-231/97, *New Europe Consulting e a.*

⁸² La previsione è ora contenuta anche all'art. 340 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea che disciplina l'istituto della responsabilità.

⁸³ A. ZITO, *Il "diritto ad una buona amministrazione" nella Carta europea dei diritti fondamentali e nell'ordinamento interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2002, 179 ss.

⁸⁴ «(..)I cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle con disciplina ed onore (...», art. 54 Cost.

⁸⁵ Significative sono le modifiche introdotte nel 2001 al testo costituzionale e, in particolare, all'art. 117 Cost., con l'introduzione al co. 1 dei vincoli per il legislatore italiano (statale e regionale) derivanti dagli obblighi internazionali ed europei. In giurisprudenza, si veda l'orientamento inaugurato dalla Corte Costituzionale con le sentenze 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349.

S'impone, ed il precetto crea legittimo affidamento, un'amministrazione imparziale, chiamata a soddisfare i bisogni dei cittadini efficacemente⁸⁶.

Il valore della persona umana assume carattere centrale nell'ordinamento sovranazionale e guida l'azione pubblica e le norme della Costituzione si prestano a questa diversa chiave di lettura e al cambiamento.

D'altra parte, proprio il funzionamento della Corte Costituzionale conferma la consapevolezza che anche le norme giuridiche costituzionali lasciano aperte diverse interpretazioni e i significati attribuiti finora non possono precludere nuovi e più conformi significati per il futuro⁸⁷.

La nostra Carta costituzionale si presta senza alcuna forzatura interpretativa ad una revisione del rapporto cittadino/amministrazione, dove l'agire amministrativo è al servizio del popolo sovrano e volge la sua attenzione alla persona e ai suoi bisogni; la persona diventa un valore costituzionale e costituisce il limite del legittimo *agere* pubblico⁸⁸.

Resta, quindi, da chiedersi che cosa sia oggi la buona amministrazione, se riguardo ad essa sia riconosciuto ai cittadini un diritto, quale sia l'estensione di questo diritto⁸⁹.

⁸⁶ S. CASSESE, *Sulla buona amministrazione e sulle riforme*, relazione al Convegno APIDA 2016, *Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme*, in www.dirittoamministrativo.org, afferma che il principio di buona amministrazione, in quanto codificato sia dal diritto nazionale sia da quello europeo, è diventato diritto, crea una situazione giuridica soggettiva a cui corrisponde un obbligo per la pubblica amministrazione. Si vedano anche R. URSI, *Le ragioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Rimini 2016; A. MASSERA, *I criteri di economicità, efficienza ed efficacia*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Il codice dell'azione amministrativa*, 2016, 41.

⁸⁷ La discussione sui principi e valori costituzionali richiede di essere costantemente rinnovata poiché nel diritto le valutazioni sono mutevoli e il solo modo per garantire la corretta applicazione dei valori costituzionali è quello di fare riferimento ad essi come realtà vitali, cfr. A.A. CERVATI, *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, Torino, 2009, *passim*. A pag. 4 si sottolinea che “la storia non è un antefatto ma il fondamento costante della esperienza giuridica”; ID. *A proposito di metodi valutativi nello studio del diritto costituzionale*, in *Diritto pubblico*, 2005, 707 ss. Si vedano anche le riflessioni di C. MORTATI (a cura di), *Le opinioni dissenzianti dei giudici costituzionali e internazionali*, Milano, 1964; S. CASSESE, *Una lezione sulla cosiddetta opinione dissenziente*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, 973 ss.; ID, *Dentro la Corte*, Bologna, 2015.

⁸⁸ cfr. G. BERTI, *La responsabilità pubblica (Costituzione e amministrazione)*, Padova, 1994; F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994; U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, 1996.

⁸⁹ Sul diritto a una buona amministrazione, *ex multis*, S. RICCI, *La “buona amministrazione”: ordinamento comunitario e ordinamento nazionale*, Torino, 2005; V. RAPELLI, *Il diritto ad una buona amministrazione comunitaria*, Torino, 2004; D.U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della pubblica amministrazione*, in Riv. it. dir. pubbl. comun., 2005, 819 ss.; D. SORACE, *La buona amministrazione*, in M. RUOTOLO (a cura di), *La Costituzione ha 60 anni: la qualità della vita sessant'anni dopo*, Atti del Convegno di Ascoli Piceno, 14-15 marzo 2008, Napoli, 2008, 119 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto ad una buona amministrazione*, in M. P. CHITI – G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, I, 49 ss.; E. CHITI, *Il principio di buona amministrazione*, in E.

Se l'interesse pubblico perde il carattere di generale e astratto, occorre riempire di contenuti concreti il principio di buona amministrazione al fine di creare precisi parametri per valutare, controllare, orientare il fine pubblico, garantendo sia effettivamente rivolto al benessere delle persone, del popolo sovrano.

Si ritiene fin d'ora di escludere che l'attuazione del principio di buona amministrazione coincida con la buona decisione amministrativa (tempestiva, imparziale, risarcimento, partecipata): la decisione amministrativa rispettosa dei dettami della legge sul procedimento non necessariamente è buona, semplicemente è restata inattaccabile sotto il profilo giurisdizionale, perché l'evoluzione delle figure di eccesso di potere, che molto hanno spostato la linea di confine tra legittimità sindacabile e merito insindacabile non ha ancora consentito di estendere il controllo al rispetto del programma di attuazione della Costituzione, finora troppo generico da costituire idoneo parametro di valutazione⁹⁰.

Se con la metamorfosi e l'ampliamento della categoria delle norme giuridiche⁹¹ s'impone all'amministrazione, nella cura in concreto dell'interesse pubblico, anche il rispetto dei principi generali ed il giudice utilizza gli stessi per verificare la legittimità del provvedimento amministrativo⁹², il principio di buona amministrazione, correttamente concretizzato, potrà consentire il controllo della corretta attuazione della Costituzione da parte degli organi costituzionali, politici e amministrativi.

CHITI, C. FRANCHINI, M. GNES, M. SAVINO, M. VERONELLI, *Diritto amministrativo europeo – Casi e materiali*, Milano, 2005, 39 e 40.

⁹⁰ Sull'eccesso di potere non può che rinviarsi a F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950. In merito alla evoluzione del vizio, A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 447; Id., *L'eccesso di potere fra diritto amministrativo e tutela giurisdizionale*, in *Scritti dedicati a Maurizio Converso*, Roma, 2016, 616 e 617. L'A., richiamando il recente orientamento della Corte di Cassazione che pare accogliere una nozione restrittiva di legittimità a vantaggio del merito, sottolinea che l'eccesso di potere rappresenta uno strumento irrinunciabile per la garanzia delle libertà, ed osserva che se «la linea precisa di frontiera fra legittimità e merito è mobile (perché il suo tracciato dipende anche da ragioni storiche), qualsiasi arretramento dovrebbe essere considerato con grande preoccupazione. L'errore di valutazione compiuto dalla Cassazione (...) si rispecchia in modo grave su tutti il sistema di tutela del cittadino». L'A. si riferisce all'orientamento inaugurato con Cass., Sez. Un., 17 febbraio 2012, n. 2312, e proseguito fino ad oggi (cfr. da ultimo Cass., Sez. Un., 22 settembre 2015, n. 19787).

⁹¹ M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo e principi generali*, in Id. (a cura di), *Le nuove mete del diritto amministrativo*, Bologna, 2010, 67-91; M. RENNA-SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012.

⁹² ROVELLI, *Lo sviamento di potere*, in *Raccolta di scritti di diritto pubblico in onore di G. Vacchelli*, Vita e pensiero, Milano, 1938, 447 ss.

E' un principio che attiene alla determinazione dell'interesse pubblico nonché all'organizzazione delle risorse per realizzarlo. La singola decisione amministrativa altro non è che la fase finale di attuazione del testo Costituzionale. Sia l'attività che l'organizzazione sono sottoposti ai principi del diritto europeo e richiamati dal legislatore nazionale: ragionevolezza, proporzionalità, precauzione, necessità, bilanciamento, giustiziabilità...

9. Diritti fondamentali e mercato. La qualità della vita che è possibile garantire.

La Consulta ha sottolineato la necessità che il legislatore rispetti quel rapporto “di integrazione reciproca” tra diritti costituzionali la cui tutela deve essere sempre “sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro”, evitando la creazione di diritti “tiranni”, poiché tutte le situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona⁹³.

Questo è il compito a cui deve rispondere la programmazione politica⁹⁴.

L'amministrazione poi, sulla base dei criteri che devono essere forniti dal legislatore, è chiamata, nei singoli procedimenti, a concretizzare il disegno costituzionale come normativamente interpretato, ricercando anch'essa la ponderazione tra tutti i differenti interessi coinvolti⁹⁵.

⁹³ Corte Cost., sentenza 9 aprile 2013, n. 85; Id., sentenza n. 264 del 2012.

⁹⁴ Sottolinea G. D'AMICO, *Stato e persona. Autonomia individuale e comunità politica*, in F. CORTESE-C. CARUSO-S. ROSSI (a cura di), *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea Costituente*, Milano, 2018, 113: «è proprio l'autonomia dell'uomo situata a riempire di senso il principio della “dignità dell'uomo”, definito dalla dottrina costituzionalistica come una sorta di norma di chiusura dell'ordinamento costituzionale o come un principio che non è soggetto a bilanciamento [...]».

⁹⁵ Corte Cost. n. 196 del 2004. Troppo spesso, dinnanzi ad una amministrazione inerte o inefficiente, il legislatore interviene mediante leggi provvedimento nel tentativo di vincolare la scelta amministrativa, sovente con il risultato di rendere estremamente complessa la lettura e l'applicazione delle disposizioni. Sovente il giudice amministrativo diviene così il soggetto chiamato a dare impulso all'amministrazione anche sostituendosi alla stessa. Il suo ruolo, però, non è quello di realizzare l'interesse pubblico, bensì quello di garantire piena tutela alla posizione sostanziale lesa fatta valere in giudizio. Sugli effetti negativi di amministrare per legge o per sentenza, cfr. L. TORCHIA, *Il sistema amministrativo e le attività produttive: le barriere, gli ostacoli, i nodi. Studi di caso per uscire dal labirinto*, in *I nodi della pubblica amministrazione*, a cura di L. Torchia, Napoli, 2016, 18 ss.

Sicuramente l'esercizio del potere pubblico ha un costo, l'attuazione dei diritti fondamentali rappresenta un costo⁹⁶. Si ritiene, però, che l'attenta lettura della Costituzione imponga di affermare che sono i diritti fondamentali a dover indirizzare l'economia e non viceversa⁹⁷.

Questo implica, altresì, la necessità di sostituire i limiti di bilancio con i limiti del rispetto dei diritti fondamentali.

Come precisato dalla Corte Costituzionale, spetta al legislatore predisporre gli strumenti idonei alla realizzazione ed attuazione dei diritti fondamentali, affinché la loro affermazione non si traduca in una mera previsione programmatica, ma venga riempita di contenuto concreto e reale⁹⁸.

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

Occorre, quindi, che organi politici ed amministrativi giustificino le scelte effettuate con la più efficiente attuazione del testo costituzionale, garantendo che le risorse disponibili siano destinate ad attuare tali diritti⁹⁹.

⁹⁶ Il legislatore, specificando l'art. 2 Cost., stabilisce puntuali obblighi amministrativi e compie le valutazioni in merito alla sostenibilità dei costi derivanti dall'attuazione degli obblighi amministrativi, «*si deve escludere [...] che possa essere la stessa Corte costituzionale a statuire [...] in contrasto con le determinazioni del legislatore [...] a quest'ultimo spettano le valutazioni di politica economica attinenti alle risorse disponibili nei diversi momenti storici*», quella determinazione del livello di qualità della vita che è possibile garantire ma resta dovere della Corte Costituzionale «*vigilare sul rispetto del nucleo essenziale dei diritti fondamentali, in ipotesi incisi da interventi riduttivi dello stesso legislatore*». Ex multis, Corte Cost., sentenza n. 119/2012. Nello stesso senso Corte Cost., sentenza n. 169/2017, laddove chiarisce la necessità di «*separare il fabbisogno finanziario destinato a spese incompressibili da quello afferente ad altri servizi [...] suscettibili di un giudizio in termini di sostenibilità finanziaria*», l'effettività del diritto ad ottenere prestazioni indefettibili «*non può che derivare dalla certezza delle disponibilità finanziarie per il soddisfacimento del medesimo diritto*».

⁹⁷ «*E' la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione*», così Corte Cost., sentenza n. 275/2016. Questi anni, invece, si sono caratterizzati per il favore riconosciuto a politiche di liberalizzazione dei mercati, per il ridimensionamento del ruolo degli organi politici e per il prevalere di logiche di mera efficienza economica, con i risultati che la pandemia ha mostrato. Un ruolo rilevante in questo meccanismo lo ha indubbiamente avuto, come si vedrà tra breve, l'Unione europea e le c.d. misure di austerità.

⁹⁸ Corte Cost., 19 ottobre 2016, n. 275, riferita al diritto all'istruzione del disabile, come consacrato nell'art. 38 Cost.

⁹⁹ Con riferimento al diritto alla salute, osserva M. LUCIANI, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra stato e regioni*, in E. CATELANI, G. CERRINA FERONI, M. C. GRISOLIA (a cura di), *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione. Modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, Torino, 2011, «*il totale delle risorse economiche disponibili per un concreto sistema sociale è rappresentato, ovviamente, da una quantità definita e non illimitata, ma non è affatto un dato la distribuzione di quel totale*». Sull'esercizio doveroso dell'agire amministrativo, si rimanda a F.G. SCOCA, *Il termine giudiziale nell'adempimento delle obbligazioni della pubblica amministrazione*, Milano, 1965.

L'economia deve coniugarsi con il benessere del popolo, essere capace di evitare il collasso ambientale, gravi danni alla salute e garantire la concretizzazione dei diritti e libertà fondamentali.

Il prodotto interno lordo perde il carattere di interesse primario¹⁰⁰.

Il primato del diritto europeo si scinde nettamente dall'esercizio della sovranità del popolo ed emerge in tutta la sua estraneità quando si osserva che non è espressione di volontà politica e costituzionale e può porsi in contrasto con l'identità costituzionale dello Stato membro¹⁰¹, in particolare, con il rispetto dei diritti fondamentali della persona, identità insita «nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali»¹⁰²

Tale circostanza avrebbe dovuto significare che non esiste primato del diritto della concorrenza sui diritti fondamentali della persona¹⁰³.

Al fine di eliminare ogni conflitto tra “finanze sane” e “bisogni sociali” si rende indispensabile una riconfigurazione, quantitativa e qualitativa, delle politiche economico-finanziarie e fiscali euro-unitarie, eventualmente apportando le dovute modifiche ai Trattati¹⁰⁴.

Si rende necessario individuare un cruscotto di indicatori che siano di supporto e parametro per le decisioni politiche. Essi dovranno fornire quelle informazioni fondamentali per garantire una

¹⁰⁰ Esistono ormai da molti anni degli indicatori che cercano di andare oltre il Pil. In Italia, ad esempio, l'Istat e il Cnel hanno prodotto il BES (Benessere Equo e Sostenibile), e anche l'Ocse ha un indice chiamato *Better Life*. S'impone l'adozione di un cruscotto di indicatori economici, sociali e ambientali. Si veda più ampiamente il prossimo paragrafo.

¹⁰¹ Corte Cost., sentenza n. 115/2018. In dottrina, M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Pervorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, 2009, 145, osserva che l'Europa è una forma politica intera entro cui stanno gli Stati nazionali, «un intero composto di parti distinte, che tali rimangono, pur trovando sempre più significato solo all'interno dell'intero».

¹⁰² Art. 4, co. 2, TUE.

¹⁰³ L. CARLASSARE, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2015, parte II, 149; A. MORRONE, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2014, 92. Rileva O. CHESSA, *Il pareggio di bilancio tra ideologie economiche, vincoli sistemici dell'unione monetaria e principi costituzionali supremi*, in *Forum di Quaderni Costituzionali - Rassegna*, 2016: «L'alternativa di fondo, in particolare, è se la previsione di limiti stringenti nei confronti della politica monetaria e fiscale – limiti volti a sostituire la discrezionalità politica degli organi di governo con automatismi scanditi da regole rigide – debbano ricondursi alla grande tradizione del costituzionalismo o se, al contrario, siano al servizio di un modello economico, sociale e politico che con gli ideali del costituzionalismo, specialmente di quello democratico-sociale, hanno poco o nulla a che spartire».

¹⁰⁴ L. DI MAJO, A. GASPARRO, M. VITTORI, *L'omogeneità di valori nell'Unione Europea tra crisi economica e tutela dei diritti fondamentali: quali scenari?*, in *Federalismi.it*, n. 19/2014, 32, osservano che, «L'asimmetria determinatasi tra obiettivi di tutela sociale da un lato e un diritto europeo fondato sul mercato e la libera concorrenza, viene accentuata dalla ridefinizione della governance economica europea: a fronte di una ulteriore erosione della sovranità statali in tema di bilancio, infatti, non si è accompagnato il consolidamento di una vera entità politica sovranazionale – garante di quella unità di indirizzo politico e uguaglianza tra gli stati membri necessaria all'esercizio di queste funzioni».

bussola non esclusivamente rivolta al mercato, capace di suggerire traiettorie di crescita e sviluppo realmente sostenibili per l'economia e la società.

Si rende fondamentale l'attività di programmazione che, se garantisce la considerazione congiunta delle tematiche sociali, ambientali ed economiche, d'altro lato consente la verifica della rispondenza delle scelte al testo costituzionale nonché la conformità dell'attività dei soggetti pubblici alle priorità di intervento descritte nel documento programmatico.

Esemplificando, l'attuale pandemia ha posto l'accento sulla necessità di perseguire gli obiettivi fondamentali per il benessere e la crescita del Paese, garantendo la fornitura di servizi pubblici di qualità, l'organizzazione di una rete di servizi di trasporto pubblico e di infrastrutture efficace ed efficiente, la tutela dell'ambiente, la promozione di pari opportunità e parità di trattamento per tutti i cittadini.

Stabilire quale grado di salute e benessere sia ancora possibile garantire pare fondamentale.

Il grado di effettività che soggetti politici ed amministrativi hanno raggiunto rappresenta il parametro per valutare ed eventualmente far sorgere responsabilità. L'agire della PA è funzionalizzato e il potere pubblico attribuisce normativamente la specifica funzione perimetrando i confini entro cui si esplica la scelta amministrativa¹⁰⁵. Questo è il principale compito dello Stato, ma anche il limite all'esercizio legittimo della sua attività¹⁰⁶.

L'esercizio del potere pubblico è legittimo solo se ed in quanto funzionalizzato ad assicurare il godimento dei diritti.

10. Amministrazione e politica.

¹⁰⁵ Sulla programmazione come fattore di limitazione o di conformazione della successiva attività amministrativa, cfr. F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, agg. Vol. VI, 2002, 79.

¹⁰⁶ Cfr. L.R. PERFETTI, *La pubblica amministrazione come dovere*, in *Scritti in onore di F.G. SCOCA*, in corso di pubblicazione, il quale precisa altresì: «l'amministrazione pubblica è una delle «forme» (art. 1) attraverso le quali la sovranità si esprime, essendo funzionalizzata all'interesse pubblico perché quest'ultimo coincide con e si esaurisce nella garanzia della massimizzazione del godimento dei diritti dell'uomo attraverso il loro razionale e proporzionato bilanciamento».

Delineato il ruolo centrale che dovrà impersonare il soggetto pubblico, pare conseguenza necessaria che politica e amministrazione si mostrino all'altezza della fiducia riposta dal popolo sovrano, del legittimo affidamento nei confronti di capacità e buona fede.

Se si intende rispettare il testo costituzionale non si vede strada alternativa rispetto alla necessaria valorizzazione della PA, introducendo, nello stesso tempo, opportuni strumenti per garantire l'efficacia e l'efficienza dell'operato, ma anche l'abbandono di una sua visione aziendalistica¹⁰⁷.

Il cambiamento, come visto, non risiede nella concezione aziendalistica dell'amministrazione ma impone una nuova attenzione al testo costituzionale, ai suoi valori e principi¹⁰⁸.

Quest'ultimo costituisce il riferimento per la valutazione dell'attività, ma innegabilmente richiede di essere attuato in modo da garantire i diritti e le libertà in esso sanciti nel modo più efficace possibile nel presente periodo storico. Ecco il dirimente ruolo della programmazione, prima politica e poi amministrativa.

A ben guardare il legislatore già da tempo riserva al ministro (art. 3, D. Lgs. n. 29/1993) il potere di indirizzo e coordinamento sulla base dell'individuazione degli obiettivi generali e dei programmi da porre in essere.

La successiva normativa si è poi preoccupata di attuare il principio di distinzione tra politica e amministrazione¹⁰⁹.

Gli incarichi dirigenziali divengono temporanei e si prevede che il provvedimento amministrativo di conferimento dell'incarico determini l'oggetto dell'incarico e gli obiettivi da conseguire.

Lo stretto rapporto di fiducia che si crea tra l'organo politico e la dirigenza, strumentale all'azione politica, discende dalla considerazione che l'azione di governo, nelle democrazie

¹⁰⁷ In particolare cfr. d. lgs n. 150/2009 e la successiva disciplina, nonché i numerosi soggetti deputati al controllo del suo operato (es. ANAC) e la disciplina sulla trasparenza.

¹⁰⁸ Cfr. U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, 1996, 237, che «ricostruire la dignità e lo sviluppo umani come criterio fondante, destinazione e modo di essere dell'amministrazione».

¹⁰⁹ Cfr. D. lgs., nn. 80/1998 e 387/1998, attuativi della c.d. legge Bassanini (L. n. 59/97); T.U. sul pubblico impiego (D.Lgs. 165/2001).

parlamentari, è normalmente legata agli interessi di una parte politica, espressione delle forze di maggioranza.

Si dimentica che il sovrano è il popolo nella sua interezza e che l'organo di governo, nel perseguire l'interesse della nazione trova precisi limiti e doveri nel testo costituzionale. L'amministrazione è vincolata ad agire senza distinzioni di parti politiche, al fine del perseguimento delle finalità pubbliche obbiettivate dall'ordinamento.

E' difatti compito della pubblica amministrazione, intesa quale apparato burocratico, dare attuazione all'indirizzo e alle scelte di fondo degli organi politici, compito che deve essere realizzato da una posizione di indipendenza operativa, che comprende programmazione strategica¹¹⁰ e di personale¹¹¹, nonché l'individuazione dei mezzi da utilizzare e la valutazione della loro idoneità a raggiungere i fini in modo imparziale e nel rispetto delle norme costituzionali¹¹².

Gli articoli 95 e 97 Cost. sono espressione di una stretta continuità fra attività politica e attività amministrativa tesa a garantire l'unità di indirizzo¹¹³.

Nel rapporto tra amministrazione imparziale e indirizzo politico un ruolo determinante lo assume la legge che deve rappresentare le specifiche direttive che il potere politico impartisce alla PA e, nello stesso tempo, assicurare al funzionario, proprio stabilendone competenze e

¹¹⁰ Il documento base per la programmazione e la definizione degli obiettivi delle unità dirigenziali di primo livello è la direttiva annuale del Ministro (art. 8 d.lgs. 30 luglio 1999, n. 286). Tale direttiva, in coerenza ad eventuali indirizzi del Presidente del Consiglio dei Ministri, e in attuazione del programma politico, identifica i risultati da realizzare, in relazione anche agli indicatori stabiliti dalla documentazione di bilancio, e determina, in relazione alle risorse assegnate, gli obiettivi di miglioramento, eventualmente indicando progetti speciali e scadenze intermedie. Per gli enti locali, si veda all'art. 170 TUEL, il documento unico di programmazione, presupposto necessario di tutti gli altri documenti di programmazione. Tale documento può contenere l'esplicitazione delle motivazioni delle scelte programmatiche effettuate dall'amministrazione dei singoli programmi da realizzare e dei relativi obiettivi nonché la programmazione dettagliata nell'arco temporale di riferimento.

¹¹¹ Il piano triennale dei fabbisogni, in coerenza con la pianificazione pluriennale delle attività e della *performance*, art. 6, d.lgs. n. 165/2001.

¹¹² A. ZITO, *Il sistema della performance della pubblica amministrazione tra disegno organizzativo e svolgimento della funzione*, 588, specifica che, indipendentemente dal modello di performance che viene scelto, il presupposto indefettibile per la costruzione ed il buon funzionamento di ogni sistema di performance è rappresentato dall'individuazione *ex ante* degli obiettivi.

¹¹³ C. D'ORTA, *La riforma della dirigenza: dalla sovrapposizione alla distinzione fra politica e amministrazione?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1994, I, 159.

responsabilità, il necessario margine di autonomia nei confronti del potere politico, quale essenziale condizione per l'imparzialità¹¹⁴.

Il principio della distinzione tra politica ed amministrazione assegna, comunque, ai politici, la cui legittimazione discende dai meccanismi della rappresentanza democratica, il compito di dettare le direttive e di valutare *ex post* i dirigenti in relazione ai risultati effettivamente perseguiti.

La mancanza di programmazione comporta l'impossibilità di assumere nuovo personale pubblico, la nullità dei contratti di lavoro e la conseguente responsabilità erariale¹¹⁵.

Fermo l'indiscutibile ruolo della politica, solo un valido sistema delle fonti¹¹⁶, insieme a specificità e chiarezza della programmazione, consentono una rispettosa attuazione del testo costituzionale.

¹¹⁴ Abbandonando servilismo della dirigenza al potere politico, aumento del clientelismo nell'amministrazione e degli oneri a carico della finanza pubblica.

¹¹⁵ D. lgs., n. 165/2001, art. 6, co. 6 e art. 36, co. 5. In tema di retribuzione di risultato per dirigenti, cfr. Cass., sez. lav., 31 gennaio 2018, n. 2462; Id., sez. lav., 3 luglio 2018, n. 17371, dove la mancata programmazione dà luogo a responsabilità per perdita di *chance*. Purtroppo, però, non sono effettuati controlli e nemmeno irrogate sanzioni, la programmazione spesso è estremamente generica ed elusiva, formulata per evitare qualsiasi limite all'attività futura. Cfr. A. ZITO *Il sistema della performance della pubblica amministrazione tra disegno organizzativo e svolgimento della funzione*, cit., 590, il quale evidenzia che allo stato attuale il mancato adempimento dell'obbligazione di adottare il piano della *performance* non determina alcuna responsabilità in capo ai titolari dell'organo di indirizzo politico-amministrativo inadempiente e la situazione non migliora, anzi peggiora nel caso in cui il piano risulti adottato, ma gli obiettivi non siano puntualmente indicati ovvero ad essi non sia associato un adeguato criterio di misurazione e/o di valutazione dalla cui applicazione possa discendere una efficace rendicontazione circa il loro effettivo raggiungimento. L'A. evidenzia altresì come tale inadempimento sia ancora più grave del primo e conclude osservando: "Allo stato attuale dunque gli organi titolari dell'indirizzo politico-amministrativo non sono responsabili né per l'omissione del Piano né per la sua errata formulazione (e per quest'ultima peraltro non sono responsabili neanche i dirigenti che debbono coadiuvarli nella adozione del piano) pur gravando sui medesimi precise obbligazioni giuridiche". Per quanto attiene alle amministrazioni universitarie, il d.lgs. 29 marzo 2012, n. 49, prevede l'adozione del piano economico-finanziario triennale, al fine di garantire la sostenibilità di tutte le attività dell'ateneo e, in coerenza con esso, la predisposizione del bilancio unico di ateneo. L'art. 4, prevede che le università predispongono piani triennali per la programmazione del reclutamento del personale. La violazione dei parametri indicati nella programmazione comporta responsabilità erariale e penalizzazioni nelle assegnazioni del fondo di finanziamento ordinario (art. 7, co. 5). Anche con riferimento agli appalti il D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (codice dei contratti pubblici), art. 32, co. 1, prevede che le procedure di affidamento dei contratti pubblici debbano conformarsi agli atti di programmazione, quale imprescindibile presupposto per scongiurare acquisti o spesa di denaro pubblico non rispondente alla soddisfazione dei bisogni della collettività. Eppure anche negli ultimi due settori citati i piani restano generici e non sussistono controlli.

¹¹⁶ Come visto, la discrezionalità amministrativa si esplica nel rapporto tra norme e atti amministrativi e costituisce anche lo specchio del sistema delle fonti. L'amministrazione, infatti, compie scelte con il limite dell'interesse pubblico fissato dal legislatore, negli ambiti lasciati liberi dalla norma mediante "ponderazione di interessi". La Corte europea dei diritti dell'uomo, interpretando il disposto di cui all'articolo 7 CEDU, precisa poi che la legge, oltre ad attribuire il potere e ad indicare le modalità di esercizio, deve essere anche accessibile e prevedibile, giungendo, quindi, ad imporre non solo l'esercizio del potere legislativo ma altresì l'apprezzabilità qualitativa della legge stessa. Corte

Occorre evitare che la sovranità popolare, che opera attraverso l'alternanza dei partiti politici, sia di fatto sostituita dall'arbitrio delle singole legislature che trasformano l'amministrazione in organo servente del partito¹¹⁷.

Organizzazione e attività amministrativa devono perdere connotazioni fortemente politiche per trovare nella giuridicizzazione la garanzia dell'imparzialità e buon andamento¹¹⁸.

Inoltre, si ritiene che la previsione di responsabilità dei dirigenti non dovrebbe riferirsi alla sola osservanza dei doveri fiduciari connaturati agli incarichi di funzione verso l'organo politico, ma estendersi altresì nei confronti di tutti i cittadini sul presupposto della rilevanza che assumono nel nostro impianto costituzionale gli interlocutori dell'amministrazione, non sudditi ma sovrani che pretendono l'attuazione della Carta fondamentale¹¹⁹.

11. Segue: il rapporto politica/ amministrazione e l'interesse pubblico. L'Amministrazione e l'azienda privata.

Ci si è concentrati sulla necessità di riorganizzare l'amministrazione ispirandosi ai modelli manageriali, puntando su una maggiore separazione delle funzioni amministrativa e politica.

La valutazione dei dirigenti ha rappresentato il riferimento principale per tentare di migliorare la qualità dei servizi offerti e per accrescere le competenze professionali.

È tuttavia innegabile che il rapporto tra politica ed amministrazione debba sussistere e dallo stesso non si possa prescindere in ragione del fatto che l'interesse pubblico non esiste isolato e

Europea dei Diritti dell'Uomo, 14 aprile 2015, *Affaire Contrada c. Italie*, in <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-153771>; Id., 23 febbraio 2017, *Case of De Tommaso v. Italie*, in <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-171804>.

¹¹⁷ Sulle problematiche che derivano dall'inquadrare l'istituto della dirigenza pubblica nell'ambito del diritto privato, P. PORTARULI, *Pensieri scomposti sugli incarichi dirigenziali*, in *Federalismi.it*, 2021, il quale evidenzia l'oggettività pubblica degli interessi e l'inadeguatezza del giudice ordinario a tutelarli, sottolineando la differenza tra tutela del dirigente e tutela dell'interesse pubblico. Sul tema dello *spoils system* N. DURANTE, *Spoils system e dirigenza pubblica* in *Federalismi.it*, 2011; G. D'ALESSIO (a cura di), *L'amministrazione come professione. I dirigenti pubblici tra spoils system e servizio ai cittadini*, Bologna, 2008.

¹¹⁸ P.M. VIPIANA, *L'autolimita della pubblica amministrazione*, Padova, 1990.

¹¹⁹ Si vedano interessanti spunti in F. MERLONI, *Distinzione tra politica e amministrazione e spoils system*, in F. MERLONI, A. PIOGGIA, R. SEGATORI, (a cura di), *L'amministrazione sta cambiando? Una verifica dell'effettività dell'innovazione nella pubblica amministrazione*, 2007, Milano; A. PIOGGIA, *Le persone come risorsa strategica nell'amministrazione dello sviluppo sostenibile*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 1055 ss.

necessariamente muta e deve essere continuamente esplicitato, solo così perde quel carattere indefinito che sempre lo ha caratterizzato¹²⁰.

L'attuazione della Costituzione necessariamente richiede ponderazione politica e amministrativa.

Se per l'impresa è necessario uno stretto rapporto di osmosi con il mercato, al punto che le due categorie si intersecano e compenetrano, il soggetto pubblico deve imparare ad operare in modo efficace *in primis* fuori dal mercato¹²¹.

La valutazione dell'azienda avviene secondo regole economiche, la valutazione dell'amministrazione, in primo luogo, in termini di capacità di realizzare i valori costituzionali, il benessere delle persone¹²².

Se per funzione si intende "parte di attività in quanto ordinata a un fine"¹²³, si è confuso il fine con la funzione: mentre il fine può ricollegarsi ad una versione aziendalistica della PA, la funzione resta ancorata al testo costituzionale¹²⁴.

L'amministrazione pubblica si trova «*al crocevia fra istituzioni e società*»¹²⁵, attua l'interesse pubblico come indicato dal legislatore, facendolo vivere nella singola fattispecie e l'organizzazione

¹²⁰ Osserva L.R. PERFETTI, *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, in *Il diritto dell'economia*, 2019, 49: «lo stesso concetto di interesse pubblico è più presupposto che spiegato nelle nostre letteratura e giurisprudenza; anche in questo caso, infatti, formulazioni come ponderazione degli interessi in ordine alla fattispecie o interesse funzionale protetto dalla norma finiscono per essere discutibili e comunque molto generali».

¹²¹ G. BERTI, *La parabola della persona stato (e dei suoi organi)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XI/XII (1982/1983), tomo II, 1001 ss.: «il diritto pubblico, quale noi conosciamo, nella sistemazione generale e nelle sue articolazioni, rimane sempre dominato dalla dogmatica della personalità dello stato e degli organi statali», ma il diritto pubblico «è radicalmente diverso, stando alla sua originaria e perdurante configurazione, caratterizzato da una fondamentale differenziazione dei soggetti», è «ordinamento basato sulla diversa qualità o attitudine dei soggetti».

¹²² «L'importante è avere sempre presente la ragione profonda per cui esistono gli apparati pubblici e non cadere nella trappola dell'autoreferenzialità, quella che fa sì che politici e funzionari siano ossessionati dal perseguimento dell'efficienza, efficacia e dell'economicità come se questi fossero gli obiettivi della loro azione, anziché, più semplicemente, modalità operative che, se ed in quanto realizzate, consentono di rendere un miglior servizio ai cittadini. Potrà sembrare strano, in questa epoca ossessionata dall'efficienza, eppure va detto che l'efficienza amministrativa, in sé, non è un valore: il valore è la persona umana e la sua dignità. Se l'amministrazione è efficiente nel creare condizioni per il pieno sviluppo della capacità di ciascun essere umano, allora quell'efficienza ha un senso, altrimenti è inutile o addirittura dannosa: la storia del secolo appena terminato ci insegna che l'efficienza burocratica può anche essere messa al servizio dello sterminio, anziché la promozione, dell'uomo», così G. ARENA, *L'amministrazione dalla parte dei cittadini*, in *qualitapa.gov.it*, 2001, par. 2.

¹²³ M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, 26 e 27.

¹²⁴ Ampi spunti in G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u.c. della costituzione*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 177, *Relazione al Convegno Cittadini attivi per una nuova amministrazione*, tenutosi a Roma il 7-8 febbraio 2003 e online in *amministrazioneincammino.it*; Id., *Cittadini attivi*, Roma Bari, 2006; G. BERTI, *La responsabilità pubblica (Costituzione e amministrazione)*, Padova, 2004.

¹²⁵ G. PASTORI, *Feliciano Benvenuti e il diritto amministrativo del nuovo secolo*, in *Jus*, 2008, 323.

«appare primariamente nel suo profilo di attività per la cura di finalità e scopi obiettivati nella stessa Costituzione e poi nelle leggi»¹²⁶.

«La ragione dell'esistenza delle pubbliche amministrazioni sta nel soddisfacimento delle esigenze dei cittadini. Se infatti i dipendenti, che sono l'elemento più importante delle amministrazioni, sono al servizio della Nazione, come potrebbero non esserlo le amministrazioni per quanto riguarda le funzioni, le organizzazioni, le procedure ed i mezzi, ciò per quanto riguarda gli altri loro elementi costitutivi?»¹²⁷.

L'organizzazione amministrativa non è funzionale a garantire la propria sopravvivenza ma a concretizzare il testo costituzionale garantendo il benessere del popolo¹²⁸.

A differenza dell'azienda, né gli organi politici e tantomeno l'amministrazione sono funzionali ai propri scopi, bensì, ed esclusivamente, al benessere del popolo che sono incaricati di servire¹²⁹.

L'affermazione è importante perché consente di abbandonare la concezione di uno Stato sovrano che esercita potere tramite le sue articolazioni per finalità incensurabili, per vedere uno Stato ed una amministrazione che agiscono, esercitando potere, per garantire al popolo i diritti fondamentali costituzionalmente previsti¹³⁰.

Si rende necessaria una classe politica preparata e moralmente idonea, ferma nelle convinzioni e capacità di programmazione, tale da rendere puntualmente conto ai cittadini delle proprie azioni, divenendo facilmente prevedibile nel cammino che deve essere compiuto, mai disposta a sacrificare diritti fondamentali per vantaggi politici o personali, pienamente responsabile per l'affidamento ingenerato nei cittadini¹³¹.

¹²⁶ G. PASTORI, *Feliciano Benvenuti e il diritto amministrativo*, cit., 325.

¹²⁷ Così G. ARENA, *L'amministrazione dalla parte dei cittadini*, in *qualitapa.gov.it*, 2001, par. 3.

¹²⁸ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, in *Annali delle Università toscane*, 1917/1918, ristampa, Firenze, 1946, 22 ss.

¹²⁹ L'organizzazione pubblica appare, almeno in parte, come espressione diretta del popolo sovrano. L'organizzazione pubblica è, quindi, servente la sovranità popolare e ne articola e concretizza i fini, così L.R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir. pubb.*, 2013, 61; A. MASSERA, *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, I, *Stato-persona e organo amministrativo. Profili storico-dogmatici*, Milano, 1989, 218 ss.

¹³⁰ G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1969; Id., *Il principio organizzativo nel diritto pubblico*, Padova, 1986.

¹³¹ «L'amministrazione non è una macchina (come tanti si ostinano a dire) ma è un sistema complesso in cui operano migliaia di persone, che si rivolge ad altre persone per soddisfarne esigenze fondamentali del vivere civile. Non si può migliorare il funzionamento degli apparati pubblici ponendosi unicamente in una prospettiva aziendale-ingegneristica, per il semplice motivo che le amministrazioni pubbliche non sono aziende e non sono macchine: sono, appunto, amministrazioni pubbliche, cioè organizzazioni che si caratterizzano per il fatto che

Solo così si supera la sfiducia diffusa nei politici, il disinteresse per le votazioni, la crisi delle ideologie politiche, mai adeguatamente sviluppate con seri e precisi obbiettivi, mai rispondente a precise azioni per raggiungere il fine propagandato. Fino ad arrivare al paradosso per cui, dinnanzi ad incapacità politica, si sopperisce con la tecnica, la pandemia ne costituisce dimostrazione¹³².

Si può anche aggiungere che l'efficienza economica quale parametro di valutazione dell'operato amministrativo non ci ha consegnato una politica ed una amministrazione in grado di attuare il testo costituzionale, quanto piuttosto arretramento della politica a favore della tecnica, assenza di idonea programmazione sostituita da previsioni generiche e un'amministrazione che continua ad utilizzare l'organizzazione per finalità politiche e personali che nulla hanno a che vedere con la funzione da svolgere.

La ricerca di etica e capacità del soggetto pubblico impone di soffermarci sull'atto politico e sulla possibilità di controllarlo.

Secondo la giurisprudenza amministrativa l'atto politico si riferisce alle «*supreme scelte in materia di costituzione, salvaguardia e funzionamento dei pubblici poteri*»¹³³, e la sua insindacabilità risiederebbe nell'assunto che la Costituzione non esaurisce le possibili finalità politiche attuabili nel nostro ordinamento, è una sorta di carta bianca in base alla quale trarre legittimazione al fine di perseguire la contingenti finalità politiche connesse alle elaborazioni programmatiche degli organi di Governo o, come visto, in assenza di programmazione, le finalità via via fatte proprie da organi dotati di potere¹³⁴.

dovrebbero operare non nel proprio interesse, bensì in quello altrui». Così G. ARENA, *L'amministrazione dalla parte dei cittadini*, in *qualitapa.gov.it.*, 2001, par. 2.

¹³² Con riferimento alle Autorità indipendenti, ex multis, N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema politico-istituzionale*, Torino, 2009; A. PAJNO, (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2009, 75; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2006; L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002; G. TESAURO, (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive d'un modello*, Bologna, 2005; S. CASSESE, C. FRANCHINI, (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996; F. BASSI, F. MERUSI, (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007; A. MAZZA LABOCCETTA, *Autorità amministrative indipendenti e principio di legalità*, in *Dir. econ.*, 2015, 633.

¹³³ Ex multis, Cons. Stato n. 808/2016; T.A.R. Lazio, sez. III Ter, 19 novembre 2019, n. 13244.

¹³⁴ V. CERULLI IRELLI, *Il ruolo del diritto nel governo degli effetti della crisi economica - la pubblica amministrazione* Intervento alla seduta inaugurale del VII Congresso giuridico forense per l'aggiornamento professionale – Roma, 15 marzo 2012, in *Rass. Forense*, 2012, fasc. 1-2.; Id., *Politica e amministrazione tra atti "politici" e atti "di alta amministrazione"*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2009, 120.

Si è, altresì, affermato che gli atti politici risultano sostanzialmente insindacabili per l'ampiezza della discrezionalità che li caratterizza, o perché insuscettibili di ledere interessi dei singoli, oppure ancora perché, qualificandosi come costituzionali, essi sono sottratti alle forme di sindacato giurisdizionale istituzionalmente predisposte nei confronti degli atti espressione della funzione amministrativa¹³⁵.

Funzione di indirizzo politico e riconducibilità a diretta attuazione delle disposizioni costituzionali giustificano la collocazione dell'atto politico tra la fase attuativa della Costituzione ed il momento di concreta produzione normativa nell'ordinamento italiano, al di sopra di qualsiasi possibilità di censura¹³⁶. Si è sostenuto, «*Per gli organi di indirizzo politico [...] la Costituzione non si presenta come il fine primario da realizzare*», ma come il limite, «*cioè come lo schema normativo entro cui è necessario procedere per poter concretare legittimamente, sul terreno giuridico, le particolari e contingenti finalità connesse alle scelte dei gruppi politici dominanti*»¹³⁷.

Precisa il Consiglio di Stato, l'atto politico si caratterizza per essere libero nei fini, perché riconducibile alle supreme scelte in materia di costituzione, salvaguardia e funzionamento dei pubblici poteri¹³⁸.

L'atto politico diviene lo strumento che, servendosi della Costituzione, traduce nel tessuto normativo le finalità politiche degli organi di governo, il nuovo sovrano che, delegato dalla maggioranza, s'impone a tutti i cittadini rendendoli sudditi, ai quali resta la possibilità di controllare, con l'ausilio del giudice amministrativo, se l'attività amministrativa si svolge conformemente alle disposizioni normative introdotte dagli stessi organi di governo, ma restano incensurabili i fini perseguiti perché costituiscono "libera interpretazione della Costituzione", quella funzione che caratterizza l'agire pubblico, che può variamente colorarsi a seconda del volere della rappresentanza politica.

¹³⁵ Così E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, 1961, 188.

¹³⁶ G. FERRARA, *Gli atti costituzionali*, Torino, 2000, 303, ha individuato l'elemento oggettivo di un atto costituzionale nella peculiarità di essere finalizzato a produrre mediante norme giuridiche altre norme giuridiche, i "beni economici e sociali" voluti dalla rappresentanza politica.

¹³⁷ E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit., 108.

¹³⁸ Cons. Stato, sez. VI, 11 giugno 2018, n. 3550.

Così l'arbitro ha portato i cittadini a perdere sovranità, a vedere inattuata la costituzione, inefficienza, corruzione, un esercizio del potere appunto "libero nei fini".

Eppure la Costituzione esiste. Si è altresì evidenziata «*la possibilità di un intervento nel campo dell'indirizzo politico di maggioranza da parte della Corte costituzionale e da parte del Capo dello Stato, i quali hanno il diritto-dovere di intervenire per correggere eventualmente l'indirizzo politico e per ricondurlo all'osservanza della Costituzione*»¹³⁹.

Gli stessi principi costituzionali che guidano l'attività amministrativa non possono poi lasciare indifferente l'attività politica¹⁴⁰.

12. Il dovere di attuare: il fine pubblico, dalla previsione politica all'attuazione amministrativa, la discrezionalità.

E' stato evidenziato che la nostra Carta costituzionale rappresenta lo strumento giuridico fondamentale ed imprescindibile attraverso cui risulta possibile perseguire gli innumerevoli, concreti, contingenti fini politici connessi alle elaborazioni programmatiche dei gruppi e dei partiti presenti nel sistema politico¹⁴¹.

Si condivide il riferimento alla programmazione come unico strumento per comunicare alla Nazione la modalità di ponderazione tra diritti costituzionali ed il livello di qualità della vita che sarà garantito, l'autolimitazione all'agire del potere ne garantisce buon andamento ed imparzialità.

¹³⁹ P. BARILE, *Relazione di sintesi*, in *La figura e il ruolo del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale italiano*, Atti di un Convegno (Messina-Taormina, 25, 26 e 27 ottobre 1984), G. SILVESTRI (a cura di), Milano 1985, 258 ss.

¹⁴⁰ Mi riferisco, per esempio, al controllo di ragionevolezza esercitato dalla Corte costituzionale. Cfr. A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, V ed., Torino, 2014, 121 ss. Se, come osservato da Cfr. G. MIGNEMI, *Sull'inesistenza dell'eccesso di potere legislativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, 167 ss. Legittimità e merito si intrecciano nella sfera costituzionale in modo sensibilmente diverso rispetto al principio di legalità che regge la funzione amministrativa, e, di conseguenza, non è semplice l'esportazione dell'eccesso di potere nel diritto costituzionale, nondimeno l'evoluzione della figura e l'elaborazione giurisprudenziale dei principi potrebbero, anche a livello costituzionale, ridurre l'alveo dell'insindacabile.

¹⁴¹ Così E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit., 108.

Ogni ulteriore adempimento dovrà giustificarsi con il documento programmatico: se questo sarà generico o assente, gli ulteriori adempimenti non potranno essere adottati perché privi di idonea giustificazione.

Non si ritiene, però, la Costituzione sia priva di prescrizioni chiare e limitative.

Se è vero che richiede attuazione, certamente non può considerarsi un vuoto contenitore che giustifica un atto politico “libero”.

Gli atti politici, si ritiene, non sono soggetti a controllo e a sindacato giurisdizionale, perché difettano di un vincolo funzionale. Ebbene, anche l'agire amministrativo non era sindacabile.

Per l'atto politico s'impone il percorso seguito per la pubblica amministrazione e una più attenta lettura della Costituzione ne costituisce il presupposto.

Il principio poi di buona amministrazione, come visto, è piuttosto recente e sta iniziando ad esplicare ora i suoi effetti a livello sovranazionale e di ordinamento interno, collocandosi opportunamente in quel solco, durato secoli, che ha portato alla metamorfosi di una amministrazione inizialmente libera nell'agire, a soggetto sottoposto al principio di legalità e, di seguito, attraverso l'elaborazione della figura dell'eccesso di potere, anche alle diverse sfumature che l'elaborazione e concretizzazione dei principi ora esplicitati all'art. 1, co. 1 L. n. 241/1990, ha tradotto in nuove regole oggettive per valutare attività e organizzazione.

Già Benvenuti avvertiva come l'esercizio della funzione amministrativa avesse completamente ignorato i suoi destinatari¹⁴² ed individuava nella programmazione, nell'amministrazione oggettivata, l'unico modello capace di garantire il soddisfacimento dell'interesse della collettività¹⁴³.

Più nel dettaglio, insegna l'A., l'amministrazione trova prima di tutto il suo ancoraggio nelle finalità e nei compiti individuati dalla Costituzione per l'intera organizzazione politica, economica

¹⁴² F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994 e in *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, 2006.

¹⁴³ Secondo Benvenuti, l'obiettivazione dell'amministrazione non significa soltanto attribuzione di una diversa caratteristica all'azione amministrativa, non significa soltanto un divenire dell'azione di programmazione, come non significa soltanto partecipazione del cittadino al procedimento di attuazione della funzione, ma significa anche un profondo mutamento nello stesso modo di essere strutturale dell'amministrazione, intesa come insieme degli enti nei quali si stempera il potere esecutivo. F. BENVENUTI, *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 1978, 6 ss., e in *Scritti giuridici*, cit., vol. IV, 3467 ss.; ID., *Ancora per un'amministrazione obbiettivata. Conclusioni*, in *Studi economico-giuridici*, vol. XLIX 1978-1979, 1980, t. III, 209 ss., ora in *Scritti giuridici*, cit., vol. IV, 3583 ss.

e sociale, è la Carta Costituzionale e poi la legge che obbiettivizzano quell'interesse pubblico che altrimenti resta termine vuoto suscettibile delle più diverse interpretazioni soggettive.

Così, rivolto all'attività amministrativa, Benvenuti considera la pianificazione disciplina della necessità di convivenza, soddisfazione delle tendenze di conservazione e di sviluppo della comunità¹⁴⁴.

La soggettività è superata a beneficio di un'amministrazione che agisce nell'ambito della programmazione, si vuole instaurare un modello di amministrazione che agisce per attribuire compiti e prefissare risultati per la collettività¹⁴⁵.

Non è più l'amministrazione dello Stato, ma l'apparato servente i cittadini che, mediante attività di regolazione e prestazione, concorre a realizzare quei fini che formano oggetto dei diritti e doveri delle persone consacrati nella prima parte della Costituzione.

L'ulteriore passo è riconoscere l'importanza che assume la programmazione in prospettiva normativa, come adozione di una legge generale che indichi modelli di comportamento astratti in ragione dei risultati che si vogliono ottenere nell'interesse pubblico.

La programmazione e con essa la proceduralizzazione dell'adozione delle decisioni normative sono la risposta alla crisi della legge come momento di "razionalità oggettiva"¹⁴⁶.

E se per l'attività amministrativa Benvenuti sottolineava l'importanza della partecipazione collettiva che si realizza nei procedimenti di programmazione, evidenziandone la rispondenza al principio democratico e, quindi, l'idoneità a strumento di conformazione dell'attività esecutiva che

¹⁴⁴ Si veda F. BENVENUTI, *Pianificazione del territorio e tutela del cittadino*, in *Jus*, 1987, 135 ss., ora in *Scritti giuridici*, cit., vol. V, 3945; ID., *La Regione e il governo del territorio*, in *Atti del Convegno La Regione e il governo del territorio*, Milano, 1972, 85 ss., ora in *Scritti giuridici*, cit., vol. V, 2993 ss.

¹⁴⁵ F. TRIMARCHI BANFI, *Metodo e merito in Feliciano Benvenuti*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 169 ss.; G. PASTORI, *Feliciano Benvenuti e il diritto amministrativo del nuovo secolo*, in *Jus*, 2008, 325, dove si sottolinea che Benvenuti ha offerto una rinnovata visione costituzionale dell'amministrazione. A pag. 328 e 329: «La riflessione sull'amministrazione come parte dell'organizzazione sociale approda così coerentemente alla previsione di uno statuto del cittadino, del nuovo cittadino, portatore insieme di diritti di libertà e doveri di solidarietà, investito di una capacità in proprio di provvedere in forma singola o associata alla cura di finalità di interesse generale: guardando a un compiuto espandersi del principio democratico che investa insieme istituzioni e società e che Egli sintetizza nella nozione di "demarchia"».

¹⁴⁶ S. ROMANO, *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, in *Scritti minori*, vol. I, Milano, 217-243.

si espleta durante il procedimento amministrativo¹⁴⁷, anche per l'elaborazione e implementazione dell'indirizzo politico s'impongono condivisione e trasparenza.

Gli organi politici hanno il dovere costituzionale di stabilire il livello di qualità della vita possibile e provvedere all'attuazione della Carta fondamentale mediante programmi chiari e dettagliati, diffusione delle conoscenze.

Ciò non implica il completo abbandono del supporto della tecnica, si è pienamente consapevoli della validità del contributo che le altre scienze possono offrire per arricchire la conoscenza della realtà giuridica, si sottolinea, però, come le altre scienze non possano sostituire l'attività politica: *«la verità è sempre un fatto dell'uomo e non della natura, sia quella che forma oggetto delle scienze naturali, sia quella che forma oggetto delle scienze morali e, tra esse, il diritto»*¹⁴⁸.

L'attuazione della Costituzione grava sull'intero sistema dalla stessa delineato, sul quale complessivamente pesa la doverosità organizzativa servendosi di professionisti e strutture idonei.

E' indispensabile contare su una adeguata capacità dei funzionari che esercitano il potere e poiché sono incaricati di svolgere attività rispondenti all'interesse della collettività ad essi dovrebbero richiedersi abilità superiori al privato che agisce sul mercato.

Anche nell'arena del pubblico la suddivisione delle competenze risponde a criterio di necessità per garantire il più ampio grado di specializzazione. Poiché efficiente qui acquista unicamente il significato di funzionale, si rende fondamentale l'accorta funzionalizzazione dell'organizzazione allo svolgimento di compito del compito di interesse pubblico.

Ecco, quindi, l'importanza di delineare in modo sostanziale a cosa sia funzionale una determinata amministrazione, oggettivandone l'attività.

Ne discende la doverosa profonda trasformazione della politica, dove professionisti seri e specializzati, moralmente idonei, siano capaci di identificare chiaramente i limiti entro i quali deve esercitarsi il potere della PA. I programmi di prevenzione, allontaneranno l'ipotesi dell'emergenza.

¹⁴⁷ F. BENVENUTI, *Il ruolo dell'amministrazione nello Stato democratico contemporaneo*, in *Jus*, 1987, 277 ss., ora in *Scritti giuridici*, cit., vol. V, 3926 ss., dove si individua nella partecipazione collettiva l'elemento essenziale per la trasformazione dello Stato democratico in "Stato ugualmente democratico".

¹⁴⁸ F. BENVENUTI, *Il disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1996, 491, il quale evidenzia altresì come l'ordinamento giuridico *«trae la sua esistenza e la sua validità dalla società il cui modo di essere è continuamente e sistematicamente in movimento»*.

Mi pare opportuno ricordare che trattasi di un “potere costituito” e non di un potere libero, al di fuori dei precetti costituzionali e, di conseguenza, qualsiasi violazione, inadempimento, mancata attuazione della Costituzione non può che dare luogo ad un atto viziato da un eccesso di potere costituzionale¹⁴⁹ o violazione di legge costituzionale e, in quanto tale, deve essere annullato dalla Corte costituzionale in sede di ‘conflitto di attribuzione’ tra poteri *ex* 134 Cost¹⁵⁰.

Peraltro, fuori dalle ipotesi del conflitto di attribuzione tra poteri, come si approfondirà nel successivo paragrafo, la natura di ‘atto costituzionale’ e l’intrinseca politicità hanno sempre escluso l’atto politico da qualsiasi sindacato giurisdizionale affermandosi unicamente una generica responsabilità politica¹⁵¹.

13. Segue: il necessario superamento del decentramento politico. La ricerca di un limite all’insindacabile.

Pare indubbio non si possa prescindere dalla classe politica quale classe di professionisti ai quali sono affidate le risultanze delle scienze per l’attenta ed equilibrata ponderazione dei diritti e libertà fondamentali e l’identificazione del livello di qualità possibile.

Il problema è che l’attore politico, colui che dovrebbe per primo avere a cuore la prevenzione e il contrasto alla corruzione, non mostra sufficiente “dedizione” a questo impegno¹⁵².

Occorre anzitutto rispetto ed elaborazione dei principi dell’etica pubblica, con particolare attenzione alla nozione di interesse pubblico, specialmente in connessione con le questioni legate

¹⁴⁹ Come già osservato nelle precedenti note, non si ignorano gli ostacoli alla semplice esportazione dell’eccesso di potere nel diritto costituzionale, trattandosi di attività la cui ponderazione tra fini è sicuramente più ampia di quella amministrativa. Tuttavia pare indubbio che i principi costituzionali che regolano l’attività amministrativa possano estendersi a quella politica.

¹⁵⁰ Si tratta, infatti, di atti che esulano dai confini dell’atto politico nonché dai limiti e dalle forme che la Costituzione ha fissato per l’esercizio del potere sovrano, sia nell’ipotesi di conflitti per invasione che per menomazione – cattivo uso.

¹⁵¹ V. CRISAFULLI, *La Corte Costituzionale tra Magistratura e Parlamento*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, Padova, 1958, 273 ss., in part. 294 ss.

¹⁵² D. CORBETTA, *Il caso Mose e il fallimento della normativa anticorruzione*, in *Paginauno*, 39, ottobre - novembre 2014.

alla corruzione; ancora una volta, come avvenuto per l'attività amministrativa, si rende indispensabile l'oggettivizzazione di principi affinché possano servire da parametro di controllo¹⁵³.

La classe politica potrà svolgere il suo ruolo costituzionale solo se acquisisce nei comportamenti concreti la convinzione che, per il corretto funzionamento del sistema, deve attenersi ai principi dell'etica pubblica e garantire, al di là di ogni inutile formalismo, responsabilità e imparzialità dell'azione.

Anche nel rapporto politica/amministrazione, l'abbandono di programmi formali, estremamente generici e poco vincolanti, impedirebbe quella puntuale pressione che inevitabilmente viene a crearsi, indipendentemente dalle norme. La direzione politica dell'amministrazione finisce per confluire in influenza puntuale sui singoli atti, un'influenza concreta e informale che assume le forme più svariate, sovente rivolta a favorire o sacrificare interessi in gioco, collegati all'una o all'altra parte politica, in palese violazione del principio di imparzialità.

L'insindacabilità dell'atto politico quale attività di 'direzione' che "mira a concretare sul terreno giuridico tutti i molteplici e variabili fini connessi alle scelte politiche delle forze di maggioranza"¹⁵⁴, può divenire sindacabilità attraverso gli stessi principi che regolano l'attività amministrativa (ragionevolezza, proporzionalità, efficacia ...).

Anche a voler condividere che la norma costituzionale non determina un vincolo nel fine, ma solo una serie di limiti, esterni e negativi, posti all'azione degli organi investiti della funzione¹⁵⁵,

¹⁵³ B.G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*, il Mulino, Bologna, 2007; AA. VV., *Le dimensioni della corruzione. Una prospettiva filosofica*, E. CEVA (a cura di), in *Notizie di Politeia*, XXXIV, 2018; G. PELLEGRINO, *Etica pubblica. Una piccola introduzione*, Roma, LUP, 2015; M. WALZER, *Azione politica. Il problema delle mani sporche*, in ID, *Il filo della politica. Democrazia, critica sociale e governo del mondo*, T. CASADEI (a cura di), Reggio Emilia, Diabasis, 2021; B. WILLIAMS, *Realismo e moralismo nella teoria politica*, in ID, *In principio era l'azione. Realismo e moralismo nella teoria politica*, Milano, Feltrinelli, 2007; G. BARBIERI- F. GIAVAZZI, *Corruzione a norma di legge. La lobby delle grandi opere che affonda l'Italia*, Rizzoli, Milano, 2014; D. DELLA PORTA - A. VANNUCCI, *Mani impune: vecchia e nuova corruzione in Italia*, Laterza, Roma-Bari, 2007; A. FRANZOSO, *Disobbediente! Essere onesti è la vera rivoluzione*, De Agostini, Milano, 2018.

¹⁵⁴ E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, 1961, 131.

¹⁵⁵ «In effetti la Costituzione formale, quand'anche esprima una gamma molto vasta di fini politici fondamentali, non può in alcun caso annullare, esaurendo la descrizione di tutti i possibili fini, l'area della "politicità" come libertà nella scelta dei fini: anche negli ordinamenti retti da Costituzioni rigide si configura necessariamente la presenza di uno spazio libero sufficiente alla formulazione di una pluralità di scelte politiche primarie (indirizzi politici) suscettibili di ampliare, precisare, graduare la serie dei fini inseriti nella Costituzione stessa», E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit., 200.

l'atto politico può essere sindacato nella sua capacità di determinare il livello di qualità di vita possibile e in quella di fornire tutti gli elementi per attuarlo¹⁵⁶.

Come avvenuto per l'amministrazione, l'opportunità della scelta non occupa l'intero spazio della scelta in sé, concorrono, infatti, le conoscenze della tecnica e le valutazioni della proporzionalità, logica, ragionevolezza oltreché della capacità della figura politica di indirizzare adeguatamente l'operato dell'amministrazione affinché il fine riceva adeguata concretizzazione.

L'attività politica esce da quel 'limbo' che l'ha sempre caratterizzata, tra l'attuazione diretta delle disposizioni costituzionali e la successiva produzione normativa, perché il testo costituzionale consegna alla politica un preciso compito, realizzare il benessere sociale nel più ampio grado possibile e porre in essere tutti gli elementi perché l'apparato esecutivo possa concretizzarlo.

Indirizzo politico e programmazione possono divenire sindacabili sotto tali aspetti, il popolo sovrano maturare aspettative e il giudice contabile valutare l'adeguato utilizzo delle risorse pubbliche.

Non significa rinunciare all'attività politica, ma concepirla come una professione seria e farne discendere le opportune conseguenze e tutele nei confronti di chi ha riposto o ripone fiducia nelle capacità.

D'altra parte pare non ci sia più alcun dubbio che l'indirizzo politico elaborato per attuare efficacemente il testo costituzionale non possa prescindere dall'apporto della tecnica e della scienza; qualsiasi valutazione che prescinda dai risultati scientifici consegnerebbe al popolo speranze irrealizzabili e sarebbe incostituzionale.

L'attività politica resta propedeutica rispetto all'adozione di un atto normativo, ma non si tratta di sola decisione di merito. La progettazione degli obiettivi da conseguire, la selezione delle finalità per cui si intende agire, nonché all'individuazione dei mezzi strumentali (finanziari,

¹⁵⁶ M. CARTABIA, *La Costituzione italiana e l'universalità dei diritti umani* (Relazione al Convegno *La Costituzione italiana 60 anni dopo*, Roma, Accademia dei Lincei, 28-29 febbraio, 2008), in www.astridonline.it, 2008, 34, osserva come il «criterio della soglia elementare potrebbe essere un'utile guida per mantenere una linea di demarcazione tra il ruolo di garanzia operato dai giudici, in relazione alla soglia elementare che non può essere sacrificata, e il ruolo delle istituzioni politiche che ben possono essere chiamate a decidere su questioni relative ai diritti fondamentali, quando queste non hanno a che vedere con quel nucleo [...] in tal modo si manterrebbe intatta l'alterità dei diritti fondamentali rispetto alla decisione politica e al circuito maggioritario, senza però attrarre nella sfera giurisdizionale ogni decisione riguardante i diritti, anche quando il problema non è garantire, ma decidere». Ecco, rendere chiara la consistenza del nucleo indefettibile appartenente ad ogni uomo, costituirebbe un oggettivo limite alla politica.

patrimoniali e personali) necessari all'effettiva realizzazione degli obiettivi politici prefissati non è esente da valutazioni di conformità con parametri oggettivi¹⁵⁷.

Ferma l'esigenza della trasparente e condivisa ponderazione politica, si sottolinea come la complessità della società attuale, la moltitudine dei rapporti da regolare, non possa essere affidata direttamente al Parlamento, perché non sarebbe in grado di seguire la concretizzazione di ogni aspetto mediante l'ausilio delle necessarie competenze tecniche-scientifiche, dettando una disciplina di dettaglio adeguata¹⁵⁸.

A tale compito è chiamato a rispondere l'apparato amministrativo e il suo decentramento che deve necessariamente trasformarsi: il pubblico impiegato deve abbandonare il ruolo di passacarte per divenire il professionista esperto al quale si richiede di gestire la più grande impresa della Nazione¹⁵⁹, la PA, con le peculiarità che la caratterizzano, spesso in nulla equiparabili alle società private del profitto¹⁶⁰.

In tale assetto un ruolo fondamentale lo riveste proprio il cittadino, il sovrano.

Una spinta forte di contrasto al problema, naturalmente, deve venire dalla società civile dove ai cittadini e alle imprese è richiesto di assumersi l'incarico di consultare l'attività di programmazione, i piani annuali o triennali e segnalare situazioni d'incompatibilità e mancato rispetto della norma.

¹⁵⁷ G. FERRARA, *Gli atti costituzionali*, Torino, 2000, 303, identifica l'atto politico «nel suo dover essere prodotto da un organo costituzionale e nell'essere finalizzato, in prima o in ultima istanza, alla produzione, mediante norme giuridiche, di norme giuridiche e dei beni che incorporati nei diritti da queste derivano, quei beni economici e sociali che, almeno per quanto riguarda la loro base materiale, sono voluti dalla rappresentanza, da cui l'atto costituzionale è originato, condizionato o permeato».

¹⁵⁸ «La Camera vuole amministrare e gli amministratori legiferare. Il Governo vuole amministrare e l'Amministrazione governare. Per questo le leggi sono regolamenti e le ordinanze a volte diventano leggi», H. DE BALZAC, *Fisiologia dell'impiegato* (1841), Elliot editore, 91.

¹⁵⁹ «La nostra amministrazione dipende da terzi, non ha tecnici interni dell'amministrazione, non sa progettare, per ogni decisione deve chiedere all'esterno. Si aggiunga il numero degli assunti senza concorso e quindi non selezionati, spesso senza laurea». ¹⁵⁹ S. CASSESE, *Sulla buona amministrazione e sulle riforme*, Conclusioni del Convegno annuale Aipda su *Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme*, 8 ottobre 2016, Roma, Università di Roma, in www.aipda.it, 3.

¹⁶⁰ Ampiamente H. DE BALZAC, *Fisiologia dell'impiegato* (1841), cit.; nonché in *Gli impiegati* (1838). L'A definiva la burocrazia come un "un potere gigantesco messo in moto da nani". Il mondo della burocrazia è stato, infatti, quasi sempre rappresentato come un regno dominato da un'exasperante lentezza, costantemente intasato, frenato da procedure bizantine e formalismi quasi caricaturali. Gli stessi impiegati pubblici sono stati invariabilmente raffigurati come gelosi custodi dei misteri della macchina, o come parassiti annidati dentro uffici polverosi. Recentemente, L. VANDELLI, *Apologia letteraria del passacarte*, Bologna, il Mulino.

Solo così potranno emergere situazioni che richiedono condanne per responsabilità erariale che costituiranno un valido disincentivo a perpetrare programmazioni prive di contenuti concreti.

La soluzione non è la liberalizzazione o privatizzazione dell'agire amministrativo ma una amministrazione idonea a svolgere il suo ruolo costituzionale.

L'amministrazione competente, moralmente idonea e adeguatamente programmata, saprà concretizzare al meglio la Costituzione e la pluralità di attori istituzionali, necessaria conseguenza del decentramento, nell'adempiere alle differenti competenze affidate, saprà attuare il disegno politico ed offrire al popolo la concreta attuazione del testo costituzionale.

Come osservato, i principi dell'azione amministrativa intesi nel loro complesso come regole di corretta amministrazione, al di là della mera legalità (che pure resta requisito minimo indispensabile), portati alle loro proprie conseguenze, possono coincidere, o tendono a coincidere con i principi dell'etica pubblica e attengono al concreto funzionamento dei servizi¹⁶¹.

La politica dell'etica pubblica deve dotarsi di strumenti capaci di assicurare, sul piano sostanziale, il rispetto dei principi dell'azione amministrativa, non solo formalmente intesi, ma capaci di garantire ai cittadini il corretto funzionamento complessivo del sistema¹⁶².

D'altra parte se è vero che la politica, quale attività che si svolge attraverso i partiti, compie attività diretta a soddisfare orientamenti, ideologie di una sola parte del popolo sovrano, la stessa deve muoversi comunque all'interno del quadro costituzionale (gli stessi limiti alle modifiche del testo costituzionale dimostrano che le azioni sono sottoposte a limiti ben precisi).

Ogni valutazione sulla possibile qualità di vita da garantire deve, altresì, rispondere a criteri di logica e razionalità, pena il risolversi in attività non concretizzabile e, di conseguenza, in mancato adempimento ai doveri costituzionali.

¹⁶¹ S. CASSESE, *Maladministration*, in *Foro it.*, 1992, V, 243.

¹⁶² Sul rapporto tra organizzazione amministrativa e valutazione della *performance* del funzionario pubblico, S. DETTORI, *Coordinamento e dovere d'ufficio nella logica dell'interdipendenza amministrativa*, cit., 48 ss.; 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, 1 ss.

Il lasciare programmazione dell'indirizzo e controllo della sua attuazione a soggetti sottratti da qualsiasi responsabilità (ad esclusione della responsabilità politica), necessariamente coincide con la rinuncia a diritti e libertà fondamentali

Si tratta sempre, in entrambe le sfere, di atti espressione della funzione amministrativa (intesa in senso lato) e perciò comunque soggetti ai principi costituzionali.

Quello «di buona amministrazione da principio è diventato diritto: non è una norma programmatica, ma disposizione che crea una situazione giuridica soggettiva a cui corrisponde un obbligo della pubblica amministrazione. Da norma di azione è diventata norma di relazione. Infine, esso ha contenuti diversi, perché può riguardare trasparenza, partecipazione, obbligo di motivazione, imparzialità, proporzionalità, i destinatari sono tutti gli individui, non è più limitato ad alcuni settori, riguarda provvedimenti e atti che hanno efficacia giuridica diversa (da leggi a codici di condotta o codici etici e altre forme di così detto "soft law"), ha declinazioni diverse perché è sia in funzione dell'efficienza della pubblica amministrazione, sia in funzione della tutela dei singoli cittadini, qualche volta è azionabile e qualche volta non è azionabile»¹⁶³.

¹⁶³ S. CASSESE, *Sulla buona amministrazione e sulle riforme*, Conclusioni del Convegno annuale Aipda su *Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme*, 8 ottobre 2016, Roma, Università di Roma Tre, in www.aipda.it, 1.

MICHELE TRIMARCHI
Professore associato di Diritto amministrativo
presso il Dipartimento di Giurisprudenza Università di Foggia
michele.trimarchi@unifg.it

PREMESSE SISTEMATICHE SULLE RELAZIONI ORGANIZZATIVE

SYSTEMATIC PREMISES ON RELATIONS BETWEEN PUBLIC BODIES

SINTESI

L'articolo riflette su un tema oggi abbastanza trascurato, quello delle relazioni organizzative. Si individuano le ragioni del relativo disinteresse della dottrina contemporanea ma si indicano anche le ragioni per cui il tema mantiene una assoluta centralità nella dogmatica del diritto amministrativo. L'articolo non contiene una descrizione del contenuto delle diverse relazioni organizzative esistenti, ma si concentra sui profili teorici a monte: in particolare, individua le possibili fonti delle relazioni organizzative, i tipi di strutture tra le quali esse possono intercorrere, le situazioni giuridiche soggettive implicate. L'autore critica la figura delle relazioni interne, ritenuta non ammissibile teoricamente. In conclusione, sono discusse alcune implicazioni, per il tema delle relazioni organizzative, della tesi dottrinale secondo cui la persona umana rappresenta l'unità organizzativa fondamentale.

ABSTRACT

The article focuses on relations between public bodies, today a quite neglected topic. The reasons for the relative lack of interest in contemporary doctrine are identified, but also the reasons why the subject maintains an absolute centrality in the dogmatics of administrative law. The article does not contain a description of the content of the various existing organizational relationships, but focuses on the theoretical profiles: in particular, it identifies the possible sources of organizational relationships, the types of structures between which they may exist, the subjective legal situations implicate. The author criticizes the figure of internal relations, considered theoretically inadmissible. In conclusion, some implications are discussed of the doctrinal thesis according to which the human person represents the fundamental organizational unit.

PAROLE CHIAVE: organizzazione amministrativa – soggettività – relazioni organizzative
KEYWORDS: administrative organization - subjectivity - organizational relations

INDICE: 1. Le ragioni del disinteresse per il tema – 2. (segue) Le ragioni del perdurante interesse – 3. La relazione organizzativa come rapporto giuridico posto da una norma di organizzazione – 4. Relazione organizzativa e soggettività giuridica – 5. (segue) La penetrazione della soggettività giuridica nell'organizzazione statale – 6. Situazioni giuridiche delle relazioni organizzative e loro tipologia – 7. Il problema delle c.d. relazioni interne – 8. Relazioni organizzative, formule organizzative, modelli organizzatori – 9. Relazione organizzativa e persona umana.

1. Le ragioni del disinteresse per il tema.

Il tema delle relazioni organizzative appare secondario negli studi degli ultimi anni sulla organizzazione della pubblica amministrazione¹. Anche se è possibile soltanto formulare ipotesi, è interessante domandarsi quali siano le ragioni di questo disinteresse.

Una prima causa può essere ravvisata nell'elevato livello di complessità, se non di complicazione, raggiunto dall'organizzazione amministrativa. La teoria delle relazioni organizzative presuppone che i rapporti tra le strutture amministrative si prestino ad essere ricondotti a determinati schemi astratti, in ragione di alcune invarianti; ed è scientificamente utile a condizione che quegli schemi siano utilizzabili come forme *a priori* per la conoscenza e l'interpretazione dell'organizzazione e della sua evoluzione².

La proliferazione delle strutture, la loro varietà tipologica, gli intrecci e le sovrapposizioni delle attribuzioni e delle competenze, l'instabilità del disegno organizzativo generale e delle sue articolazioni, la penuria di invarianti, sono tutti elementi che rendono inane lo sforzo di astrazione sotteso alla teoria delle relazioni organizzative. E che lo rendono pure vano, in quanto a fronte di un simile quadro positivo gli schemi astratti hanno una valenza euristica evidentemente limitata e il loro impiego in sede interpretativa rischia di essere poco utile, se non persino fuorviante.

Le relazioni organizzative sono rimaste ai margini del dibattito anche in ragione della crescente diffusione e rilevanza, sia all'interno dello Stato sia verso l'esterno, di rapporti improntati alla logica della equi-ordinazione tra le strutture, al cui studio si è comprensibilmente dedicata la dottrina negli ultimi anni³. I rapporti di equi-ordinazione, secondo le tesi prevalenti, non danno

¹ Prova ne sia che nella sezione monografica del fascicolo n. 1/2020 di *Persona e amministrazione*, dedicata all'organizzazione amministrativa, intercettano il tema delle relazioni organizzative soltanto lo studio di S. DETTORI, *Coordinamento e dovere d'ufficio nella logica dell'interdipendenza amministrativa* p. 21 ss., che peraltro sposta il coordinamento dal piano dell'organizzazione a quello dell'attività, in modo del tutto convincente; e, ma solo in parte, il contributo di G. ROMAGNOLI, *Concorrenza e "complementarietà" delle vigilanze economiche*, 131 ss.

² Il riferimento, invero più suggestivo che rigoroso, è naturalmente alle forme *a priori* come funzioni trascendentali della conoscenza nel pensiero di E. KANT, *Critica della ragion pura*, trad. di G. Gentile e G. Lombardo-Radice, intr. di V. Mathieu, Bari-Roma, 2020.

³ Ad es., F. CORTESE, *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, Milano, 2012, *passim*; D. D'ORSOGNA, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli, 2005.

luogo a relazioni organizzative stabili, ma a relazioni funzionali, che si compongono, scompongono e ricompongono essenzialmente in sede procedimentale⁴.

Infine, se le relazioni organizzative sono oggi in larga parte trascurate, ciò dipende anche dalla scarsa chiarezza del dibattito meno recente sul tema, che in più d'una occasione ha dato l'impressione di incagliarsi su aspetti nominalistici, forieri di equivoci o comunque moltiplicatori di difficoltà nel confronto tra le diverse posizioni. In argomento manca quel minimo di lessico comune che è essenziale per il progredire delle riflessioni⁵. Tale stato di cose si può imputare all'assenza nella dottrina italiana di studi di teoria generale dedicati *ex professo* a questo tema. Importanti contributi sulle singole relazioni organizzative sono naturalmente disponibili⁶, ma la sistematica delle stesse è in larga parte, con qualche eccezione, rimessa alle trattazioni manualistiche, più o meno approfondite⁷.

⁴ M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, 299; 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*, Bologna, 2001, 617, 624. Contra S. VALENTINI, *Figure, rapporti, modelli organizzatori. Lineamenti di teoria dell'organizzazione*, Padova, 1996, 103; G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa. Principi*, Torino, 2013, 131. V. Infra.

⁵ Per questa osservazione F.G. SCOCA, *I modelli organizzativi*, cit., 616: «va avvertito che, non essendo stato finora fatto uno studio di insieme sulle relazioni organizzative, ed avendo coloro che se ne sono occupati utilizzato in modo disomogeneo concetti e termini, non risulta agevole offrire un quadro chiaro e preciso sull'argomento».

⁶ Ad esempio, sulla gerarchia, A. AMORTH, *La nozione di gerarchia*, Milano, 1936, *passim*; G. MARONGIU, *Gerarchia amministrativa*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 616 ss.; A. PIOGGIA, *Gerarchia* (dir. amm.), in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, IV, Milano, 2006, 4023. Sulla direzione V. BACHELET, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, Milano, 1957; G. MARONGIU, *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, Padova, 1969, rist. 1989, 3 ss.; V. ANGIOLINI, *Direzione amministrativa*, in *Dig. Disc. pubbl.*, V, Torino, 1990, 1089 ss.; F. MERUSI – M. CLARICH, *Direttiva*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989, 3 ss.; G. SCIULLO, *La direttiva nell'ordinamento amministrativo (profili generali)*, Milano, 1993; E. PICOZZA, *L'attività di indirizzo della pubblica amministrazione*, Padova, 1988, sul connesso tema della funzione di indirizzo politico e amministrativo. Sul controllo G. BERTI – L. TUMIATI, *Controlli amministrativi*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 298 ss.; M.S. GIANNINI, *Controllo: nozione e problemi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1974, 1263 ss.; G. D'AURIA, *I controlli*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, II, Milano, 2003, 1344 ss.; R. LOMBARDI, *Contributo allo studio della funzione di controllo. Controlli interni e attività amministrativa*, Milano, 2003. Sulla delegazione G. MIELE, *Delega* (diritto amministrativo), in *Enc. dir.*, XI, Milano, 11962, 905 ss.; M. CAMMELLI, *Delega amministrativa*, in *Enc. giur.*, X, Roma, 1988, 1 ss.; C. MARTINI, *Delega* (dir. amm.), in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano, 2006, 55 ss. Sul coordinamento V. BACHELET, *Coordinamento*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 634; G. D. COMPORTI, *Il coordinamento infrastrutturale. Tecniche e garanzie*, Giuffrè, Milano, 1996; A. PIOGGIA, *Indirizzo e coordinamento* (dir. amm.), in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto amministrativo*, IV, Milano, 2006, 3082; F. CORTESE, *Il coordinamento amministrativo*, cit.; S. DETTORI, *Coordinamento*, cit., 21 ss. Sulla vigilanza L. ARCIDIACONO, *La vigilanza nel diritto pubblico*, Padova, 1984; S. VALENTINI, *Vigilanza*, in *Enc. Dir.*, XLVI, Milano, 1993, 703 ss.; M. STIPO, *Vigilanza e tutela* (dir. amm.), in *Enc. Giur. Treccani*, XXXII, Roma 1994, 2 ss.

⁷ Nondimeno, v. almeno A. DE VALLES, *Teoria giuridica dell'organizzazione dello Stato*, Padova, 1931; S. VALENTINI, *op. cit.*, 87 ss.; G. SCIULLO, *L'organizzazione*, cit., 107 ss.; F. G. SCOCA, *I modelli organizzativi*, cit., 613 ss.; M.S. GIANNINI, *op. cit.*, 150 ss., 277 ss., 779 ss.; A. PIOGGIA, *Organizzazione amministrativa*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, IV, Milano, 2006, 4023.

2. (segue) Le ragioni del perdurante interesse.

Le superiori osservazioni bastano per concludere che l'attuale scarsa propensione della dottrina rispetto al tema relazioni organizzative non è ingiustificata; e potrebbero indurre a rinunciare ad una pur sintetica trattazione dell'argomento.

Questa tentazione è superata dal rilievo che il tema delle relazioni organizzative non è semplicemente importante per l'approccio giuridico all'organizzazione amministrativa; è fondante: perché la giuridicità dell'organizzazione amministrativa dipende proprio dall'esistenza di una trama di relazioni al suo interno⁸.

Finché il paradigma dello Stato-persona è stato dominante, l'interesse della dottrina gius-pubblicistica si è concentrato sui congegni volti a renderlo giuridicamente operativo per il tramite della persona fisica; l'organizzazione amministrativa in senso proprio – ovvero: tutto ciò che concerne l'assetto delle strutture dell'apparato e i rapporti tra le stesse – rimaneva priva di rilevanza giuridica⁹.

Caduto il dogma della personalità unitaria dello Stato¹⁰, l'attenzione si è spostata anche su quei rapporti; e si è affermata l'idea ch'essi fossero istituiti e disciplinati da norme, le c.d. norme di organizzazione¹¹. Si può quindi ritenere che la giuridicità dell'organizzazione amministrativa, per come oggi la intendiamo, dipende essenzialmente dal carattere pluralistico dell'apparato pubblico e dall'esistenza di norme giuridiche che regolano i rapporti tra le sue componenti.

⁸ Sui fattori della giuridicità dell'organizzazione amministrativa si v. il sintetico ma completo quadro offerto da G. SCIULLO, *L'organizzazione*, cit., 7-11.

⁹ F. G. COCA, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, in L. MAZZAROLLI – G. PERICU – A. ROMANO – F.A. ROVERSI MONACO – F.G. COCA (a cura di), *op. cit.*, 462.

¹⁰ Decadenza dovuta anche al passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale pluriclasse (M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 46 s.), passaggio caratterizzato da una connessa proliferazione di apparati amministrativi che rese «sempre più inadeguato per la comprensione del fenomeno organizzativo un approccio ristretto alle problematiche dello Stato-persona e dell'organo» (G. SCIULLO, *L'organizzazione*, cit., 9).

¹¹ Sulle norme di organizzazione, tra gli altri, A. DE VALLES, *Teoria giuridica dell'organizzazione*, cit., 85 ss.; M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, 140; ma soprattutto M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 103 ss.; N. SAITTA, *Premesse per uno studio delle norme di organizzazione*, Milano, 1965, 22, 83 ss.; R. MARRAMA, *L'esercizio della funzione di organizzazione pubblica*, in L. MAZZAROLLI – G. PERICU – A. ROMANO – F.A. ROVERSI MONACO – F.G. COCA (a cura di), *op. cit.*, 431-435.

Del resto, come un ordinamento giuridico non è concepibile sull'isola deserta dove vive da solo Robinson Crusoe, così un diritto dell'organizzazione amministrativa non potrebbe esistere se la stessa organizzazione fosse un monolite¹². Come è la vita associata – con le relazioni e i contrasti tra individui – a generare il diritto quale regola di convivenza pacifica, così è la pluralità istituzionale – con i rapporti e gli scontri che ne derivano – a generare il diritto dell'organizzazione.

3. La relazione organizzativa come rapporto giuridico posto da una norma di organizzazione.

La giuridicità della relazione organizzativa in nient'altro consiste, se non nel fatto che la relazione è posta da una o più norme giuridiche¹³. La norma assegna alle strutture, che sono parti del rapporto, situazioni giuridiche correlate. Le strutture agiscono, all'interno di questa relazione, compiendo gli atti – o subendo gli effetti degli atti – che sono svolgimento di dette situazioni giuridiche.

Le relazioni organizzative così rigorosamente definite non esauriscono la rilevanza inter-strutturale dell'attività amministrativa: una parte di essa si sviluppa e si consuma all'esterno di quelle relazioni. Ciò dipende dal fatto che, accanto alle norme organizzative a contenuto inter-soggettivo, esistono norme organizzative prive di questo contenuto: le norme di attribuzione (di poteri) o di qualificazione giuridica¹⁴, alla cui stregua è conferita rilevanza inter-strutturale anche a vicende non inerenti a relazioni organizzative.

¹² Sul carattere sociale del fenomeno giuridico per tutti A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*, sesta ed. ampliata, 2008, 8 ss., dove il carattere sociale è significativamente collocato tra «i caratteri incontrovertibili del diritto».

¹³ Per tutti, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 277. Fa discendere la giuridicità delle relazioni organizzative dalla giuridicità dell'organizzazione amministrativa G. SCIULLO, *L'organizzazione*, cit., 118.

¹⁴ Si fa riferimento alla tipologia proposta da M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 105, il quale distingue: a) norme intersoggettive, le quali «regolano rapporti giuridici, attribuendo situazioni giuridiche soggettive, disciplinando atti ed effetti giuridici»; b) norme di conformazione, a loro volta distinte in: b1) norme di qualificazione, «che possono avere ad oggetto persone (come quelle che attribuiscono la qualità di funzionario pubblico, di titolare di ufficio pubblico), cose (come quelle che attribuiscono ad un bene la qualità di bene demaniale), rapporti (come quelle che definiscono certi rapporti giuridici come rilevanti a fini pubblici), od attività. Queste ultime [...] sono le norme di identificazione dei pubblici interessi [...] nelle loro diverse specie ma soprattutto nelle loro diverse gradazioni»; b2) norme costitutive di uffici. Avverte l'A. che «queste distinzioni hanno valore teorico. In concreto le norme organizzative sono sempre alquanto complesse».

La miglior dimostrazione di ciò è data dal contenzioso tra strutture pubbliche, soggettivizzate o meno: il quale non può esser tutto ricondotto a relazioni organizzative, o giustificato in base alle medesime, proprio perché una parte di esso si svolge intorno a regole organizzative prive di contenuto intersoggettivo¹⁵. Ad esempio, l'adozione di un atto in violazione di una norma attributiva di potere è circostanza sicuramente rilevante nei rapporti interstrutturali, in quanto il più delle volte, accanto alla struttura che esercita un potere non suo, ve ne è un'altra che subisce l'usurpazione, che infatti è legittimata a contestare l'atto in sede contenziosa o giurisdizionale. Ma tale vicenda non può essere ricondotta ad una relazione giuridica qualificata intercorrente tra le due strutture¹⁶.

Occorre quindi tener fermo che l'attività amministrativa assume rilievo interstrutturale sempre in ragione di una norma di organizzazione, ma al tempo stesso distinguere quella parte di essa che si compie all'interno di una relazione organizzativa da quella che si colloca all'esterno. La rilevanza infrastrutturale dipende in entrambi i casi da una norma di organizzazione, ma solo nel primo caso si tratta di norma intersoggettiva.

La distinzione è importante perché, se l'atto si colloca al di fuori di una relazione organizzativa, il suo paradigma di validità sarà rappresentato esclusivamente dallo schema

L'esistenza di norme di organizzazione non costitutive di rapporti è riconosciuta nella dottrina italiana quantomeno a partire da M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice*, cit., 20, 139 ss. In precedenza, chi affermava la natura giuridica delle norme di organizzazione tendeva a considerarle sempre regolative di rapporti giuridici, tuttavia includendovi le norme attributive di funzioni e competenze: A. DE VALLES, *op. cit.*, I, 85 ss.

¹⁵ Sulla ampiezza di questo contenzioso, e sulle sue radici storiche, M. MAZZAMUTO, *Liti tra pubbliche amministrazioni e vicende della giustizia amministrativa nel secolo decimonono*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 344 ss., 417, il quale conclude osservando esattamente che «occorre considerare la complessità dell'organizzazione pubblica e la varietà degli interessi che vi sono coinvolti. Quale che sia aprioristicamente il presunto grado di perfezionamento raggiunto nel riparto delle competenze o nella specializzazione teleologica degli enti, l'intreccio rimane talmente articolato da rendere sempre possibile che, in relazione alle fattispecie concrete e alla particolarità di ogni funzione coinvolta, si prospettino dei conflitti di interesse non corrispondenti alla trama astratta dell'ordine intersoggettivo, ma pur sempre meritevoli di protezione».

¹⁶ Lo si afferma nella consapevolezza che, secondo una parte della dottrina, le norme attributive di poteri sarebbero anche norme intersoggettive, in quanto, ripartendo i poteri, istituiscono anche relazioni tra soggetti pubblici (R. MARRAMA, *L'esercizio della funzione*, cit., 433, ma già A. DE VALLES, *op. cit.*, I, 85 ss.). Questa impostazione è senz'altro accettabile nella misura in cui vuole sottolineare il valore innanzitutto garantistico della ripartizione del potere amministrativo tra diversi organi, di modo che la potestà di ciascuno è limitata da quella degli altri (sul punto, a proposito di De Valles, M. MAZZAMUTO, *op. cit.*, 416). Ma al di là di questo, sembra francamente eccessivo ritenere che la norma X, attribuendo il potere A all'organo B, stabilisce una relazione giuridica tra l'organo B medesimo e l'organo C, in quanto sprovvisto del potere A. Così ragionando, si arriverebbe a ritenere che ogni norma attributiva di un diritto o di una facoltà (o in generale di una situazione giuridica soggettiva) stabilisce un rapporto giuridico tra il soggetto attributario e tutti gli altri soggetti dell'ordinamento.

normativo del potere, per cui un'amministrazione che si ritenesse lesa nelle sue prerogative non potrebbe invocare altro, se non le stesse norme che potrebbe invocare un cittadino. Viceversa, se l'atto si colloca all'interno di una relazione organizzativa, la struttura che ritiene di aver subito una lesione può invocare, oltre la disciplina generale del potere, la violazione delle specifiche regole della relazione organizzativa.

4. Relazione organizzativa e soggettività giuridica.

La relazione organizzativa, intesa come rapporto giuridico istituito da una norma di organizzazione, può logicamente intercorrere soltanto tra strutture amministrative dotate di capacità giuridica, ossia con attitudine alla titolarità di situazioni giuridiche generate dalla norma di organizzazione¹⁷.

Poiché la capacità giuridica è comune a tutti i soggetti dell'ordinamento e non si dispiega oltre i confini della soggettività (nel senso che capacità giuridica e soggettività si equivalgono nel rispettivo contenuto)¹⁸, le relazioni organizzative intercorrono (soltanto) tra strutture dotate di soggettività giuridica (soggetti o figure soggettive). Sono tali senz'altro le persone giuridiche di diritto pubblico; ma non esclusivamente queste, poiché nell'organizzazione amministrativa operano anche enti privi di personalità e tuttavia dotati di capacità giuridica: soggetti (non personificati) tra i quali possono intercorrere relazioni organizzative¹⁹. Infine, relazioni organizzative possono sussistere anche tra una persona giuridica di diritto pubblico a una di diritto privato, quando la seconda sia sostanzialmente equiparata ad una articolazione interna dell'amministrazione²⁰. Le

¹⁷ Per la capacità giuridica come attitudine del soggetto ad essere potenziale destinatario di tutti gli effetti giuridici previsti dall'ordinamento v. A. FALZEA, *Capacità* (teoria generale), in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 10 ss.

¹⁸ A. FALZEA, *Capacità*, loc. ult. cit., 23.

¹⁹ Tra gli altri, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 115 ss.; S. VALENTINI, *Figure*, cit., 23 ss., 28; F.G. SCOCA, *Le amministrazioni come operatori giuridici*, cit., 506 ss.; A. BARTOLINI, *Organo ed ufficio*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *I fondamenti dell'organizzazione amministrativa*, Roma, 2011, 4. Nel diritto privato, la letteratura sui soggetti collettivi non personificati è sterminata: si v., per tutti, P. ZATTI, *Persona giuridica e soggettività*, Padova, 1975; F. GALGANO, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, 553 ss.; ID., *Diritto privato*, Padova, 2010, 243; M. BASILE – A. FALZEA, *Persona giuridica*, a) *Diritto privato*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 237.

²⁰ Si pensi alle società *in house*, dove la relazione organizzativa di riferimento è il controllo analogo.

relazioni organizzative, conclusivamente, sono sempre rapporti intersoggettivi; sono rapporti interpersonali quando intercorrono tra soggetti pubblici (o tra un soggetto pubblico e uno privato) personificati²¹.

Dal momento che le figure soggettive sono enti collettivi, personificati o meno, le loro situazioni soggettive vengono concretamente azionate dai rispettivi organi, i quali compiono fattispecie giuridiche imputate, sia per sé sia per gli effetti che producono, alle figure soggettive parti della relazione organizzativa²². Di conseguenza – a meno di ritenere che gli organi trasferiscano la propria capacità giuridica alla figura soggettiva (oppure siano mezzo di attuazione della capacità d'agire di queste ultime)²³ – nell'ambito della relazione organizzativa si registra una **divaricazione** tra la titolarità delle situazioni soggettive, che resta in capo alle figure soggettive in ragione della loro capacità giuridica, e l'azionamento delle situazioni medesime, che è prerogativa degli **organi** in ragione della loro capacità di agire.

²¹ F.G. SCOCA, *I modelli organizzativi*, cit., 615, denomina «*interorganiche*» le relazioni che intercorrono tra uffici di diverse amministrazioni (figure soggettive), mentre «*intersoggettive*» quelle intercorrenti tra diverse persone giuridiche. La nomenclatura però non sembra pienamente coerente con le premesse teoriche dell'A., qui condivise. Ed infatti, se pure le strutture non personificate sono soggetti giuridici (o figure soggettive), non si vede perché «*intersoggettive*» debbano essere denominate soltanto le relazioni che intercorrono tra persone giuridiche.

²² Sull'imputazione degli atti e dei loro effetti, da parte dell'organo (centro attivo) al soggetto giuridico (centro passivo), si vedano, per tutti, A. FALZEA, *Capacità*, cit., 31 ss.; M. S. GIANNINI, *Organi* (teoria gen.), in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, *ad vocem*; F.G. SCOCA, *Le amministrazioni come operatori giuridici*, cit.; A. BARTOLINI, *Organo e ufficio*, cit., 30 ss., il quale però propone una impegnativa quanto interessante rilettura del tema, sostenendo la tesi che «*il discrimen per imputare la riferibilità di una fattispecie all'amministrazione o alla persona fisica agente è quello dell'occasionalità necessaria, per cui se il comportamento, il fatto, l'atto viene occasionato nell'interesse dell'amministrazione e da un soggetto che è incaricato di operare per quest'ultima, il medesimo sarà imputato all'organizzazione collettiva; laddove, invece, risulti che il fatto, il comportamento, l'atto sia adottato per fini personali ed egoistici dell'agente, si avrà una frattura del rapporto d'imputazione. Con ciò non si vuole, peraltro, negare il valore nozionale dell'organo. Come già evidenziato, gli organi sono elementi costitutivi dell'amministrazione e necessari dal punto di vista costituzionale. Peraltro, la loro funzione non va colta all'interno dei profili concernenti l'efficacia degli atti, ma sotto quello della loro validità [...] dal punto di vista della validità*». Non possibile in questa sede intrattenersi sulla valutazione di questa proposta ricostruttiva, ma la stessa pare in linea con la rilettura generale dei rapporti tra efficacia e validità dei comportamenti programmatici intrapresa in M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, Pisa, 2013, 104 ss.

²³ Tesi autorevolmente sostenuta: S. ROMANO, *Organi*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, rist. 1983, 158; G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2010, 12. Tuttavia, secondo la tesi oggi più accreditata, le persone giuridiche (più in generale, gli enti collettivi) sono prive di capacità di agire e dotati invece di capacità di imputazione di fattispecie: A. FALZEA, *Capacità*, cit. 31 ss.; M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit. 121 ss.; ID., *Organi*, cit., 46; G. MARONGIU, *Organo e ufficio*, in *Jus*, 1988, 3; F.G. SCOCA, *Le amministrazioni come operatori giuridici*, in L. MAZZAROLLI – G. PERICU – A. ROMANO – F.A. ROVERSI MONACO – F.G. SCOCA (a cura di), *op. cit.*, 492; G. SCIULLO, *L'organizzazione*, cit., 95 ss. A chi scrive sembra che la differenza tra le due tesi sia apprezzabile più in termini di parole che di sostanza.

L'attività degli organi all'interno delle relazioni organizzative spiega perché esse siano talora commassate nella categoria omnicomprensiva dei rapporti interorganici: riconduzione peraltro imprecisa, visto che la relazione intercorre sempre e comunque tra le figure soggettive (personificate o non)²⁴.

5. (segue) La penetrazione della soggettività giuridica nell'organizzazione statale.

Poiché la capacità giuridica (o soggettività) è presupposto per la titolarità della relazione, è chiaro che all'interno dell'organizzazione amministrativa sono rinvenibili relazioni organizzative in un numero minore o maggiore, proporzionalmente al grado di penetrazione della soggettività giuridica nell'ambito della stessa.

A questo riguardo la questione più delicata attiene alla penetrazione della soggettività giuridica all'interno della amministrazione statale.

La concezione dello Stato come persona giuridica unitaria degradava le strutture statali ad articolazioni prive di soggettività e quindi impediva di ravvisare tra le medesime vere e proprie relazioni organizzative²⁵. Tuttavia, ormai da molto tempo la dottrina pubblicistica ha osservato che

²⁴ Per questa notazione F.G. SCOCA, *I modelli organizzativi*, cit., 616, il quale condivisibilmente nega che gli organi siano i termini del rapporto. L'A. individua come termini del rapporto le strutture compiute, personificate o dotate di mera soggettività; aggiunge che le relazioni possono intercorrere anche tra uffici: il che dà luogo alla figura controversa della relazione interna, che per nostro conto è da rigettare (v. *infra* nel testo). Cfr. altresì G. SCIULLO, *L'organizzazione*, cit., 118, nota, secondo cui «trattandosi di relazioni organizzative pare più corretto fare riferimento alle organizzazioni più che agli organi, inoltre non necessariamente le strutture coinvolte costituiscono, sotto il profilo dell'imputazione, uffici-organi».

²⁵ Tranne che ricorrendo alla teoria del rapporto uni-soggettivo (la cui elaborazione si deve a S. PUGLIATTI, *Il rapporto giuridico unisoggettivo*, ora in *Diritto civile*, Milano, 1951, 395), come fa SANTI ROMANO, *Organi*, cit., 163 s., il quale, dopo aver sostenuto che «il rapporto giuridico è quello comunque regolato dal diritto e il diritto regola non soltanto rapporti tra soggetti, ma pure rapporti tra soggetti e oggetti, nonché rapporti interni di un unico soggetto», espone la concezione dei rapporti interni come rapporti unisoggettivi. In particolare, «se si tratta di un ente dotato di personalità, supponiamo lo Stato, i rapporti tra due o più suoi organi sono rapporti in cui lo Stato, in quanto si concreta in un organo, si contrappone a sé stesso in quanto si concreta in un altro organo, rapporti interni o riflessivi che dir si voglia[...] Se poi si tratta di un ente che non è persona, i rapporti tra i suoi organi, sempre giuridici perché regolati dal diritto, sono anch'essi rapporti dell'ente con sé stesso, ma rapporti che implicano, invece che contrapposizione di diritti e doveri, semplice contrapposizione di volontà che in diversi momenti e in diverse direzioni possono manifestarsi, in quanto l'ente che con un suo organo ha voluto in un senso, può poi volere in un senso diverso con un altro organo, può completare o correggere o chiarire la volontà manifestata dal primo e così via».

La categoria dei rapporti riflessivi era stata già elaborata da Santi Romano, per spiegare il contenzioso interorganico, in *Nozione e natura degli organi costituzionali dello Stato*, Palermo, 1889, 59; ID., *Principi di diritto amministrativo*, Milano, 1906, 38. Accolse con favore questa categoria F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*,

i Ministeri imputano non allo Stato, bensì a sé medesimi, molti degli atti che adottano²⁶; il che ha indotto a parlare di organi dotati di personalità giuridica strumentale²⁷ o di organi a *legittimazione* (sostanziale e processuale) separata²⁸.

Queste posizioni dottrinali concettualmente ambigue – per un verso, riconoscono nel Ministero il soggetto passivo dell'imputazione ma, per altro verso, condizionate dal dogma della personalità giuridica dello Stato, rifiutano di concepirlo come una figura soggettiva - hanno avuto il merito di aprire una breccia nel, pur nobilissimo²⁹, dogma della personalità unitaria dello Stato, consentendo alla dottrina successiva di riconoscere nel Ministero una figura soggettiva compiuta, autonoma rispetto allo Stato-persona giuridica, centro passivo dell'imputazione delle fattispecie prodotte dai propri organi, che sono il Ministro e i dirigenti dotati di competenze³⁰.

Milano, 1901, 491, osservando che gli organi amministrativi dello Stato «possono in alcuni casi produrre ricorso gerarchico contro gli atti di altri organi» in quanto «benché la personalità dello stato sia unica, tuttavia proponendosi essa di raggiungere scopi diversi con organi diversi, può essere qualificata diversamente secondo gli scopi e contrapposta secondo gli organi».

²⁶ È noto l'esempio di M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 151: «Supponiamo che occorra approvvigionarsi di stoffe per divise per l'esercito, la guardia di pubblica sicurezza, la guardia di finanza come parte nei contratti di fornitura che si vanno a concludere non si presenta un astratto «Stato», ma organi come il Ministero della difesa, dell'interno, delle finanze (o, in diritto positivo, organi particolari di queste amministrazioni)».

²⁷ G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1966, 79.

²⁸ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 154; ID., *Organi*, cit., 47, accolta ad esempio da G. SCIULLO, *L'organizzazione*, cit., 104.

²⁹ La costruzione della personalità giuridica unitaria dello Stato è un tassello fondamentale del disegno teorico che ha segnato il passaggio dallo Stato assoluto allo Stato di diritto in quanto, inteso lo Stato come persona giuridica, il Monarca ha potuto essere concepito come organo della persona giuridica, così annullando «la persona fisica del sovrano nella realtà immanente e immateriale della personalità giuridica dello Stato» (A. BARTOLINI, *op. cit.*, 27) fino a rendere impersonale «il potere sovrano, svincolando lo Stato dalla figura del monarca e soggiogando il monarca stesso allo Stato e al diritto» (S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 1995, 159).

³⁰ F.G. COCA, *I modelli organizzativi*, cit., 611 s. La tesi riecheggia per alcuni profili quella degli organi dotati di soggettività, sebbene non di personalità, avanzata da C. ESPOSITO, *Organo, ufficio e soggettività dell'ufficio*, in *Annali Università di Camerino*, 1932, 249 ss.

Osserva esattamente A. BARTOLINI, *op. cit.*, 45, che «con le riforme degli anni Novanta del secolo scorso [...] i Ministeri intrattengono i propri rapporti con l'esterno non solo con il titolare del dicastero (cioè il Ministro), ma soprattutto con una pluralità di organi burocratici quali i Dipartimenti, Segretariati, Direzioni generali ecc. (D.Lgs. 30 luglio 1999, n. 300), che per effetto del principio di distinzione tra politica ed amministrazione hanno il compito, tramite i propri titolari (Capi di dipartimento, Segretari generali, Direttori generali) di adottare all'esterno gli atti amministrativi e negoziali del Ministero (art. 16, D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165). Quindi i Ministeri per agire si servono di altri organi: viene, dunque, ad instaurarsi il c.d. rapporto organico tra gli organi del Ministero e quest'ultimo. Ne consegue che non pare plausibile definire il Ministero come un organo a legittimazione separata, poiché in questo caso non è il Ministero ad agire e ad imputare a se stesso le fattispecie prodotte: queste ultime, infatti, sono volute da altri organi».

Riconoscere la soggettività separata dei Ministeri non comporta, peraltro, il rifiuto della personalità-soggettività giuridica dello Stato³¹. Appare indiscutibile che taluni atti ministeriali siano imputati allo Stato, e non al Ministero³²: il che si spiega poiché in tali casi il Ministro opera come organo dello Stato stesso, e non del Ministero, o, in alternativa, tramite il ricorso allo schema della doppia imputazione della fattispecie (dal Ministro o dirigente al Ministero, da quest'ultimo, in veste di organo, allo Stato)³³.

In ogni caso, per quel che qui interessa, una volta concepiti i Ministeri come vere e proprie figure soggettive ben si giustifica la loro attitudine ad essere titolari di relazioni organizzative³⁴: circostanza che a questo punto appare nient'altro che il corollario della penetrazione della soggettività all'interno della personalità giuridica unitaria dello Stato.

6. Situazioni giuridiche delle relazioni organizzative e loro tipologia.

Le situazioni giuridiche soggettive incardinate nelle relazioni organizzative intersoggettive sono improntate, secondo l'opinione dominante, allo schema generale potestà-interesse protetto. Come è evidente, questo schema rappresenta la traslazione nei rapporti organizzativi di concetti ed equilibri consolidati del rapporto tra amministrazione e cittadino.

La presenza del potere unilaterale in capo ad una parte del rapporto comporta che la relazione sia ordinata alla logica della sovra-ordinazione/sotto-ordinazione. Al contempo, il riconoscimento di un interesse protetto in capo alla parte sotto-ordinata, in luogo di una mera soggezione, comporta

³¹ Diversamente F.G. COCA, *I modelli organizzativi*, cit., 612, il quale ritiene che «allo Stato viene riconosciuta personalità unitaria per finalità metagiuridiche», così negando che lo Stato stesso sia centro passivo di imputazioni giuridiche. Nel senso del testo G. SCIULLO, *L'organizzazione*, cit., 73 s.

³² Questa circostanza secondo M.S. GIANNINI, *Organi*, cit., 52, impedisce di riconoscere la soggettività dei ministeri.

³³ A. BARTOLINI, *op. cit.*, 45, si esprime per quest'ultima soluzione, aderendo quindi alla tesi che il Ministero è al tempo stesso un soggetto (in quanto centro passivo di imputazioni) e un organo dello Stato.

³⁴ F.G. COCA, *I modelli organizzativi*, cit., 612, che pone in rilievo che trattasi di relazioni tra figure soggettive.

che quest'ultima sia legittimata a impugnare davanti al giudice amministrativo l'atto della struttura sovraordinata se illegittimo³⁵.

Ferma la sequenza potestà-interesse protetto, che vale come criterio interpretativo generale dell'equilibrio del rapporto, il contenuto della relazione intersoggettiva varia volta per volta a seconda del contenuto del potere o dei poteri che spettano secondo diritto positivo alla figura soggettiva posta in posizione sovraordinata e, quindi, in ragione della influenza maggiore o minore che la stessa esercita su quella sotto-ordinata (si parla, a questo proposito, di intensità della relazione).

In base al contenuto del potere attribuito alla figura soggettiva sovra-ordinata nell'ambito del rapporto, la dottrina ha individuato le principali relazioni organizzative (gerarchia, direzione, etc.). L'esigenza sistematica può giustificare gli sforzi profusi nell'individuare i caratteri di queste relazioni. Resta il fatto, però, che l'effettivo contenuto della relazione va individuato volta per volta, a seconda del rapporto concretamente preso in considerazione, sulla base del significato della norma organizzativa che lo istituisce. Per questa ragione gli studi sulle relazioni organizzative si trovano spesso costretti a precisare che gli schemi astratti quasi mai trovano riscontro nell'ordinamento nella loro forma pura.

Secondo una parte della dottrina, accanto alle relazioni organizzative improntate alla sovra/sotto-ordinazione, vi sarebbero quelle orientate alla equiparazione tra le figure soggettive interessate (c.d. relazioni paritarie). Questa dottrina, d'altra parte, ha cura di precisare che, affinché si abbia una relazione organizzativa paritaria, occorre pur sempre che le figure soggettive siano connesse da un qualche legame strutturale e stabile, in un'assenza del quale si troverebbero in «posizione di reciproca indifferenza sotto il profilo organizzatorio»³⁶ e la reciproca collaborazione avrebbe una valenza soltanto funzionale.

³⁵ Sui caratteri del rapporto amministrativo E. FOLLIERI, *Il rapporto giuridico amministrativo dinamico*, in *www.giustamm.it*, dicembre 2017; nella manualistica M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2019, 112 ss.

³⁶ Posizione di reciproca indifferenza sotto il profilo organizzatorio che è propria «non solo di figure soggettive appartenenti a soggetti diversi, come normalmente accade, ma anche della reciproca posizione di organi ed uffici dello Stato appartenenti ad amministrazioni diverse ed aventi vincoli organizzatori solo con gli uffici della stessa amministrazione»: così S. VALENTINI, *Figure*, cit., 102.

I rapporti organizzatori di equiordinazione sarebbero rapporti «*silenti*», che non si identificano «*per l'esercizio, sul piano funzionale, di correlate potestà*», ma che «*si traducono sul piano funzionale piuttosto in caratteri negativi (il non esercizio di potestà – e reciprocamente l'inesistenza di soggezioni – dell'uno sull'altro) e sul piano procedimentale in una varietà quanto mai ampia di forme di cooperazione od invece di reciproca indifferenza*»³⁷. Essi intercorrerebbero tra uffici con «*pari dignità formale all'interno dell'apparato amministrativo*», come ad esempio gli organi di vertice di diverse branche dell'amministrazione (i ministeri) oppure uffici subordinati con le medesime soggezioni nei confronti dei rispetti sovra-ordinati³⁸.

È abbastanza evidente, però, che le relazioni di equi-ordinazione così individuate non siano veri e propri rapporti giuridici. Ed infatti, come del resto si riconosce, l'equiparazione «*esprime, strutturalmente, un trattamento analogo che l'ordinamento faccia di due figure organizzatorie, con conseguente loro inserimento in analoghe posizioni dell'apparato organizzativo*»³⁹; dunque: non esprime un rapporto giuridico intercorrente tra le figure organizzatorie.

Altra dottrina individua il modello principale di relazione organizzativa paritaria nel coordinamento tra le strutture amministrative⁴⁰. In realtà, nella maggior parte dei casi il coordinamento immette la struttura coordinante in una posizione di almeno parziale sovra-ordinazione rispetto alle altre⁴¹. Esistono invero casi di coordinamento «*leggero*», dove le funzioni attribuite alla struttura coordinante non sono tali da ritenere ch'essa sia posta in posizione sovra-ordinata rispetto alle altre⁴²: in queste ipotesi, tuttavia, il coordinamento non sembra identificare un vero e proprio rapporto giuridico, quanto semplicemente un compito o una competenza assegnata ad un determinato ufficio nell'ambito della organizzazione amministrativa.

³⁷ S. VALENTINI, *Figure*, cit., 102.

³⁸ S. VALENTINI, *Figure*, cit., 103.

³⁹ S. VALENTINI, *Figure*, cit., 103.

⁴⁰ G. SCIULLO, *L'organizzazione*, cit., 131.

⁴¹ Sul punto v. soprattutto V. BACHELET, *Coordinamento*, cit., 630 ss. Lo riconosce G. SCIULLO, *Figure*, cit., 131.

⁴² Si pensi alla figura del segretario generale di un ministero, il quale «*assicura il coordinamento dell'azione amministrativa*» (art. 6, d.lgs. n. 300/1999); oppure ai comitati ministeriali, uffici collegiali composti da rappresentanti di strutture equiordinate investiti del compito di favorire l'emergere di orientamenti operativi condivisi, oppure di assumere criteri condizionanti l'azione delle diverse strutture rappresentante al fine di armonizzarne l'attività; o, ancora, al caso in cui ad una struttura equiordinata siano assegnati compiti di coordinamento consistenti nella raccolta e diffusione di informazione, promozione di buone pratiche all'interno dell'amministrazione, etc.

Per queste ipotesi v. G. SCIULLO, *L'organizzazione*, cit., 131 s.; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, 2012, 203; A. PIOGGIA, *Organizzazione amministrativa*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, vol. IV, Milano, 2006, 4024.

Un vero e proprio rapporto collaborazione tra strutture amministrative su un piano di parità trova invece realizzazione all'interno del procedimento, con l'applicazione di istituti come le conferenze di servizi o i concerti. Il coordinamento (in senso forte, come compartecipazione alla decisione di più amministrazioni, titolari di diversi interessi pubblici) rappresenta l'esito dell'applicazione di queste tecniche decisorie; esso, pertanto, non identifica una relazione organizzativa, né vi dà luogo, bensì l'esito funzionale dell'interlocazione procedimentale di più amministrazioni, istituzionalizzata tramite appositi istituti come la conferenza di servizi⁴³ e persino riconducibile al dovere d'ufficio⁴⁴.

7. Il problema delle c.d. relazioni interne.

La dottrina che si è occupata del tema individua, accanto alle relazioni intersoggettive (o interpersonali), le relazioni organizzative (variamente denominate) che intercorrono tra gli uffici di una medesima struttura soggettiva⁴⁵. Queste relazioni sono presentate come rapporti giuridici

⁴³ Così M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 299; soprattutto, per le considerazioni di cui al testo, F. G. SCOCA, *I modelli organizzativi*, cit., 617, 624.

⁴⁴ S. DETTORI, *op. cit.*, 35, 44 ss., ferma restando l'esigenza di spiegare il fenomeno «nella dimensione dell'esercizio della funzione amministrativa», piuttosto che in quella della organizzazione, colloca perspicuamente il coordinamento amministrativo «nell'ambito del dovere d'ufficio e delle regole comportamentali che di questo sono diretta espressione», con la conseguenza che «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».

⁴⁵ G. SCIULLO, *L'organizzazione*, cit., 118, parla a questo proposito di relazioni infraorganizzative (o infrasoggettive); F. G. SCOCA, *I modelli organizzativi*, cit., 615 s., discorre di relazioni infrastrutturali (o interne), intercorrenti tra uffici.

Più complessa la ricostruzione del pensiero di M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., il quale individua la categoria del rapporto interno di ufficio, come quello che «riposa su un fatto di autodisciplina delle potestà: vi è una figura soggettiva, a cui fa capo un'organizzazione, non importa se più o meno ampia (può essere anche costituita da pochi uffici); alla figura soggettiva la norma attribuisce una potestà; essa adotta proposizioni precettive interne per regolarne l'esercizio da parte dei componenti l'organizzazione. In tal modo fra tali componenti si costituiscono rapporti retti da proposizioni precettive (o, più brevemente, regole) che hanno ad oggetto solo l'ordinato svolgimento dell'attività; in questi rapporti le situazioni soggettive sono ridotte al minimo, sono cioè delle pretese non qualificate e non formali dell'un ufficio verso l'altro» (799 s.). I rapporti interni d'ufficio non esauriscono l'area dei rapporti non intersoggettivi. In questa ricadono anche quei rapporti interorganici (genericamente definiti come quelli posti da norme organizzative «volte a disciplinare rapporti tra componenti l'organizzazione [...] attinenti all'esercizio delle potestà dei pubblici poteri verso altri pubblici poteri») che non assumono il regime dei rapporti soggettivi (c.d. interorganici puri), in quanto privi di un giudice che tutela le situazioni delle parti. In sintesi si può ritenere che, per Giannini, i rapporti non

improntati, al pari delle relazioni intersoggettive, alla logica della sovra-sotto ordinazione tra le strutture, con la differenza che la parte sotto-ordinata del rapporto versa in uno stato di soggezione nei confronti di quella sovraordinata che le impedisce di contestarne le determinazioni in sede giurisdizionale⁴⁶.

Dal momento che l'ufficio sovra-ordinato esercita, nei confronti di quello sotto-ordinato, i poteri che la figura soggettiva sovra-ordinata esercita nei confronti di quella sotto-ordinata, le relazioni interne replicano quelle intersoggettive su una scala più ridotta; pertanto, la dottrina ne propone una tipologia analoga, eccezion fatta per il modello della gerarchia, che in nessun caso potrebbe trovare applicazione ai rapporti tra uffici della medesima figura soggettiva⁴⁷.

La categoria delle relazioni organizzative interne si espone al rilievo critico che titolari di situazioni giuridiche soggettive possono essere soltanto i soggetti giuridici (o figure soggettive), per cui non si comprende come un rapporto giuridico potrebbe mai intercorrere tra semplici uffici privi di soggettività. Questa difficoltà è naturalmente percepita dalla dottrina più autorevole, la quale però non si confronta sino in fondo con la stessa, considerando le relazioni tra entità (gli uffici) prive di soggettività giuridica come il segno di una civiltà giuridica particolarmente progredita⁴⁸.

Invero, se si prescinde dai giudizi di valore, la spiegazione meno implausibile del fenomeno può esser data, alla stregua della teorica del rapporto giuridico uni-soggettivo, qualificando i

intersoggettivi sono interni d'ufficio o interorganici puri a seconda che siano posti da una norma interna o da una norma dell'ordinamento generale. In entrambi i casi, le situazioni delle parti non ricevono tutela davanti al giudice.

In proposito F.G. SCOCA, *I modelli*, cit., 616, osserva che la categoria dei rapporti interorganici è «*insoddisfacente sia per la sua genericità sia perché fa riferimento, come termini del rapporto, agli organi anziché, come sembra più corretto, agli uffici (o alle strutture compiute o alle persone giuridiche)*». Accetta invece la denominazione delle relazioni interne come rapporti interorganici (in opposizione alle relazioni organizzative) V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, 2012, 95 ss., 198 ss.

⁴⁶ F.G. SCOCA, *I modelli*, cit., 614; G. SCIULLO, *L'organizzazione*, cit., 118 s. Nel pensiero di M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., la soggezione della struttura sottoposta, e quindi la mancanza di accesso alla tutela giurisdizionale, ricorre in entrambi i tipi di rapporti non intersoggettivi che questo A. individua, ovvero i rapporti interorganici puri (278) e i rapporti d'ufficio istituiti da norme interne (799). In relazione ai primi, l'A., precisa che «*il provvedimento illegittimo intervenuto in un rapporto interorganico puro può essere annullato in quanto vizia il successivo provvedimento intervenuto in un rapporto intersoggettivo*». Fuori da questo caso rimane ferma la regola che «*l'osservanza delle norme sui rapporti interorganici resta affidata agli organi di controllo e al procedimento per la risoluzione dei conflitti*» (278 s.). Per i secondi l'A. precisa che «*la violazione delle regole che reggono il rapporto d'ufficio non può dar luogo ad atti invalidi (interni), ma solo ad atti non conformi alle regole, che saranno semplicemente atti da rifare, se lo si reputi opportuno. Tuttavia [...] l'inosservanza delle regole costituisce illecito amministrativo del titolare dell'ufficio subordinato e degli addetti all'ufficio*», assimilato dal diritto positivo alle «*mananze disciplinari*» e che «*pertanto comporti l'apertura di procedimenti disciplinari*» (800).

⁴⁷ G. SCIULLO, *L'organizzazione*, cit., 132 ss.

⁴⁸ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 278.

rapporti interni come rapporti riflessivi⁴⁹. Alternativamente, si dovrebbe concepire ogni struttura compiuta dell'amministrazione come un ordinamento, il che consentirebbe di qualificare gli uffici come soggetti degli ordinamenti particolari⁵⁰.

Sembra però lecito serbare più d'un dubbio sulla utilità di simili sforzi dogmatici. Se si considera che la situazione giuridica in cui verserebbe l'ufficio sotto-ordinato nella ipotetica relazione interna sarebbe di mera soggezione, rispetto al potere di quella sovraordinata, forse è più semplice e conducente ammettere che tra i due uffici in realtà non ricorre alcuna relazione giuridica in senso proprio.

La relazione interna non è un vero e proprio rapporto giuridico, ma semplicemente una formula linguistica che allude ad uno o più compiti assegnati – da una norma dell'ordinamento generale o da una norma interna⁵¹ – ad un ufficio (o a determinate competenze assegnate ad un organo) che si estrinsecano in atti efficaci nei confronti di un altro ufficio o di un altro organo della stessa figura soggettiva, il quale in linea di massima non gode di tutela giurisdizionale avverso la struttura attributaria del compito o della competenza⁵². Il rapporto giuridico può talora sorgere per effetto dell'esercizio di questo tipo di compiti o competenze, ma in tal caso è privo di quel carattere di stabilità e di istituzionalizzazione che connota le relazioni organizzative.

La relazione interna, in conclusione, appare una costruzione dottrinale artificiosa, indotta da uno spirito di simmetria rispetto alle relazioni esterne (intersoggettive). Questa costruzione ha trovato alimento nel rilievo, in sé esatto, che i poteri dell'ufficio sovraordinato sono analoghi dal punto di vista del loro contenuto a quelli della figura soggettiva sovraordinata nell'ambito delle

⁴⁹ Ne fa un cenno M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 803.

⁵⁰ Ipotesi fantasiosa, dacché non arriva a tanto neppure la dottrina che considera l'amministrazione come un ordinamento giuridico autonomo da quello generale: per questa tesi, variamente, F. BASSI, *La norma interna. Lineamenti di una teorica*, Milano, 1963, 561 ss.; E. SILVESTRI, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, Milano, 1950, 55-62; V. OTTAVIANO, *Sulla nozione di ordinamento amministrativo e di alcune sue applicazioni*, in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1992, 100; A. ROMANO, *Introduzione*, in L. MAZZAROLLI – G. PERICU – A. ROMANO – F.A. ROVERSI MONACO – F.G. SCOCA (a cura di), *op. cit.*, 47 ss.

⁵¹ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 799 ss. V. *supra*, nota 46.

⁵² Si è detto in linea di massima, perché la giurisprudenza talora riconosce la legittimazione di un organo, privo di soggettività, ad impugnare la determinazione di altro organo, anch'esso privo di soggettività, appartenente allo stesso ente o ad un altro, onde contestarne l'usurpazione di proprie attribuzioni e competenza oppure contestare che l'organo ha agito in modo ingiustificatamente lesivo dell'interesse in cura all'organo ricorrente (cfr. M. MAZZAMUTO, *op. cit.*, 414 ss.). Si tratta di controversie attinenti a norme di organizzazione attributive di potere che non v'è ragione di riportare ad una relazione organizzativa.

relazioni organizzative. Si è andati oltre quando si è ritenuto di generalizzare lo schema del rapporto giuridico.

L'impossibilità di riconoscere nelle c.d. relazioni interne dei veri e propri rapporti giuridici non comporta un arretramento significativo dell'area dell'organizzazione amministrativa innervata da relazioni organizzative, se si considera l'elevato livello di penetrazione della soggettività giuridica ormai raggiunto nell'organizzazione amministrativa.

8. Relazioni organizzative, formule organizzative, modelli organizzatori.

Tra due strutture può intercorrere più d'una relazione organizzativa, come sin qui intesa. In questo caso, la posizione che una struttura complessivamente assume rispetto all'altra è il risultato della sommatoria, cioè della considerazione complessiva, delle diverse relazioni organizzative tra la medesima intercorrenti. Per indicare la posizione complessiva che una struttura assume rispetto ad un'altra, in ragione delle diverse relazioni organizzative intercorrenti, si è proposto in dottrina di utilizzare l'espressione formula organizzativa, che indica «*l'insieme delle relazioni esistenti tra le strutture [che] caratterizza la posizione nella quale le une si collocano rispetto alle altre, ossia la condizione reciproca e permanente, una sorta di status di ciascuna struttura rispetto ad altre strutture*»⁵³.

Le formule organizzative variano a seconda della maggiore o minore intensità delle relazioni organizzative sottostanti, da cui dipende il maggiore o minore grado di dipendenza della struttura sotto-ordinata rispetto a quella sovraordinata. Le formule organizzative si ordinano dunque intorno a due poli, rappresentati dalla posizione di autonomia (o indipendenza) e dalla contrapposta posizione di dipendenza nelle sue diverse forme (ausiliarietà, strumentalità, dipendenza in senso stretto). «*La posizione di autonomia si caratterizza per la limitata consistenza delle relazioni organizzative; la posizione di dipendenza si caratterizza per la forte consistenza delle relazioni organizzative*»⁵⁴.

⁵³ F.G. SCOCA, *I modelli organizzativi*, cit., 615.

⁵⁴ F.G. SCOCA, *I modelli organizzativi*, cit., 616.

La categoria delle formule organizzative coglie un profilo relazionale dell'organizzazione amministrativa diverso da quello che è colto dalla categoria, ben più ricorrente nelle trattazioni del tema, delle formule organizzatorie⁵⁵, dette anche modelli organizzativi⁵⁶ o modelli organizzatori⁵⁷.

Con queste denominazioni ci si riferisce non già a «*rapporti giuridici tra figure soggettive diverse*», bensì «*a modi generali dell'organizzazione dell'apparato dei pubblici poteri, o di parte di esso; principi e linee di fondo alle quali essa si ispira*»⁵⁸. Si tratta cioè dei «*modi di essere di carattere generale dell'organizzazione delle amministrazioni pubbliche [...] delle linee di fondo alle quali si ispira la conformazione e le modalità relazionali degli apparati amministrativi, linee di fondo che si incentrano su uno o più principi di base o su norme (di organizzazione) che ne costituiscono i corollari di svolgimento*»⁵⁹.

I modelli organizzativi (o organizzatori) così intesi «*rappresentano delle sintesi dei caratteri significativi desumibili dall'osservazione delle organizzazioni amministrative come storicamente attuate*». Essi non riflettono «*fedelmente il modo di essere degli apparati*» ma esprimono «*una linea di tendenza, più o meno accentuata, della loro complessiva conformazione e delle modalità relazionali delle strutture che li compongono*»⁶⁰.

Nello stesso momento storico è possibile registrare la compresenza di più modelli organizzativi, poiché i diversi settori dell'organizzazione amministrativa possono essere improntati a modelli organizzativi a loro volta differenti⁶¹. La contestuale presenza di modelli organizzativi diversi si spiega anche in ragione della pluralità dei possibili criteri utilizzati per la loro classificazione, criteri che volta per volta assumono come significativi «*il collegamento tra gruppi sociali e amministrazioni pubbliche, i rapporti tra uffici centrali e uffici periferici della medesima amministrazione, la relazione fra lo Stato e gli altri enti territoriali, quella fra gli enti territoriali e gli enti funzionali, e la morfologia delle strutture organizzative*»⁶².

⁵⁵ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 103, che definisce la formula organizzatoria come «*una espressione breve, con cui si enuncia un insieme di precetti che regolano rapporto organizzativo*». Più chiaramente, le formule organizzatorie sono «*sintesi verbali, le quali come tali altro non dicono se non che in un certo diritto positivo vige un certo concetto di organizzazione dei pubblici poteri*».

⁵⁶ G. SCIULLO, *L'organizzazione*, cit., 107.

⁵⁷ S. VALENTINI, *Figure*, cit., 107.

⁵⁸ S. VALENTINI, *Figure*, cit., 107.

⁵⁹ G. SCIULLO, *L'organizzazione*, cit., 107.

⁶⁰ G. SCIULLO, *L'organizzazione*, cit., 107.

⁶¹ S. VALENTINI, *Figure*, cit., 108.

⁶² G. SCIULLO, *L'organizzazione*, cit., 108.

Formule organizzative e formule organizzatorie non descrivono rapporti giuridici, scanditi da situazioni giuridiche soggettive. Sono pertanto categorie a valenza eminentemente **descrittiva**⁶³. Dal punto di vista propriamente giuridico tuttavia non è da trascurare il rilievo che ciascun modello organizzatorio è caratterizzato dalla prevalenza di un certo tipo di relazioni organizzative (ad esempio, una larga applicazione di relazioni gerarchiche indica un modello di amministrazione accentrata; e viceversa)⁶⁴. Ne deriva che «i modelli organizzatori possono necessitare la posizione di rapporti ed anzi talora comportare l'instaurazione di un complesso di rapporti giuridici; così un modello di accentramento comporterà verosimilmente l'instaurazione di numerosi rapporti di tipo gerarchico, ma il modello organizzatorio dell'accentramento è cosa diversa dai rapporti medesimi, anche se può rappresentare effettivamente il risultato dell'esistenza di numerosi di essi»⁶⁵. Pertanto, quando un modello organizzatorio sia prescritto da un testo costituzionale (ad es., art. 5 Cost., a proposito dell'autonomia), ciò produce l'effetto giuridico di imporre al legislatore la previsione di relazioni organizzative con esso coerenti.

9. Relazione organizzativa e persona umana.

Merita infine attenzione l'ipotesi dottrinale secondo cui, in ragione della valenza (anche) organizzativa del principio della sussidiarietà orizzontale⁶⁶, la persona umana andrebbe concepita come l'unità fondamentale dell'organizzazione pubblica⁶⁷.

L'assunto, ove accolto, presenterebbe sicure implicazioni per il nostro tema poiché esso non si esaurisce nella affermazione della centralità dei valori della persona umana nel sistema del diritto

⁶³ E politologica, “perché dalla prevalenza di alcuni di essi può dipendere la caratterizzazione politica di una società organizzata”: S. VALENTINI, *Figure*, cit., 108.

⁶⁴ S. VALENTINI, *Figure*, cit., 88.

⁶⁵ S. VALENTINI, *Figure*, cit., 108.

⁶⁶ La tesi contraria, più diffusa, che assegna valenza solo procedimentale al principio di sussidiarietà orizzontale, è da ultimo ripresa con ampiezza di argomenti da E. ZAMPETTI, *Riflessioni in tema di soggettività e attività amministrativa di diritto privato e principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Persona e amministrazione*, 2020, 351 ss. In generale F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. amm.*, 2020, 3 ss.

⁶⁷ Da ultimo le dense riflessioni di B. GILIBERTI, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2020, 26 ss., cui si rinvia anche per i necessari riferimenti bibliografici. Basti qui richiamare l'idea – autorevolmente propugnata da G. PASTORI, *Tendenze recenti della pubblica amministrazione italiana*, in AA.VV. *Annuario Aipda* 2009, Milano, 2010, 361 – di una «amministrazione diffusa nella società».

pubblico, bensì indica la piena compartecipazione della stessa all'amministrazione – intesa in senso oggettivo – della società, con conseguente svalutazione radicale del profilo soggettivo dell'amministrazione pubblica.

Ragionando in questa logica, il rapporto tra privato e pubblica amministrazione, solitamente studiato nella prospettiva dell'azione amministrativa, è destinato ad esser concepito esso stesso come una relazione organizzativa: in linea, del resto, con una concezione generale del diritto pubblico che risolve il momento dell'attività nel momento organizzativo⁶⁸.

L'attrazione del rapporto amministrazione-cittadino alle relazioni organizzative potrebbe non essere priva di conseguenze importanti, se non altro sul piano teorico.

Essa potrebbe fornire innanzitutto un sostegno concettuale al raffinato tentativo dottrinale di esportare alla organizzazione amministrativa principi che tradizionalmente sono considerati propri dell'attività, come ad esempio la proporzionalità⁶⁹. Inoltre, se si ammettessero relazioni organizzative improntate alla equi-ordinazione, e in particolare si ammettesse la figura del coordinamento come relazione intersoggettiva, allora l'ascrizione del rapporto tra la persona umana e l'ente pubblico alle relazioni organizzative potrebbe corroborare una concezione del procedimento amministrativo come luogo in cui si realizza il coordinamento tra soggetti co-decisori, il privato e la pubblica amministrazione.

Si tratta di prospettive affascinanti, che tuttavia inducono alla prudenza chi è indotto a ritenere che la persona umana, considerata nella sua sostanza assiologica, abbia un valore nel diritto pubblico soprattutto se concepita come limite al potere, quindi in antitesi allo stesso (il che, naturalmente, non esclude che l'individuo possa svolgere attività di interesse generale)⁷⁰. In questa

⁶⁸ Ed infatti l'assorbimento del momento dell'azione amministrativa in quello della organizzazione, da intendere come un coordinamento di poteri in movimento, è affermazione chiaramente formulata da G. BERTI, *L'amministrazione come organizzazione*, 143, 220 ss., *passim*. Per la critica a questa impostazione M. NIGRO, *Studi*, cit., 126 s.; R. MARRAMA, *L'esercizio della funzione*, cit., 434, dove si osserva esattamente che «il pur necessario recupero della rilevanza del profilo organizzatorio viene a riflettersi in posizioni altrettanto totalizzanti di quelle tradizionali che sono (pur opportunamente) criticate, attingendo risultati contrastanti con una realtà che inequivocabilmente mostra la distinzione [...] tra una fase preliminare di predisposizione, tramite le norme o comunque, i precetti organizzativi delle strutture ed una fase successiva in cui tali strutture entrano in attività: fasi corrispondenti appunto a quelle della organizzazione e dell'azione».

⁶⁹ M. MONTEDURO, *L'organizzazione amministrativa: riflessioni sul pensiero di Domenico Sorace*, in *Persona e amministrazione*, n. 1/2020, 545 ss.

⁷⁰ Sulla concezione del diritto pubblico che pone al centro l'individuo come limite al potere v., tra gli altri, A. ORSI BATTAGLINI, «L'astratta ed infeconda idea». *Disavventure dell'individuo nella cultura gius-pubblicistica*, in Quaderni S. Martino, *La necessaria discontinuità. Immagini del diritto pubblico*, Bologna, 1990, p. 65; G. CORSO, *La Costituzione italiana negli*

diversa prospettiva si può accettare certamente l'idea della funzionalizzazione del potere pubblico ai diritti della persona⁷¹, nella misura in cui ciò ripropone la seconda come limite del primo, ma non arrivare sino al punto di smarrire la dimensione esistenziale della persona in una sorta di magma oggettivo, dove il potere pubblico e la società si confondono l'uno nell'altro, poiché ciò rischia di porre le premesse per un non desiderato arretramento della tutela giuridica dell'individuo.

Del resto, che i principi dell'attività siano operanti nell'ambito della organizzazione è senz'altro vero, ma può trovare una spiegazione sufficiente nel rilievo che la stessa organizzazione è frutto di una attività. Invece, che il privato non sia co-decisore nell'ambito del procedimento amministrativo, e quindi corresponsabile della decisione, emerge in più punti del nostro diritto positivo: non solo perché il provvedimento mantiene il carattere della unilateralità malgrado la partecipazione del privato al procedimento, non solo perché la scelta di concludere il procedimento con un accordo sostitutivo di provvedimento deve essere assunta con decisione unilaterale e motivata⁷², ma anche perché l'impostazione dello stesso «*problema amministrativo*» è rimessa alle prerogative e alla responsabilità dell'amministrazione, la quale è chiamata ad operare un giudizio di pertinenza sui contributi partecipativi dei privati⁷³.

Pare quindi vi siano buone ragioni per seguitare a escludere il coordinamento dalle relazioni organizzative e, più in generale, a distinguere in modo netto e rigoroso il rapporto tra soggetti pubblici dal rapporto tra amministrazione e cittadino; cittadino la cui tutela giurisdizionale nei

studi di diritto amministrativo, in *Riv. dir. cost.*, 144 ss.; M. CLARICH, *Stato, gruppi intermedi e individuo*, in *Dir. pubbl.*, 2016, suppl. 133 ss.; L. FERRARA, *Individuo e potere. In un giuoco di specchi*, ivi, 11 ss.

⁷¹ L. R. PERFETTI, *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello stato di diritto*, in *Persona e Amministrazione*, n. 1/2017, p. 3 ss., spec. 41 s., dove si legge che «l'art. 2 Costituzione "riconosce" i diritti inviolabili. Il che val quanto dire che nell'esercizio del potere sovrano (costituente) il popolo legittima le istituzioni repubblicane (che, come tali, non coincidono con l'autorità pubblica) e, tuttavia, trattiene all'esterno di esse una porzione della sovranità (costituente), radicandola nei diritti inviolabili [...] poiché la sovranità è trasferita alle istituzioni repubblicane solo parzialmente ed in parte si trattiene, permanentemente, nell'ordine (giuridico) dei diritti inviolabili, non sembra arbitrario concludere che l'intero sistema dei poteri pubblici è funzionale alla massimizzazione del godimento di quei diritti della persona»; ID., *Organizzazione amministrativa e sovranità popolare. L'organizzazione pubblica come problema teorico, dogmatico e politico*, in *Persona e Amministrazione*, n. 1/2019, 7 ss.; ID., *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 61 ss.; ID., *Sull'ordine giuridico della società e la sovranità*, in *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, Padova, 2016, 1153 ss. Da ultimo, con un taglio più analitico, M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva*, in *Persona e amministrazione*, 2/2020, 523 ss., dove è argomentata, sulla base dell'art. 2 Cost., l'esistenza di doveri inderogabili in capo alla pubblica amministrazione, serventi alla garanzia del nucleo irriducibili dei diritti inviolabili della persona.

⁷² G. CORSO, *Diritto pubblico e diritto privato: il confine è mobile, ma esiste*, in AA.VV., *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, I, Napoli, 2017, 851 ss.

⁷³ Per tutti F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, 133 ss., ora in *Scritti giuridici*, Torino, 2002, 347 ss.

confronti dell'amministrazione gode di garanzie d'ordine costituzionale, delle quali l'amministrazione non gode nel contenzioso con le altre amministrazioni.

FABIO G. ANGELINI
Professore straordinario di diritto amministrativo nella Facoltà di Ingegneria
dell'Università Telematica Internazionale Uninettuno
f.angelini@uninettunouniversity.net .

AMMINISTRAZIONE PER FINI PUBBLICI, VINCOLI FINANZIARI E ORGANIZZAZIONE

ADMINISTRATION FOR PUBLIC PURPOSES, FINANCIAL CONSTRAINTS AND ORGANIZATION

SINTESI

Il presente lavoro intende discutere il modello dell'amministrazione per fini pubblici dal punto di vista della complessa dinamica che intercorre tra scelte di finanza pubblica, organizzazione amministrativa e godimento dei diritti costituzionalmente garantiti. Partendo dall'analisi dei fondamenti costituzionali del potere di organizzazione e della sovranità finanziaria, dopo aver inquadrato la funzione dei vincoli di spesa nella prospettiva della sovranità popolare, l'articolo si propone di valutare le implicazioni della disciplina di bilancio sul godimento dei diritti fondamentali della persona e, di conseguenza, sulle scelte concernenti l'organizzazione chiamata a darvi soddisfazione, secondo un paradigma discorsivo-razionale. Attraverso la critica della tesi dei diritti finanziariamente condizionati, sviluppata nel solco dell'indirizzo giurisprudenziale che riconosce l'esistenza di un nucleo minimo di diritti sociali a soddisfazione necessaria, e il riconoscimento dell'esistenza di diverse situazioni giuridiche direttamente azionabili dal cittadino in relazione all'esercizio del potere di organizzazione, l'autore propone una rilettura delle dinamiche politico-amministrative concernenti la tutela dei diritti fondamentali della persona inquadrandole nell'ambito di una dialettica giuridico-istituzionale basata su criteri di razionalità economica e sul principio di leale collaborazione. Secondo l'autore, proprio la corretta comprensione di tale dialettica costituisce il presupposto necessario per il ripensamento dell'organizzazione amministrativa in funzione del massimo godimento possibile dei diritti costituzionalmente garantiti, nella prospettiva oggettivata dell'amministrazione per fini pubblici.

ABSTRACT

This paper aims to discuss the model of administration for public purposes from the point of view of the complex dynamic between public finance choices, administrative organization, and the protection of constitutionally guaranteed rights. Starting from the analysis of the constitutional foundations of the power of organization and financial sovereignty, after framing the function of financial constraints from the perspective of popular sovereignty, the objective of the article is to evaluate the implications of the public financial law on the protection of the fundamental rights of the person and, consequently, on the choices concerning the organization called to give protection

to them, according to a discursive-rational paradigm. Through the criticism of the thesis of financially conditioned rights, developed in the wake of the jurisprudential orientation that recognizes the existence of a minimum nucleus of social rights that have to be satisfy, and the recognition of the existence of different legal situations directly operating by the citizen in relation to the exercise of the power of organization, the author proposes a rereading of the political and administrative dynamics concerning the protection of the fundamental rights of the person, framing them within the framework of a legal-institutional dialectic based on criteria of economic rationality and the principle of loyal collaboration. According to the Author, the correct understanding of this dialectic is the necessary prerequisite for the rethinking of the administrative organization according to the objective perspective of the administration for public purposes.

PAROLE CHIAVE: Organizzazione pubblica – Finanza pubblica – Diritti (fondamentali) sociali – Sovranità popolare – Razionalità economica

KEYWORDS: Public organization – Public finance – (Fundamental) social rights – Popular sovereignty – Economic rationality

INDICE: 1. Premessa. – 2. Fini pubblici, potere di organizzazione e finanza pubblica. – 3. Discrezionalità organizzativa, potere finanziario e vincoli costituzionali. – 3.1 Confini e limiti della discrezionalità organizzativa. – 3.2. Disciplina costituzionale della finanza pubblica e implicazioni sul potere di organizzazione. – 3.3. La stabilità finanziaria come bene giuridico protetto e la sua rilettura quale limite del potere di organizzazione. – 4. Ragionevolezza e contenuto minimo dei diritti finanziariamente condizionati come limiti alla discrezionalità politica. – 5. La ripermutazione dei diritti sociali come diritti fondamentali della persona e le sue conseguenze sulle situazioni giuridiche soggettive e sul potere di organizzazione. – 6. La funzionalizzazione del potere di organizzazione alla garanzia dei diritti incompressibili e al massimo godimento possibile dei diritti (fondamentali) sociali: il paradigma discorsivo-razionale emergente dalla giurisprudenza costituzionale. – 7. L'amministrazione per fini pubblici come modello organizzativo tra diritti fondamentali e razionalità economica.

1. Premessa

Il presente lavoro intende discutere, senza vantare alcuna pretesa di esaustività rispetto ad un tema di così ampia portata, il modello dell'amministrazione per fini pubblici¹ dal punto di vista della complessa dinamica che intercorre tra scelte di finanza pubblica, organizzazione pubblica e godimento dei diritti fondamentali della persona, con l'auspicio di stimolare un rinnovato interesse da parte della dottrina sullo statuto giuridico del potere di organizzazione alla luce del crescente

¹ cfr. G. PASTORI, *Tendenze recenti della pubblica amministrazione italiana*, in *Annuario 2009 dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, oggi in *Scritti Scelti*, II, Napoli, Editoriale Scientifica p. 881 il quale rileva come occorrerebbe parlare di amministrazione per fini pubblici piuttosto che di amministrazione pubblica poiché quest'ultima «è pubblica non in quanto provenga o dipenda dalle istituzioni di governo, ma per la sua finalizzazione o la sua destinazione ai compiti e agli scopi che sono pubblici in quanto riferiti alla società o alla collettività generale».

condizionamento esercitato dalla dimensione finanziaria sull'attuazione del paradigma costituzionale garantista.

La questione si presenta come di primaria importanza non solo per ragioni contingenti legate agli effetti della pandemia e alla necessità di avviare profonde riflessioni sul terreno dell'adeguatezza della nostra organizzazione sanitaria, dell'impatto dei vincoli di spesa sull'organizzazione dei servizi pubblici e delle riforme strutturali collegate al piano Next Generation EU, quanto rispetto all'esigenza di conformare le forme e i regimi dell'apparato organizzativo chiamato a soddisfare i diritti sociali ad una realtà costituzionale interna e sovranazionale in costante evoluzione, provando a superare i dogmi della sovranità dello Stato e della centralità della soggettività pubblica² su cui si poggiano le nostre consolidate conoscenze di diritto pubblico³.

L'analisi muove dall'idea secondo cui i diritti fondamentali costituiscono frammenti di sovranità dei cittadini nei confronti del potere pubblico, in ragione del fatto che «*la 'sovranità' o 'volontà popolare' richiede, per potersi esprimere autenticamente, le garanzie non solo dei diritti politici, ma anche dei diritti di libertà e dei diritti sociali, dalla libera manifestazione del pensiero al diritto all'istruzione*»⁴. Di conseguenza, poiché «*ogni violazione dei diritti fondamentali rappresenta una lesione non solo delle persone che ne sono titolari, ma anche della sovranità popolare*»⁵, la loro soddisfazione si pone al punto di intersezione tra i diritti e i doveri costituzionali, presupponendo l'esistenza di un'organizzazione chiamata ad operare in una complessa e fitta rete di rapporti di integrazione e di convergenza tra i vari soggetti che compongono la realtà sociale⁶.

² L.R. PERFETTI, *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, in *Il diritto dell'economia*, 2019, 1, pp. 51-52. Come rileva l'autore, «*l'intero diritto pubblico si è costruito ed è evoluto nel senso della progressiva giuridificazione del potere originariamente iscritto nel perimetro dell'autorità pubblica costruita come persona giuridica. Peraltro, la costruzione dello Stato (e, a seguire, dell'autorità nelle sue varie articolazioni) come persona giuridica di diritto pubblico ha ragioni (e meriti) storiche profondissime, servendo – tra l'altro – a giuridificare la lotta civile (di religione, nella specie), razionalizzare l'uso della forza e della guerra, costruire la convivenza. Ciò che è evidente nel diritto pubblico europeo (ed in quelli che da questa tradizione attingono) è che l'autorità ed il suo potere sono il dato preesistente, sia giuridicamente (attraverso la sovranità) che effettivamente (giacché l'autorità preesiste al diritto pubblico che nasce per regolarla). È più che ovvio, quindi, che l'organizzazione sia avvertita come articolazione dell'autorità, funzionale ai suoi scopi*».

³ In senso critico, G. BERTI, *Il principio organizzativo nel diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1986, p. 72.

⁴ L. FERRAJOLI, *La democrazia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2016, p. 44.

⁵ *Ibidem*.

⁶ cfr. G. PASTORI, *Tendenze recenti della pubblica amministrazione italiana*, cit., pp. 879-903.

Questa visione dei diritti fondamentali e della loro stretta connessione con la sovranità popolare si sviluppa a partire dal riconoscimento⁷ dell'esistenza di originarie posizioni di libertà in capo ai singoli individui che, da un lato, costituiscono la fonte di giustificazione dell'intero diritto pubblico di una società statale e, dall'altro, rappresentano il fondamento della sovranità. La realtà sociale, secondo questa prospettiva, si esprime pertanto in un ordinamento giuridico in funzione dell'esistenza di tali originarie posizioni di libertà dei singoli nei confronti della sovranità che, quest'ultimo, ha proprio il compito di raccordare al fine di consentire l'esplicazione delle diverse libertà, risolvendo i conflitti intersoggettivi e, nello stesso tempo, perseguendo il bene comune⁸. Un bene quest'ultimo che, diversamente da talune concettualizzazioni dell'interesse pubblico⁹, presenta a sua volta un fondamento oggettivo nella necessità di dar vita ad una comunità rispetto alla quale, superando la contrapposizione tra individui e Stato, l'ordinamento svolge una funzione di coordinamento dei fini individuali, rappresentando esso stesso non un atto di volontà bensì l'orizzonte al quale ogni volontà deve conformarsi affinché risulti compatibile con le volontà altrui.

La riconfigurazione dei diritti fondamentali quali frammenti di sovranità della persona nei confronti del potere pubblico implica così, come si vedrà più diffusamente in seguito, la necessità di ripensare i diritti sociali non più esclusivamente in termini di pretese tese all'ottenimento di una prestazione da parte di un soggetto pubblico, la cui soddisfazione risulta inevitabilmente

⁷ Il rinvio è al fecondo filone di studi inaugurato da F. BENVENUTI (la cui visione è compendiata nel suo *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, Cedam, 1996), poi proseguito da G. BERTI (v., *ex multis*, ID., *Manuale di interpretazione costituzionale*, Padova, Cedam, 1994) e G. PASTORI (v., *ex multis*, ID., *Coordinamento e governo di una società complessa*, in G. AMATO, G. MARONGIU (a cura di), *L'amministrazione della società complessa. In ricordo di Vittorio Bachelet*, Bologna, Il Mulino, 1982, ora in *Scritti scelti*, cit., pp. 239 ss.; ID., *Amministrazione pubblica*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI (a cura di), *Dizionario di politica*, Torino, Giappichelli, 1976, pp. 12 ss., ora in *Scritti scelti*, cit., pp. 205 ss.; ID., *La funzione amministrativa nell'odierno quadro costituzionale*, in *Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, Annuario 2002*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 463 ss., ora in *Scritti scelti*, cit., pp. 785 ss.; ID., *Tendenze recenti della pubblica amministrazione italiana*, cit., p. 879). L'idea di «una società [...] che si fa Stato, che si organizza cioè per governarsi» (G. PASTORI, *Stato e società in Italia dal 1948 ad oggi*, in *Stato e senso dello Stato oggi in Italia*, Milano, Giuffrè, 1981, ora in *Scritti scelti*, cit., p. 301) secondo quella che viene solitamente definita una visione capovolta o rovesciata, rappresenta il cuore della riflessione recentemente avviata da questa Rivista, diretta da L.R. Perfetti. Secondo quest'ultimo, ponendosi in dialogo proprio con Pastori, le dinamiche istituzionali in atto spingono verso un ripensamento degli elementi tradizionali della teoria dell'organizzazione pubblica nella prospettiva della struttura costituzionale italiana. Gli elementi fondanti di tale ricostruzione sarebbero secondo Perfetti: la funzionalizzazione dell'organizzazione amministrativa agli scopi del popolo sovrano, nella forma del godimento dei diritti fondamentali della persona; l'identificazione dei fini pubblici nella dimensione organizzativa; e la distinzione tra organizzazione in senso soggettivo ed in senso oggettivo (ID., *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, cit.).

⁸ D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, Il Mulino, 2018, pp. 26-27.

⁹ S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1989, p. 20.

condizionata dall'organizzazione amministrativa e dalle sue dinamiche di funzionamento, bensì come diritti a soddisfazione necessaria. Ciò significa, in altri termini, da un lato ripensare i diritti sociali – o parte di essi – come diritti fondamentali e, dall'altro, negare che tali diritti – proprio perché fondamentali ed espressione essi stessi della sovranità popolare – possano ritenersi recessivi rispetto all'organizzazione chiamata a soddisfarli e, dunque, che la loro soddisfazione possa essere condizionata dalle scelte organizzative del soggetto chiamato a farvi fronte¹⁰.

Ciò, tuttavia, non significa affatto negare la rilevanza dell'organizzazione rispetto alla vicenda amministrativa¹¹ che si sviluppa attorno all'attuazione del nostro paradigma costituzionale garantista, quanto piuttosto porre quest'ultima su un diverso piano rispetto a quanto non facciano, muovendo dalla critica ai vincoli europei di finanza pubblica, i sostenitori della tesi dello stato sociale condizionato¹². Sebbene sia innegabile il fatto che le disponibilità di bilancio incidono in modo significativo sull'organizzazione e sul funzionamento delle amministrazioni, come è stato evidenziato in altra sede¹³, anche i vincoli di spesa e le funzioni amministrative chiamate a darvi attuazione in una logica multilivello svolgono una funzione di garanzia di quelle posizioni di libertà dei singoli che, come si è detto, l'ordinamento è chiamato comunque a raccordare alla luce dell'interesse generale.

E allora, l'effettività dei diritti fondamentali della persona – a meno di non negarne il loro carattere sovrano secondo la prospettiva dell'art. 1 cost. – se da un lato non può dipendere né dalle scelte di finanza pubblica, né da quelle concernenti l'organizzazione; dall'altro, si presenta come l'esito di una complessa dinamica di interazione che coinvolge l'amministrazione, sia nella sua dimensione di governo che di garanzia, la società civile, i mercati, la politica, gli organi giurisdizionali, le istituzioni sovranazionali. Nell'ambito di tale dinamica che interessa l'esercizio dei

¹⁰ cfr. A. MASSERA, *Individuo e amministrazione nello Stato sociale: alcune considerazioni sulla questione delle situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, pp. 25-27, il quale – rinviando al concetto di ottimizzazione del servizio – ritiene che «non sia il “diritto sociale” ad essere subordinato unilateralmente all'organizzazione attuale del servizio, ma sia l'ordinamento di questo resto funzionale al “diritto” stesso e ai suoi contenuti come storicamente determinante».

¹¹ Si esprime in questo senso G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968; *contra*, M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966 e G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 122.

¹² F. LOSURDO, *Lo stato sociale condizionato: stabilità e crescita nell'ordinamento costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2016.

¹³ F.G. ANGELINI, *L'intervento pubblico tra diritti fondamentali e razionalità economica. Disfunzioni democratiche e funzioni amministrative come esercizio della sovranità popolare*, Padova-Milano, Cedam, 2020.

pubblici poteri sono rinvenibili sia posizioni giuridiche di diritto soggettivo che di interesse legittimo, nonché garanzie obiettive e vincoli di natura costituzionale, procedure amministrative, processi giuridico-argomentativi e funzioni giurisdizionali che concorrono, interagendo e condizionandosi reciprocamente, alla conformazione delle scelte di organizzazione e di finanza pubblica al contesto costituzionale interno e sovranazionale, in funzione servente rispetto al massimo godimento dei diritti e delle libertà fondamentali.

Il presente lavoro si pone naturalmente in posizione critica rispetto alla tesi dei diritti finanziariamente condizionati, suggerendo invece un rovesciamento dei termini del problema sul presupposto che sia l'organizzazione¹⁴ a doversi adattare ai diritti costituzionalmente garantiti piuttosto che il contrario¹⁵. Se la funzionalizzazione dell'organizzazione amministrativa al godimento dei diritti sembra emergere chiaramente dal testo costituzionale, tale dato non pare neppure essere messo in discussione dall'ordinamento eurounitario il quale, nel vincolare l'intervento pubblico dei Paesi membri al rispetto dei criteri di razionalità economica (sia sul piano della tutela della concorrenza che della stabilità finanziaria), non sembra affatto condizionare il godimento dei diritti fondamentali quanto piuttosto intervenire in termini di vincolo esterno sulle scelte concernenti le forme organizzative e gli strumenti da cui dipende la loro soddisfazione in concreto, contribuendo così alla «*appropriazione sociale dell'organizzazione pubblica*»¹⁶.

Tale capovolgimento di prospettiva, oltre che necessitato alla luce dell'ordinamento europeo e del piano Next Generation EU, sembra emergere anche dall'indirizzo giurisprudenziale che riconosce l'esistenza di un nucleo minimo di diritti sociali¹⁷ a soddisfazione necessaria, delineando una possibile rilettura delle dinamiche politico-amministrative concernenti la tutela dei diritti fondamentali secondo un paradigma discorsivo-razionale¹⁸, fondato cioè sul principio di leale

¹⁴ Sulla stretta connessione tra diritti sociali e organizzazione pubblica cfr. F. MERUSI, *I servizi pubblici negli anni 80*, in AA.VV., *Servizi Pubblici instabili*, Bologna, Il Mulino, 1990, pp. 30-31, il quale osserva come «i diritti di prestazione di un servizio pubblico non sono diritti assoluti, come i diritti politici, bensì diritti finanziariamente condizionati. Ne deriva che anche i diritti sociali garantiti dalla Costituzione, ai quali corrisponde la prestazione di un servizio, non sono diritti assoluti, ma relativi».

¹⁵ Corte Cost., sent. n. 275/2016.

¹⁶ G. BERTI, *Manuale di interpretazione costituzionale*, cit., pp. 72-75.

¹⁷ Corte Cost., sent. nn. 62/2020, 169/2017, 275/2016, 222/2013, 4/2013, 40/2011, 432/2005, 27/1998, 304/1994, 455/1990.

¹⁸ G. BERTI, *Manuale di interpretazione costituzionale*, cit., pp. 7-36; ID., *Ermeneutica e processualità nella trasformazione dei principi e dei valori universali in regole degli ordinamenti positivi*, in *Ars Interpretandi*, 2005, 10, pp. 255 ss.; nonché, F.G. ANGELINI, *L'intervento pubblico tra diritti fondamentali e razionalità economica*, cit., pp. 22-28 e 223 ss.

collaborazione e sulla razionalità economica, entrambi assunti quali presupposti per un ripensamento dell'organizzazione pubblica quale amministrazione per fini pubblici, in funzione del massimo godimento possibile dei diritti costituzionalmente garantiti.

Un ripensamento, quest'ultimo, che presuppone, oltre al riconoscimento della piena compatibilità con la rilevanza dei fini perseguiti di modalità di autorganizzazione della società civile e, dunque, l'abbandono del mito della centralità della soggettività pubblica, (anche) la messa in discussione dello stesso ruolo dell'amministrazione da intendersi, nella prospettiva che qui si vuole suggerire, non più e non tanto quale braccio esecutivo del potere governante ma quale indispensabile alleata dei diritti fondamentali della persona, nell'ambito di quelle relazioni giuridiche che si instaurano tra quest'ultima e l'autorità 'obbligata' a darvi effettività nell'esercizio della propria discrezionalità organizzativa¹⁹.

2. Fini pubblici, potere di organizzazione e finanza pubblica.

Coerentemente con questa visione della sovranità fondata sul riconoscimento giuridico delle libertà dei singoli, il perimetro della sfera pubblica – non esaurendosi affatto nel monopolio della soggettività pubblica²⁰ – si sviluppa attorno ai doveri universali e ai diritti fondamentali, ancorandosi

¹⁹ Il riferimento è all'analisi proposta da D. SORACE, *Gli "interessi di servizio pubblico" tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, in *Il Foro Italiano*, 111, pp. 205-220. Secondo Sorace, «a fronte di un comportamento di una amministrazione obbligata nel merito delle scelte non si pongono posizioni di interesse legittimo ma di diritto soggettivo. Con la precisazione, del resto appena necessaria, che questo non significa che a fronte di ogni atto amministrativo a contenuto obbligato si dia una tale situazione soggettiva. Infatti l'esercizio di un potere richiede di regola l'esecuzione di una serie di scelte, alcune delle quali possono risultare vincolate in relazione al contenuto di altre scelte con le quali si trovano in rapporto consequenziale ovvero certe decisioni possono risultare obbligate in relazione alle circostanze di fatto alla cui presenza vengono prese, ma per questi motivi non si potrà certo negare che l'amministrazione avesse poteri discrezionali nel concreto episodio amministrativo» (p. 208). Con specifico riferimento all'attività di servizio pubblico, gran parte delle scelte rimesse all'amministrazione «sono dirette a risolvere essenzialmente il problema della individuazione degli strumenti più idonei sotto il profilo azionale a raggiungere i fini dati e quindi a realizzare l'assetto di interessi dati. Per questo motivo sembra opportuno indicare queste scelte come contenuto di una discrezionalità organizzativa affiancabile come terzo tipo a quella 'amministrativa' ed a quella 'tecnica'» (p. 213).

²⁰ Come evidenziato da G. BERTI (*Amministrazione e Costituzione*, in *La pubblica amministrazione nella Costituzione. Riflessioni e indicazioni di riforma*, atti del XXXIX Convegno di scienza dell'amministrazione, Milano, 1996, p. 16), «la Costituzione non ha pensato all'amministrazione come ad un potere dello Stato e ha, al contrario, inteso l'amministrazione come dovesse vedersi collegata immediatamente alla società». Ne deriva, pertanto, che laddove si riconosca la sua funzionalità all'attuazione dei diritti fondamentali e dei doveri inderogabili l'amministrazione non pare più rappresentabile «come un'immagine dello stato», bensì, come «forma della società». In questo senso anche L.R. PERFETTI, *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, cit., il quale rileva come ancora oggi «le nostre convinzioni consolidate sul diritto pubblico poggiano in misura

a quella che viene definita la dimensione sostanziale della democrazia²¹. In questa prospettiva, i pubblici poteri sono chiamati a svolgere non solo una funzione di governo²² ma, con riferimento ai contenuti dell'art. 2 cost., una funzione di garanzia²³ a tutela degli interessi generali, dei diritti fondamentali e delle stesse sfere private. Una funzione che, da un lato, deve essere svolta necessariamente nell'interesse di tutti, in ossequio al fatto che di tutti sono i diritti fondamentali e che, dall'altro, presupponendo l'esercizio di un potere precettivo che (può anche) prescinde(re) dal concorso diretto dei destinatari, caratterizza tale ambito di intervento come sfera dell'eteronomia²⁴.

I diritti fondamentali definiscono infatti quella che rappresenta la sfera del non decidibile (cioè di tutto ciò che sarebbe precluso alla discrezionalità del potere governante, rientrando invece nell'ambito di una funzione di garanzia) ossia, *'del non decidibile che'* con riferimento ai divieti corrispondenti ai diritti di libertà e del *'non decidibile che non'* con riferimento agli obblighi pubblici concernenti i diritti (fondamentali) sociali²⁵. Sulla base di tale classificazione, i diritti sociali,

significativa sulla centralità della soggettività pubblica, dell'organizzazione dello Stato e del suo potere» (p. 43), evidenziando come *«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 obiettata, quanto piuttosto, perché l'organizzazione appare per tratti essenziali esterna all'autorità»* (p. 59).

²¹ L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2007, II, pp. 13 ss. L'esistenza di una dimensione sostanziale della democrazia discenderebbe dalla necessità di andare oltre la teoria della validità formale delle norme, riconoscendo che «non tutto ciò che viene deciso in forza dell'autonomia politica, e per altro verso dell'autonomia civile, è valido oltre che esistente: perché una decisione sia valida non deve violare i principi e di diritti fondamentali, stipulati appunto nelle costituzioni quali limiti e vincoli alle dinamiche del mercato nel mondo degli affari e ai possibili abusi della maggioranza nell'ambito della politica» (p. 14).

²² Secondo la classificazione proposta da L. FERRAJOLI (*Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, cit., pp. 869 ss.) le funzioni di governo sarebbero riconducibili alla sfera discrezionale del decidibile ed includerebbero sia le funzioni legislative che quelle governative di indirizzo politico e amministrativo. Esse, pertanto, *«disegnano lo spazio della politica, i cui parametri di valutazione sono l'efficienza e l'utilità, per gli interessi generali, dei risultati ottenuti»* (p. 872).

²³ Contrariamente alle funzioni di governo, quelle di garanzia sarebbero invece quelle che esplicano una funzione di difesa della sfera dell'indecidibile. Tra queste rientrerebbero *«oltre alla funzione giudiziaria di garanzia secondaria, le funzioni di controllo e tutte le funzioni di garanzia primaria dei diritti di libertà e dei diritti sociali»* (ibidem). Secondo Ferrajoli, dunque, *«le funzioni di garanzia corrispondono invece allo spazio della giurisdizione e dell'amministrazione vincolata, i cui criteri di valutazione sono la correttezza e la fondatezza degli accertamenti dei loro presupposti legali e l'effettività degli adempimenti richiesti»*. Pertanto, *«le decisioni con cui sono esercitate le funzioni di garanzia consistono invece, oltre che nell'applicazione formale, anche nell'applicazione sostanziale delle norme sulla loro produzione»*, rilevando *«soprattutto la sostanza dei contenuti prodotti»* (ivi, pp. 872-873).

²⁴ N. BOBBIO, *La grande dicotomia*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, Cedam 1974, pp. 2187 ss. Per un'analisi del tema con riferimento all'attività amministrativa sia consentito il rinvio a F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, VI (Aggiornamento), Milano, Giuffrè, 2002, pp. 75 ss. e a ID., *Autorità e consenso*, in *Autorità e consenso nell'attività amministrativa. Atti del XLVII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, I, Milano, 2002, pp. 21 ss.

²⁵ cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, cit., I, p. 822.

quantomeno con riferimento al loro contenuto minimo²⁶ (e, per questo, fondamentale), rientrerebbero dunque nel perimetro della sfera del non decidibile richiedendo, perciò, la loro soddisfazione necessaria quale caratteristica irrinunciabile dello stato costituzionale di diritto.

Occorre sottolineare però come la definizione dei fini pubblici si configuri come una scelta del legislatore che presuppone un'operazione di bilanciamento²⁷ tra i diversi (talvolta confliggenti) interessi in gioco ai fini della loro conformazione ai diritti fondamentali e a ciò che costituisce la sfera del “non decidibile” e del “non decidibile che non”. Tali operazioni di bilanciamento interessano – influenzandosi reciprocamente – tanto la definizione e la selezione degli interessi pubblici, quanto la scelta delle modalità di tutela e dei mezzi necessari alla loro soddisfazione, nel senso che, tanto più sono gli interessi pubblici individuati dal legislatore, tanto maggiori risulteranno essere i compiti attribuiti all'amministrazione e, conseguentemente, la complessità dell'organizzazione chiamata a svolgerli, con particolare riguardo alla proliferazione dei centri decisionali, al crescente fabbisogno di risorse e ai rischi di potenziale inefficienza.

Con specifico riguardo alla soddisfazione dei diritti sociali, la cui perimetrazione in termini di soggettività pubblica incontra limiti costituzionali con riferimento al riconoscimento di talune libertà fondamentali, ciò rinvia alla necessità di predisporre un apparato organizzativo (nei settori della sanità, difesa, scuola, giustizia e così via), retto da specifiche norme giuridiche di diritto pubblico, deputato alla loro soddisfazione nel rispetto delle norme costituzionali e in aderenza agli

²⁶ Seguendo il modello concettuale sviluppato da R. ALEXI (*Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 2012), con particolare riferimento a quelli che egli chiama «*diritti fondamentali sociali*» e al problema del loro necessario bilanciamento con altre libertà (soprattutto, nella prospettiva delineata in precedenza, rispetto alla necessità di far leva, ai fini della loro soddisfazione, sui doveri universali di cui all'art. 2 cost. ai fini della loro soddisfazione), «*si dovrà considerare una posizione giuridico-erogativa come definitivamente garantita in base ai diritti fondamentali se (1) il principio di libertà fattuale la esige con urgenza e (2) il principio di divisione dei poteri e il principio democratico (che include quello della competenza di bilancio del Parlamento) così come (3) i principi materiali concorrenti (in particolare, quelli che si limitano alla libertà giuridica di altri) sono lesi, in una misura relativamente bassa, dalla garanzia delle posizioni giuridico-erogative dei diritti fondamentali e da decisioni della Corte costituzionale che tengano conto della garanzia stessa. Queste condizioni sono comunque compiute nei diritti fondamentali sociali minimi, quindi, ad esempio nei diritti a condizioni minime di esistenza, a una semplice abitazione, all'istruzione scolastica, alla formazione professionale e a uno standard minimale di assistenza medica*» (p. 543).

²⁷ Con riferimento al bilanciamento svolto in sede di sindacato di costituzionalità, M. LUCIANI (*I diritti “finanziariamente condizionati”*, cit., p. 380) ritiene però che la formula del bilanciamento non sarebbe appropriata nell'ambito della relazione tra diritti e bilancio in quanto, da un lato, vuota e dall'altro tale da aprire spazi illimitati di discrezionalità giurisdizionale. Secondo il costituzionalista, infatti, «*il bilanciamento spetta al legislatore e alla giurisdizione compete [...] l'apprezzamento della sua coerenza interna, della sua completezza, della sua logicità, fermo – ovviamente – il generale sindacato sul rispetto di tutti i parametri costituzionali*».

esiti di quelle operazioni di bilanciamento – si pensi in particolare alla relazione tra tutela dei diritti e risorse finanziarie disponibili – che i pubblici poteri sono chiamati a svolgere nell'esercizio del potere di organizzazione²⁸.

L'attuazione del programma costituzionale – che affida ai pubblici poteri l'organizzazione di un sistema di sicurezza sociale (art. 38 cost.), un sistema scolastico pubblico per tutti gli ordini e gradi (art. 33 cost.), un sistema di assistenza per i cittadini inabili al lavoro sprovvisti di altri mezzi di sostentamento (art. 38 cost.), nonché, la tutela della maternità, dell'infanzia e della gioventù (art. 31 cost.), la protezione dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali (art. 117 cost.) e così via – ha determinato, da un lato, l'espansione del perimetro dell'organizzazione pubblica e, dall'altro, un crescente bisogno di risorse finanziarie per far fronte al suo funzionamento.

Quanto al primo aspetto, nell'adempimento di tali compiti, il legislatore sembra aver sin qui manifestato una preferenza verso un modello di organizzazione amministrativa fortemente radicato nella sovranità dello stato e sulla connessa esigenza di includere la società nello stato piuttosto che il contrario²⁹. L'organizzazione amministrativa – come dimostra lo stesso dibattito sulla natura dei diritti sociali e sulla loro tradizionale configurazione come diritti finanziariamente condizionati³⁰ – è stata perciò perlopiù concepita in posizione servente rispetto al potere governante, anziché quale espressione dell'autogoverno³¹, ovvero, in funzione di garanzia dei diritti soggettivi pubblici. Ciò ha comportato, al contrario della tesi che qui si intende sostenere, il mancato riconoscimento della compatibilità con la sfera pubblica di quei moduli organizzativi per fini pubblici che, pur

²⁸ Rileva R. TREVES (*L'organizzazione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 1967, pp. 23 ss.) «uno Stato regolato dal diritto qual è il nostro non può non circoscrivere il potere di organizzare se stesso, nei modi ritenuti più adatti per il conseguimento dei fini che gli sono assegnati. Le dottrine politiche e giuridiche dell'assolutismo e del primo costituzionalismo facevano discendere questo potere dal sovrano, a cui la legge al massimo poteva porre dei limiti. Il campo dell'organizzazione amministrativa si basava su tali poteri di fatto o ampiamente discrezionali ed era quindi sottratto al controllo giurisdizionale. [...] Non solo i fini, ma anche l'organizzazione e l'azione amministrativa sono in Italia fissati dalla Costituzione e dalla legge. È vero che l'organizzazione amministrativa tocca i cittadini solo indirettamente, e che quel che più conta è l'azione amministrativa. Ma anche i principi sulla legittimità formale hanno la loro importanza nella tutela di quelli, poiché rappresentano il fondamento della vita dell'amministrazione».

²⁹ G. BERTI, *Manuale di interpretazione costituzionale*, cit., p. 73.

³⁰ M. LUCIANI, *I diritti "finanziariamente condizionati"*, in *La tutela degli interessi finanziari della collettività nel quadro della contabilità pubblica: principi, strumenti, limiti*, Atti del LXIII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, Milano, 2018, pp. 372 ss.

³¹ Per una disamina aggiornata dei modelli di amministrazione rinvenibili nel nostro ordinamento, con particolare riferimento a quello dell'amministrazione per fini pubblici, si rinvia a L.R. PERFETTI, *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, cit., pp. 43-70.

collocandosi al di fuori della soggettività pubblica, sono espressione della dimensione sostanziale della democrazia, identificandosi con l'autorganizzazione della società civile secondo il principio di sussidiarietà di cui all'art. 118 cost.

Al contrario, nella prospettiva poc'anzi delineata la società non si pone in posizione dicotomica rispetto all'organizzazione pubblica, bensì quale ambito all'interno del quale gli interessi pubblici possono fisiologicamente ed in modo più efficiente realizzarsi attraverso l'interazione sociale, nel rispetto cioè di precise regole di svolgimento di tale dinamica di scambio³². La riconduzione della sfera pubblica alla sola soggettività pubblica ha alimentato invece la contrapposizione tra organizzazione amministrativa e società, comportando un appesantimento dell'apparato organizzativo soggettivamente pubblico e dando luogo sia a fenomeni di inefficienza³³ sia ad un crescente fabbisogno finanziario per il suo funzionamento, con evidenti implicazioni sulla relazione tra diritti fondamentali e doveri universali.

Il rinnovato ordine economico e sociale dello stato pluriclasse, il moltiplicarsi delle richieste di intervento da parte della collettività e la partecipazione dello stato al processo di sviluppo economico, unitamente al ruolo assunto dal settore pubblico quale mediatore sociale e catalizzatore economico, erogatore di servizi e ammortizzatore sociale, ha così comportato la dilatazione della finanza pubblica al punto da divenire essa stessa strumento di governo dell'economia,

³² Nella prospettiva della *public choice*, il compito delle regole del gioco (regole costituzionali e subcostituzionali, secondo la nota classificazione di Buchanan) sarebbe quello di creare benessere sociale migliorando i meccanismi di cooperazione volontaria all'interno del processo politico-amministrativo, secondo lo schema del *mutual gains from joint commitment to rules* piuttosto che quello classico proposto dall'economia del benessere. Facendo cioè in modo che il benessere generato dallo scambio politico-amministrativo venga allocato in capo ai cittadini piuttosto che ai pubblici poteri, secondo la logica del "surplus" del consumatore. L'adozione di tale paradigma impone di guardare alla massimizzazione del benessere sociale non mediante l'assegnazione di specifici obiettivi macroeconomici, ma indirettamente, favorendo la cooperazione volontaria tra i cittadini e lo Stato. L'approccio indiretto alla valutazione dell'efficienza delle regole e l'enfasi rispetto alla loro incidenza sui processi di interazione umana costituisce una caratteristica fondamentale della teoria della scelta pubblica che, dal punto di vista metodologico, giustifica il diverso approccio della *constitutional economics* rispetto all'economia del benessere in relazione all'analisi delle regole concernenti i processi decisionali pubblici.

³³ Come rileva G. PASTORI, v. *Burocrazia*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, Torino, Giappichelli, II, p. 405, infatti, «i corpi burocratici tendono ad utilizzare la loro posizione nell'organizzazione e il patrimonio tecnico-professionale da essi posseduto per ampliare il proprio ruolo (assumendo spesso un ruolo politico) o a perseguire di fatto finalità individuali o di gruppo in tutto o in parte sostitutive di quelle dell'organizzazione di appartenenza». Con buona pace, dunque, per quelle finalità espresse dal paradigma costituzionale garantista.

determinando, in assenza di adeguati vincoli³⁴ in grado di garantire un equilibrio tra soddisfazione delle istanze sociali e risorse disponibili, una progressiva espansione della spesa pubblica alla quale non è sempre corrisposta una maggiore tutela dei diritti sociali.

Quanto al secondo aspetto segnalato in precedenza, anche l'attività finanziaria – avente «carattere strumentale indiretto per il conseguimento dei fini dello stato, perché le pubbliche spese sono lo strumento immediato (o di primo grado) per la soddisfazione dei fini dello stato, mentre le pubbliche entrate sono un mezzo necessario per le pubbliche spese, quindi risultano solo un mezzo indiretto (o di secondo grado) per il raggiungimento dei fini dello stato»³⁵ – costituisce esercizio del potere di organizzazione, risultando perciò assoggettato a precisi vincoli. Da un lato, e cioè sotto il profilo delle entrate, spetta allo stato la potestà tributaria, ovvero, il diritto di pretendere dai cittadini-contribuenti i mezzi necessari per il soddisfacimento dei bisogni pubblici, cui corrisponde un dovere tributario dei contribuenti e, in favore di questi ultimi, una garanzia contro eccessive e ingiustificate pretese tributarie, secondo i canoni della giustizia tributaria. Dall'altro, e cioè sotto il profilo delle spese, lo stato ha il dovere di svolgere una funzione sociale consistente nella promozione del benessere e nell'elevazione del popolo attraverso una continua opera di protezione, propulsione e di coordinamento in tutto il vasto campo dell'attività umana, attraverso provvedimenti di carattere organico e costruttivo aventi sempre di mira la protezione della persona umana, la soddisfazione dei suoi bisogni e l'attuazione della potenza dell'intelletto in tutta la possibile sua estensione³⁶, nonché, il dovere di destinare solamente ai fini pubblici quanto coattivamente prelevato dalle economie private³⁷.

Il rapporto fra spese pubbliche e i fini pubblici risulta perciò universale e costante nel senso che tali spese possono contribuire al conseguimento di questi fini in modo mediato o immediato,

³⁴ Sul punto vale la pena richiamare la riflessione di O. SEPE (*Spese dello Stato*, in *Enc. Dir.*, XLIII, Milano, Giuffrè, 1990, p. 392), secondo cui «il controllo del modo col quale le entrate venivano utilizzate poteva portare rapidamente alla necessità di ulteriori imposizioni per il reperimento di nuove entrate. Da questa correlazione fra entrata e spesa scaturiva la conseguenza che i pubblici poteri non possono essere lasciati del tutto liberi nel modo di spendere ma che anche la spesa va controllata e sottratta alla discrezionalità ed all'arbitrio. Ciò è stato consacrato con l'introduzione del principio di fondo dell'approvazione parlamentare del bilancio dello Stato, visto come documento che accerta le entrate e ripartisce la determinazione delle spese».

³⁵ B. GRIZIOTTI, *Studi di scienza delle finanze e diritto finanziario*, Milano, 1956, II, p. 136. Per un approfondimento sul concetto di spesa v. anche O. SEPE, *Spese dello Stato*, cit., pp. 386 ss.

³⁶ G. DEL VECCHIO, *Studi sullo Stato*, Milano, 1958, p. 73; v. anche S. BUSCEMA, *Trattato di Contabilità pubblica. Principi generali*, Milano, Giuffrè, 1969, I, p. 7.

³⁷ Per un approfondimento si rinvia a A. CRISMANI, *La tutela giuridica degli interessi finanziari della collettività*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 17 e ai contributi raccolti nel volume AA.VV., *La tutela degli interessi finanziari della collettività nel quadro della contabilità pubblica: principi, strumenti, limiti*, Atti del LXIII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, Milano, 2018.

prossimo o remoto; tuttavia, nessuna spesa può esistere se non come mezzo per il conseguimento di un fine pubblico³⁸. Questa costante interdipendenza fra le spese pubbliche e le finalità dello stato ne spiega dunque la continua espansione, dovendosi pertanto ritenere diretta conseguenza dell'estensione degli ambiti di azione dello stato.

3. Discrezionalità organizzativa, potere finanziario e vincoli costituzionali.

a. Confini e limiti della discrezionalità organizzativa.

Al legislatore spetta sia il compito di identificare gli interessi ritenuti meritevoli di tutela, sia di definire l'organizzazione deputata alla loro soddisfazione in concreto. Ai pubblici poteri è rimessa, quindi, una potestà organizzativa funzionale all'assolvimento dei compiti assegnati, il cui esercizio non può che svolgersi in modo conforme alla costituzione interna e sovranazionale.

A tale potere di organizzazione corrispondono anche le potestà concernenti l'attività finanziaria che i pubblici poteri svolgono al fine di assolvere alle proprie funzioni. Da un lato, il potere finanziario costituisce perciò espressione stessa del potere di organizzazione, risultando anch'esso funzionale allo svolgimento dei fini pubblici e, in primo luogo, alla soddisfazione dei diritti fondamentali della persona; dall'altro, la dinamica delle entrate e delle spese pubbliche funzionale alla copertura del fabbisogno finanziario necessario al perseguimento dei fini pubblici, espressione del potere finanziario, condiziona a sua volta, in modo assai significativo, l'esercizio del potere di organizzazione, influenzando anche l'attività dell'amministrazione, specie quella concernente l'erogazione di prestazioni con oneri a carico del bilancio pubblico.

Rinviando alle pagine che seguono l'inquadramento della stabilità finanziaria tra le condizioni necessarie per il perseguimento dei fini pubblici in modo sostenibile e duraturo, in via preliminare occorre considerare quale ulteriore aspetto caratteristico del potere di organizzazione il fatto che la natura degli interessi che l'organizzazione amministrativa è chiamata a soddisfare contribuisce a

³⁸ G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1954, I, p. 447.

differenziarla da altre configurazioni organizzative destinate alla soddisfazione di interessi privati. Ciò in quanto l'organizzazione costituisce la misura delle posizioni giuridiche vantate dai destinatari dell'azione amministrativa, nel senso che *«la soluzione organizzativa è, insieme, la risposta agli interessi da soddisfare e la matrice delle situazioni soggettive che, infatti, si concretizzano in relazione alla soluzione organizzativa che è stata predisposta»*³⁹.

La rilevanza giuridica dell'organizzazione deputata alla soddisfazione degli interessi pubblici pone, dunque, diversi problemi sia in ordine alla natura delle situazioni giuridiche soggettive che, con riferimento all'esercizio del potere di organizzazione, sono riconoscibili in capo ai destinatari dell'azione amministrativa, sia in relazione ai confini della discrezionalità di cui i pubblici poteri godono rispetto al suo esercizio.

Alla luce della rilevata connessione tra organizzazione e situazioni giuridiche soggettive, si potrebbe infatti giungere a ritenere che laddove il godimento dei diritti costituzionalmente protetti dipenda dall'esistenza di un apposito apparato organizzativo e, dunque, dalla sussistenza di risorse sufficienti per far fronte ai fabbisogni necessari, tali diritti sarebbero da intendersi come recessivi rispetto all'organizzazione. Tale tesi, tuttavia, convince solo in parte e, senz'altro, non con riferimento ai diritti fondamentali della persona, la cui soddisfazione è invece – come si è visto nelle pagine precedenti – da ritenersi doverosa ai sensi del dettato costituzionale in quanto il loro godimento costituisce dimensione sostanziale della democrazia. Ciò induce a ritenere che la segnalata recessività dei diritti rispetto al potere di organizzazione non possa in realtà ritenersi configurabile quantomeno con riferimento all'esistenza di un nucleo minimo di posizioni giuridiche soggettive la cui soddisfazione rientrerebbe nella sfera “del non decidibile” e del “non decidibile che non”, corrispondendo ad esse un preciso obbligo/dovere di soddisfazione da parte dei pubblici poteri⁴⁰.

³⁹ G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, cit., pp. 121-123.

⁴⁰ Come rileva A. PIOGGIA, *Diritti umani e organizzazione sanitaria*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2011, p. 33, infatti, «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 idonee». Del resto, «se nel rapporto interindividuale l'assenza di un obbligo formale a carico dei singoli soggetti impedisce di imporre ad un privato un determinato comportamento, 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» (p. 34).

Su tale aspetto si tornerà però più diffusamente in seguito, affrontando il tema dei diritti finanziariamente condizionati. Ciò su cui vale invece ancora la pena soffermarsi riguarda le implicazioni sul perimetro della discrezionalità solitamente riconosciuta ai pubblici poteri nell'ambito delle scelte di natura organizzativa, che la considerazione svolta poc'anzi suggerisce. Affermare che la soddisfazione degli interessi pubblici presupponga l'esercizio di un potere di organizzazione, la cui rilevanza giuridica è tale da condizionare il godimento stesso dei diritti costituzionalmente garantiti, significa riconoscere ai pubblici poteri una discrezionalità tale da ritenersi svincolata dal rispetto delle previsioni costituzionali. Poiché però, come evidenziato in precedenza, i diritti fondamentali della persona sono frammenti di sovranità risultando, nello stesso tempo, la loro soddisfazione il fondamento dell'esistenza stessa dei pubblici poteri, negare che questi ultimi nell'esercizio del potere di organizzazione debbano necessariamente conformarsi al dettato costituzionale e a quelle operazioni di bilanciamento a cui si è fatto cenno, significa non solo negare il nostro paradigma costituzionale garantista ma, nella prospettiva delineata nelle pagine precedenti, attribuire la sovranità ad un soggetto diverso rispetto al suo unico legittimo detentore ai sensi dell'art. 1 cost.

Condividendo l'idea secondo cui l'organizzazione amministrativa debba necessariamente configurarsi come servente non solo alla cura degli interessi pubblici individuati come tali dal potere governante ma anche alla garanzia dei diritti fondamentali della persona, il baricentro dell'organizzazione amministrativa non potrà allora che ricercarsi non solo nella strumentalità alle persone giuridiche pubbliche ma anche alle persone umane destinatarie della sua azione⁴¹ e alle formazioni sociali ove si svolge la loro personalità in ossequio all'art. 2 cost.

Le conseguenze di tale ricalibrazione del baricentro dell'organizzazione amministrativa si registrano sia sul fronte del perimetro della discrezionalità del potere di organizzazione (e con esso del potere finanziario) che della natura giuridica delle pretese che i cittadini vantano nei confronti dell'amministrazione deputata alla loro soddisfazione. Quanto alla discrezionalità attraverso cui si esprime il potere di organizzazione, essa si sviluppa su direttrici del tutto diverse rispetto a quelle tracciate dalla dottrina tradizionale, sia sotto il profilo della necessità di dover tener conto di uno

⁴¹ Lo rileva, rifacendosi all'insegnamento di Domenico Sorace, M. MONTEDURO, *L'organizzazione amministrativa: riflessioni sul pensiero di Domenico Sorace*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2020, 1, p. 560.

spettro di interessi ben più ampi rispetto a quelli espressi dalla maggioranza politica del momento⁴²; sia con riferimento all'esistenza di limiti all'esercizio del potere di organizzazione derivanti dalla configurabilità di talune pretese dei cittadini nei confronti dell'organizzazione in termini di diritti soggettivi e dall'esistenza di vincoli giuridici concernenti l'esercizio del potere finanziario, anch'essi, come si dirà meglio in seguito, funzionali al pieno esercizio della sovranità popolare nel più ampio contesto costituzionale interno ed eurounitario.

Seguendo tale approccio, la discrezionalità organizzativa risulta perciò necessariamente perimetrata entro la tutela dei diritti fondamentali della persona che costituiscono appunto l'unico orizzonte in funzione del quale lo stesso potere di organizzazione può essere legittimamente esercitato. Ciò non significa che ai pubblici poteri sia precluso il perseguimento di finalità ulteriori rispetto alla soddisfazione di quel nucleo minimo di diritti costituito dai diritti fondamentali della persona, bensì che l'effettiva realizzazione di questi ultimi, in quanto qualificabili come diritti soggettivi, sarebbe da intendersi come doverosa, risultando perciò censurabile in sede giurisdizionale la loro mancata soddisfazione e ottimizzazione.

L'affermazione di taluni diritti sociali come diritti soggettivi in ragione della loro riconducibilità entro il perimetro dei diritti fondamentali della persona e la conseguente loro doverosa soddisfazione – costituendo una attività amministrativa vincolata – a carico dell'organizzazione amministrativa è di portata tale da incidere significativamente sul potere di organizzazione, comprimendone gli ambiti discrezionali ed orientando il suo esercizio verso l'adozione di soluzioni volte ad una razionalizzazione delle prestazioni sia sotto il profilo dell'ampiezza del novero di quelle giuridicamente dovute ai cittadini che delle soluzioni organizzative astrattamente ipotizzabili ai fini del loro adempimento.

Sotto altro profilo, a tale sforzo di razionalizzazione delle prestazioni e delle dinamiche organizzative del settore pubblico funzionale alla costituzionalizzazione del potere di organizzazione contribuisce – partecipando anch'essa in modo significativo alla ripermimetrazione dei margini della discrezionalità organizzativa rimessa in capo ai pubblici poteri – la disciplina costituzionale dell'attività finanziaria, vincolando l'esercizio del relativo potere sia sotto il profilo

⁴² L. CARLASSARE, *Sovranità popolare e stato di diritto*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Valori e Principi del regime repubblicano*, Roma-Bari, Laterza, 2006, I, pp. 163 ss.

della definizione dei saldi di bilancio pubblico che delle decisioni di indebitamento sia, infine, della gestione della spesa in connessione con lo svolgimento dell'attività amministrativa.

Il potere di organizzazione esercitato dai pubblici poteri concerne, infatti, anche la scelta degli strumenti attraverso cui provvedere alla copertura dei fabbisogni finanziari necessari all'adempimento dei compiti assegnati. Ciò avviene – in modo tutt'altro che indifferente rispetto all'equilibrio tra diritti fondamentali e doveri universali – sia ricorrendo all'imposizione tributaria, sia provvedendo alla riallocazione della spesa, sia infine attraverso il ricorso ai mercati finanziari e, dunque, l'assunzione di prestiti da parte dello stato.

b. Disciplina costituzionale della finanza pubblica e implicazioni sul potere di organizzazione.

Le scelte relative alla copertura del fabbisogno finanziario e alla gestione della spesa, necessarie allo svolgimento dei compiti costituzionali, non sono affatto rimesse all'arbitrio dei pubblici poteri dal momento che la nostra carta costituzionale pone, da ben prima del Trattato di Maastricht e del Fiscal Compact, già nella sua originaria formulazione, una serie di vincoli alla discrezionalità del legislatore, dell'esecutivo e dell'amministrazione.

Come evidenziato dalla dottrina, l'esistenza di tali vincoli trova giustificazione nel fatto che *«la rappresentanza parlamentare non esprime[va] più un ruolo primario di controllo della spesa attraverso il consenso all'entrata, ma il diverso ruolo di espressione delle istanze politiche economiche e sociali della collettività nella sua interesse quindi, in sintesi, della spesa stessa»*⁴³. Sicché, venuto meno il ruolo del bilancio quale autorizzazione all'imposizione e, contestualmente, strumento di formulazione dell'equilibrio economico dello stato finalizzato a realizzare una corrispondenza tra prelievo fiscale, servizi pubblici erogati e spese connesse allo sviluppo economico sociale⁴⁴, spettava proprio alle norme costituzionali definire un sistema di garanzie oggettive tale da assicurare che la realizzazione delle politiche sociali non producesse squilibri sul fronte macroeconomico, tali da pregiudicare gli

⁴³ A. BARETTONI ARLERI, *Miti e realtà nei principi della contabilità pubblica*, Milano, Giuffrè, 1986, p. 28.

⁴⁴ O. SEPE, v. *Spese dello Stato*, cit., p. 392.

interessi finanziari della collettività e la sostenibilità stessa del programma di attuazione del paradigma costituzionale garantista.

I costituenti hanno assegnato al Governo una posizione di preminenza nella determinazione dell'indirizzo della finanza pubblica, riconoscendo invece al Parlamento compiti di controllo e, in concorso con il Governo, di indirizzo mediante l'approvazione o meno dei saldi finanziari proposti da quest'ultimo. Al Governo in particolare è affidato il compito di curare il processo di formazione e presentazione al Parlamento dei diversi documenti economici e finanziari in cui si articola la gestione finanziaria; mentre al Parlamento quello di approvare gli strumenti operativi della gestione economica e finanziaria, esercitando una funzione di indirizzo politico attraverso la legge di bilancio, intesa quale atto fondamentale di programmazione e di indirizzo della finanza pubblica⁴⁵. Con riferimento, invece, al rapporto tra centro e periferia, assumono un ruolo centrale nella configurazione istituzionale della finanza pubblica sia le previsioni di cui all'art. 117, comma 2, lett. e) cost., che assegna alla potestà legislativa esclusiva dello stato la materia del coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario, sia quelle dell'art. 119 cost. che, invece, riconosce alle regioni e agli enti locali l'autonomia finanziaria di entrata e di spesa.

Il principio di fondo della costituzione fiscale è quello espresso dall'art. 53 cost. secondo cui *«tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva»* e *«il sistema tributario è informato a criteri di progressività»*. In senso innovativo rispetto all'impostazione tipica della finanza neutrale, l'articolo introduce sia il concorso obbligatorio del singolo, da accertarsi in base alla capacità contributiva, sia il collegamento costituzionale tra le spese e le entrate. Inoltre, a tutela del cittadino-contribuente, la costituzione pone un ulteriore vincolo al ricorso alla leva fiscale prevedendo all'art. 23 cost. una riserva di legge che subordina l'imposizione fiscale alla sussistenza di una specifica previsione normativa. L'art. 81 cost., dedicato al bilancio e al rendiconto consuntivo, delinea invece la disciplina costituzionale delle spese di cui, proprio il controllo parlamentare sul bilancio, realizzato attraverso l'approvazione formale della relativa legge, rappresenta la sua chiave di volta. Ben prima delle modifiche introdotte dalla l. costituzionale n.

⁴⁵ Del controverso dibattito sui riflessi giuridici della legge di bilancio con riferimento sia ai rapporti tra i vari organi dello Stato e che tra i creditori e debitori di quest'ultimo si rinvia a G. CAIANIELLO, *Potenzialità della legge di bilancio*, in *Dizionario di contabilità pubblica*, A. BARETTONI ARLERI (a cura di), Milano, 1989, pp. 597 ss.

1/2012 con cui è stato costituzionalizzato il principio dell'equilibrio di bilancio, la disposizione delineava un sistema di pesi e contrappesi teso da un lato ad evitare che la spesa pubblica potesse essere finanziata mediante ricorso all'indebitamento e, dall'altro, a consentire l'allocazione ottimale delle risorse disponibili. Come rilevato dalla dottrina⁴⁶, proprio il vincolo all'indebitamento rinvenibile nel divieto di cui al comma 3 di stabilire nuove entrate e nuove spese e nella connessa responsabilità finanziaria del Parlamento per cui *«ogni altra legge che importi nuove o maggiori spese deve indicare i mezzi per farvi fronte»* (comma 4) avrebbe dovuto innescare il circolo virtuoso per la migliore allocazione delle risorse⁴⁷. Cosa che, tuttavia, si è verificata solo in parte, fino a quando cioè il contesto politico e sociale del nostro Paese l'ha consentito, segnando poi un forte segnale di discontinuità per effetto della costituzione (macro)economica europea e delle dinamiche giuridico-argomentative innescate dai vincoli di finanza pubblica.

Quanto al ricorso all'indebitamento quale modalità di copertura del fabbisogno finanziario dell'amministrazione, esso costituisce un'evidente alterazione del modello tracciato dall'art. 53 cost. in attuazione della previsione dell'art. 2 cost., che pone i diritti fondamentali in diretta relazione con l'adempimento dei doveri universali di solidarietà politica, economica e sociale. Come è stato correttamente posto in luce dalla dottrina, *«la preservazione degli ordini finanziari dello Stato è diretta a*

⁴⁶ cfr. G. DI GASPARE, *Innescare un sistema in equilibrio della finanza pubblica ritornando all'art. 81 della Costituzione*, www.amministrazioneincammino.it.

⁴⁷ G. DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Vicenza, 2015, pp. 106-107. Tale impostazione, risultante dalla costituzione formale, non è però riuscita a consolidarsi nell'ambito della costituzione materiale e, pertanto, ad impedire l'espansione della spesa pubblica e dell'indebitamento. L'interpretazione meno rigorosa dell'art. 81 della costituzione, secondo cui il ricorso al mercato finanziario doveva ritenersi un'entrata al pari di quelle tributarie, nonostante a differenza queste ultime rappresentassero in realtà un debito da rimborsare, ha così legittimato il finanziamento della spesa pubblica mediante *deficit*. Nell'ambito della costituzione materiale, veniva così abbandonato quel filone interpretativo, divenuto recessivo a partire dagli anni settanta, secondo cui la previsione del comma 4 dell'art. 81 cost. era da interpretarsi quale logico corollario dell'obbligo di tenere il bilancio in pareggio, costituendo pertanto un vincolo all'espansione della spesa pubblica, a vantaggio invece sia della tesi secondo cui al comma 4 andava invece riconosciuta una valenza meramente procedurale con la conseguenza che l'eventuale violazione dell'obbligo di copertura avrebbe comportato la mera improcedibilità delle relative iniziative legislative, sia di quella secondo cui l'obbligo di copertura doveva intendersi riferito esclusivamente all'esercizio finanziario in corso. La stessa Corte costituzionale, con la sentenza n. 1/1966, finì per accogliere quest'ultima tesi legittimando l'interpretazione secondo cui, all'obbligo di cui al comma 4 dell'art. 81 cost. doveva essere attribuita una diversa efficacia prescrittiva a seconda che ci si riferisse all'esercizio in corso o a quelli successivi. La Corte, richiamando la necessità di ricorrere ad una «visione generale dello sviluppo economico del Paese e della situazione finanziaria dello Stato», ritenne così legittimo che le leggi di spesa facessero affidamento su una ragionevole previsione che le entrate fossero destinate a crescere e, quindi, a restare in equilibrio rispetto alle spese, senza tuttavia preoccuparsi di porre vincoli e freni alla possibilità di ricorrere all'indebitamento.

garantire i presupposti di tutte le possibili politiche pubbliche, e in particolare della libertà di azione e di iniziativa delle future maggioranze parlamentari in rapporto a quelle che le hanno precedute»⁴⁸. In questa prospettiva assume, dunque, massimo rilievo la questione concernente i sempre maggiori condizionamenti che la dipendenza dai mercati finanziari pone rispetto all'indirizzo della finanza pubblica, finendo per incidere sul corretto funzionamento dei processi democratici e sulla possibilità stessa di attuare le politiche pubbliche. Conseguenza diretta di tali condizionamenti e delle dinamiche dei mercati finanziari⁴⁹ in grado di amplificare la dimensione dei fenomeni di instabilità è l'insorgenza di fenomeni di deflusso di risorse da Paesi e mercati le cui prospettive di sviluppo tendono a deteriorarsi, che si ripercuotono sia sulla tutela dei sottoscrittori dei titoli di debito pubblico (ivi incluso il sistema bancario e i risparmiatori) che sulla stabilità della moneta, rendendo necessaria l'adozione di misure finanziarie tese a ristabilire la fiducia dei mercati che, traducendosi principalmente in interventi di natura fiscale, si ripercuotono direttamente sia sugli interessi finanziari della collettività, sia sulla sostenibilità del settore pubblico.

Alla crescente esposizione ai rischi dell'instabilità, la cui portata è tale da compromettere il perseguimento degli stessi scopi pubblici che giustificano le decisioni di indebitamento per la copertura della spesa pubblica, corrisponde l'esigenza di orientare l'indirizzo finanziario verso il raggiungimento di obiettivi di stabilità, che a sua volta incide in modo sempre più significativo sul potere di organizzazione. Tali obiettivi assumono infatti rilevanza pubblica in quanto strumentali non solo alla tutela del risparmio e degli interessi finanziari della collettività, ma più in generale al mantenimento di quelle condizioni necessarie affinché i pubblici poteri possano perseguire le finalità costituzionali a cui sono preposti.

Le potestà in materia di organizzazione si trovano pertanto a dover fare i conti con l'esigenza di una maggiore cooperazione internazionale sul fronte del governo della finanza pubblica e, sul piano interno, con un'accentuazione della funzione di stabilizzazione propria del bilancio pubblico⁵⁰ a cui fa da corollario il necessario rafforzamento del ruolo dell'amministrazione in

⁴⁸ G. SCACCIA, *La giustificabilità della regola del pareggio di bilancio*, in *Rivista AIC*, 2012, 3, p. 1.

⁴⁹ Come evidenziato da E. CARDI, *Mercati e Istituzioni in Italia. Diritto pubblico dell'economia*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 298, «la liberalizzazione dei movimenti dei capitali e dei sistemi finanziari e la globalizzazione dei mercati concorrono a indirizzare le risorse verso paesi in cui le opportunità di investimento sono più remunerative».

⁵⁰ G. DELLA CANANEA, *Indirizzo e controllo della finanza pubblica*, Bologna, 1996, p. 241.

funzione di contrappeso al potere politico in ordine alla definizione dell'indirizzo finanziario⁵¹. A tale funzione dell'amministrazione – che essa svolge perlopiù mediante l'esercizio di poteri di garanzia⁵² – spetta perciò il precipuo compito di creare le condizioni affinché le scelte di finanza pubblica vengano prese nel rispetto delle regole poste a presidio della stabilità finanziaria, condizionando inevitabilmente il contenuto delle scelte di finanza pubblica, pur risultando ad esse estraneo sia l'apprezzamento degli interessi ritenuti meritevoli di tutela che le scelte concernenti la raccolta e l'erogazione del denaro pubblico.

La trama costituzionale che fa da sfondo all'attività finanziaria dei pubblici poteri, risultante dall'intreccio tra ordinamento interno e sovranazionale, pone ormai precisi e stringenti vincoli al potere di organizzazione sia direttamente, configurando la soddisfazione dei diritti fondamentali come un'attività vincolata e, dunque, sottraendo tale ambito alla discrezionalità organizzativa, ovvero, vincolando l'organizzazione ai principi di buon andamento, imparzialità, equilibrio dei bilanci e sostenibilità del debito pubblico ai sensi dell'art. 97 cost.; sia indirettamente, ponendo cioè vincoli all'attività finanziaria dello stato e collocando l'adozione delle scelte di finanza pubblica all'interno di complesse dinamiche giuridico-argomentative che si svolgono sia sul piano interno che sovranazionale⁵³.

Più precisamente, il collegamento tra potere di organizzazione e vincoli costituzionali in materia di finanza pubblica emerge ormai chiaramente dall'art. 97 cost. il quale dispone, al primo comma, che *«le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico»* e, al secondo comma, che *«i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione»*. Il condizionamento della disciplina finanziaria sul potere di organizzazione assume così un carattere che è solo in parte di natura sostanziale, prevalendo invece la dimensione procedurale (e dunque discorsivo-razionale) del vincolo posto dall'ordinamento eurounitario, strumentale non alla limitazione del numero di interessi astrattamente definibili come pubblici bensì

⁵¹ G. TACCOGNA, *Disciplinare la politica per valorizzare l'amministrazione?*, in P.A. Persona e Amministrazione, n. 2/2020, pp. 145-191.

⁵² F.G. ANGELINI, *L'intervento pubblico tra diritti fondamentali e razionalità economica*, cit, pp. 185 ss.

⁵³ Rientrano in essa sia l'attività finanziaria di spesa, sia l'attività finanziaria di entrata, che presuppone il potere di esigere il tributo e il contestuale dovere a carico dei contribuenti di corrisponderlo.

alla migliore allocazione possibile delle risorse disponibili in funzione non del perseguimento di priorità liberamente individuate dal legislatore, ma del massimo godimento possibile dei diritti costituzionalmente garantiti.

Sebbene attribuito ai pubblici poteri per il perseguimento delle finalità sociali dello stato e, dunque, in stretta connessione con il potere di organizzazione, lo stesso potere finanziario risulta perciò assoggettato a precisi e stringenti limiti la cui funzione è quella di porre sia l'attività finanziaria che la funzione amministrativa diretta al soddisfacimento dei bisogni pubblici in diretta relazione con la sovranità popolare. Ciò in quanto il popolo rappresenta sia la fonte di finanziamento dell'attività dei pubblici poteri, sia il diretto destinatario di quest'ultima, coerentemente con la relazione tra diritti fondamentali e doveri universali sancita dall'art. 2 cost. La sovranità popolare definisce perciò un complesso e mutevole equilibrio tra le scelte di entrata e quelle di spesa, il cui raggiungimento risulta strettamente dipendente dalla capacità dell'attività posta in essere dai pubblici poteri di rispondere efficacemente agli interessi ritenuti meritevoli di tutela, secondo le priorità assegnate dalla costituzione e, dunque, prediligendo la tutela dei diritti fondamentali della persona, senza pregiudicare però quelli della collettività nel suo insieme.

c. La stabilità finanziaria come bene giuridico protetto e la sua rilettura quale limite del potere di organizzazione.

Quanto detto poc'anzi ha trovato conferma alla luce della tutela giuridica della stabilità finanziaria contenuta nella costituzione (macro)economica europea⁵⁴, determinando effetti in termini di bilanciamento dei valori costituzionali e, dunque, sul problema della sostenibilità economica dei diritti sociali.

La costituzionalizzazione della stabilità finanziaria quale parametro economico vincolante per la conduzione di politiche economiche e monetarie strumentali al raggiungimento degli obiettivi di cui all'art. 3 del TUE ha determinato, infatti, il riconoscimento di quest'ultima come bene giuridico che riceve – al pari della concorrenza nell'ambito della costituzione (micro)economica

⁵⁴ K. TUORI, K. TUORI, *The Eurozone Crisis*, Cambridge, 2014, pp. 13 ss.

europea – una specifica protezione nel quadro della costituzione (macro)economica europea, spiegando i suoi effetti sia sul piano sovranazionale che interno, costituendo il suo stesso mantenimento condizione di legittimità dell'Unione economica e monetaria. Si tratta di un bene giuridico la cui protezione da parte dell'ordinamento europeo risulta strumentale sia al mantenimento dell'equilibrio costituzionale tra ordine concorrenziale del mercato unico e ordine giuridico-politico dei singoli Paesi dell'UE⁵⁵, sia a quello tra gli stessi ordinamenti che la compongono.

La stabilità finanziaria finisce così per assumere, nel composito ordinamento eurounitario, un essenziale ruolo di criterio ordinatore dei processi decisionali pubblici che si svolgono tanto nell'ordinamento interno quanto in quello sovranazionale, funzionale ad un equilibrato sviluppo dell'UE e al raggiungimento degli obiettivi di benessere dei popoli europei. Ne deriva un assetto istituzionale nel quale alla stabilità finanziaria – conseguibile attraverso la congiunta azione, da un lato, dell'attività di coordinamento svolta dalle istituzioni europee sul fronte del controllo sui bilanci e della verifica del rispetto dei parametri finanziari da parte dei Paesi membri e, dall'altro, del limite imposto dall'operatività del vincolo della stabilità dei prezzi a cui è ancorato il mandato della Banca Centrale Europea – è assegnato il ruolo di bene pubblico essenziale⁵⁶ alla cui conformazione deve orientarsi (anche) l'azione dei pubblici poteri posta in essere in attuazione del paradigma costituzionale garantista di ciascuno Stato membro.

La protezione giuridica della stabilità finanziaria – lungi dal determinare, come alcuni hanno sostenuto⁵⁷, una subordinazione degli obiettivi sociali rispetto a quello della stabilità dei prezzi – pone quale ulteriore condizione di legittimità dell'intervento pubblico il rispetto di criteri di razionalità economica da cui dipendono il corretto funzionamento del mercato e il contrasto di

⁵⁵ La questione è stata largamente discussa in F.G. ANGELINI, *La democrazia costituzionale tra potere governante e sovranità popolare. Alcune implicazioni teorico-giuridiche del processo di integrazione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, pp. 81-161 e 233 ss.

⁵⁶ A. PREDIERI, *Euro, poliarchie democratiche e mercati monetari*, Torino, Giappichelli, 1999, pp. 190 ss.

⁵⁷ G. CONTALDI, v. *Politica economica e monetaria*, in *Enc. Dir.*, Annali, VII, Milano, Giuffrè, 2014, pp. 814-815, secondo il quale «l'introduzione di una distinzione artificiale tra politica monetaria e politica economica, unitamente al diverso grado di competenza che le caratterizza (esclusiva la prima, di mero coordinamento la seconda), finisce per determinare una sorta di subordinazione degli obiettivi economici a quello "primario" della stabilità dei prezzi».

situazioni di *free riding* e *forced ride*⁵⁸ e di *fiscal illusion*⁵⁹ che, determinando un'inefficiente allocazione delle risorse, limitano il godimento dei diritti costituzionalmente garantiti anziché massimizzarne la soddisfazione.

Il richiamo a tali criteri di razionalità economica è realizzato mediante la definizione di un complesso sistema di incentivi e disincentivi i cui destinatari diretti sono i decisori pubblici, basato sulla contestuale definizione di parametri di convergenza e sul vincolo della stabilità dei prezzi. Esso vede, accanto alla stabilità della moneta e all'indipendenza dell'autorità monetaria, nel divieto di disavanzi eccessivi il proprio punto nevralgico a partire dal quale si sviluppa l'intera disciplina europea in materia di finanza pubblica e del coordinamento delle politiche di bilancio nazionali. Tale assetto istituzionale, che deve ormai essere letto in chiave evolutiva alla luce del Next Generation EU e delle ulteriori azioni che saranno intraprese per contrastare gli effetti economici della pandemia, non pare peraltro destinato a mutare⁶⁰, con riferimento ai suoi punti cardine, neppure in conseguenza del sensibile rafforzamento della funzione del bilancio dell'UE e del sostegno finanziario previsto nell'ambito del Recovery Fund⁶¹.

⁵⁸ M.L. STEARNS, T.J. ZYWICKI, *Public Choice Concepts and Applications in Law*, Thomas Reuters, 2009, p. 15. I *free riding* sono coloro che beneficiano dei beni pubblici senza tuttavia sostenerne i costi di produzione. I *forced ride* sono, invece, coloro che sono obbligati dagli altri membri della collettività (come, per esempio, accade in caso di adozione del criterio maggioritario) a contribuire al pagamento del costo di produzione del bene pubblico richiesto senza tuttavia ricevere in cambio un sufficiente beneficio (generando, di fatto, una disutilità).

Mentre la conseguenza più rilevante dei "free riding" è quella di indurre ad una produzione subottimale del bene pubblico, l'effetto più rilevante del "forced ride" è invece, in rapporto alla struttura delle preferenze individuali, una sovrapproduzione di beni pubblici con conseguente mancata internalizzazione da parte dei beneficiari del costo marginale di produzione.

⁵⁹ J.M. BUCHANAN, *The Fiscal Illusion*, in *The Collected Works of James M. Buchanan, Public Finance in Democratic Process. Fiscal Institutions and Individual Choice*, Indianapolis, Liberty Fund, 1999-2000, IV, pp. 125 ss. Le ragioni della preferenza degli attori del processo decisionale pubblico per il finanziamento della spesa pubblica mediante ricorso al debito e alla sua monetizzazione piuttosto che all'imposizione fiscale possono rinvenirsi essenzialmente in quella che Buchanan chiama "illusione fiscale", dovuta all'esistenza di elevate asimmetrie informative nel rapporto di agenzia tra cittadini (principali) e membri dell'organo legislativo (agenti), a cui si sommano quelle connesse ai rapporti di agenzia tra organo legislativo (principale) e organo esecutivo (agente) e tra quest'ultimo (principale) e amministrazione pubblica (agente). La conseguenza più immediata è che, mentre i vantaggi della spesa pubblica corrente risultano immediatamente percepibili, per effetto del ricorso al debito pubblico o al meccanismo inflattivo si preclude (o quantomeno viene ridotta) la possibilità per i cittadini di svolgere una corretta analisi dei costi-benefici connessi all'incremento della spesa.

⁶⁰ Sul punto sia consentito il rinvio a F.G. ANGELINI, *L'impiego delle risorse del Recovery Fund tra conformità all'ordine giuridico-economico europeo e funzione discorsivo-razionale del diritto pubblico*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2020, 2, pp. 230 ss.

⁶¹ Tali strumenti, lungi dal contraddire la lettura che è stata sin qui fornita, paiono infatti inquadrabili nella logica dell'intervento pubblico conforme tipica del paradigma costituzionale dell'economia sociale di mercato delineato

Nella prospettiva eurounitaria, dunque, l'esigenza generale di garantire la collettività in ordine al corretto uso delle risorse, che è alla base sia della tutela degli interessi finanziari della collettività che della tutela della concorrenza e della stabilità finanziaria, si configura secondo modalità e traiettorie diverse a seconda del momento in cui le relative garanzie giuridiche vengono attivate. E così, mentre con riferimento alla definizione dell'indirizzo finanziario, comportante l'adozione di scelte in ordine all'allocazione delle risorse pubbliche e all'individuazione dei mezzi attraverso cui coprire il fabbisogno finanziario della pubblica amministrazione, la tutela degli interessi finanziari della collettività si realizza in modo indiretto, assicurando il mantenimento delle condizioni per una competizione informata sull'impiego delle risorse pubbliche necessarie per il perseguimento delle finalità costituzionali⁶²; nella successiva fase di esecuzione del bilancio, strumentale allo svolgimento di quelle funzioni amministrative in forza delle quali l'interesse pubblico trova concreta realizzazione, essa viene perseguita sottoponendo tali attività a complesse procedure amministrative e contabili che regolano sia l'esercizio dei poteri autoritativi che l'adozione di atti negoziali e la connessa gestione della spesa, nonché, assicurando il rispetto delle norme sulla trasparenza e sulla prevenzione della corruzione.

Nel primo caso, infatti, la procedura di approvazione del bilancio, congiuntamente all'attività della Ragioneria generale dello Stato, dell'Ufficio centrale del bilancio e della Corte dei Conti, è tesa ad innescare una competizione politica informata sull'impiego delle risorse disponibili che dovrebbe implicare un confronto sull'utilità sociale della spesa a fronte dei relativi costi e sulla loro ripartizione a carico dei cittadini. Nel secondo caso, invece, la tutela degli interessi finanziari della collettività, secondo la duplice prospettiva interna e sovranazionale, si realizza in modo diretto, sottoponendo cioè l'attività amministrativa al rispetto di una serie di regole e procedure la cui funzione è quella di garantire la legittimità finanziaria⁶³ delle relative scelte sia rispetto all'esercizio

dall'art. 3 del TUE, non ponendosi in contraddizione rispetto ai criteri di razionalità economica introdotti sul piano dell'ordinamento sovranazionale e di quelli nazionali, come dimostrano la stessa disciplina del Recovery Fund e i margini di discrezionalità nella valutazione dei piani proposti dai Paesi membri attribuiti alla Commissione.

⁶² G. DI GASPARE, *Innescare un sistema di equilibrio della finanza pubblica ritornando all'art. 81 della Costituzione*, cit., p. 4.

⁶³ Sul crescente rilievo della legittimità finanziaria v. C. CHIAPPIENELLI, *Principio di legalità ed amministrazioni pubbliche: profili evolutivi in tema di controllo*, Atti del LIII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, Varenna, 20-22 settembre 2007, Milano, 2008.

dei pubblici poteri e agli effetti in termini finanziari che essi determinano, sia in relazione allo svolgimento di attività materiali concernenti la gestione dei rapporti negoziali e l'erogazione dei servizi pubblici.

Tali dinamiche di tutela degli interessi finanziari della collettività, che si sviluppano sulla base di garanzie costituzionali interne e sovranazionali, funzioni amministrative di garanzia, vincoli e procedure, si pongono perciò in funzione di limite del potere governante, incidendo quindi anche sul potere di organizzazione e, dunque, sulle scelte di indirizzo finanziario che si pongono a monte secondo un modello circolare. Ciò in quanto, se è vero che i vincoli di finanza pubblica incidono direttamente sull'attività e, più in generale, sui profili organizzativi dell'amministrazione, condizionando la definizione degli assetti organizzativi, le scelte gestionali e le modalità prescelte per l'erogazione dei servizi pubblici; dall'altro, nella definizione dei saldi di finanza pubblica e nell'allocazione delle risorse il potere governante è tenuto a tener conto della sussistenza di un obbligo/dovere concernente la soddisfazione dei diritti sociali, quantomeno con riferimento al loro contenuto minimo corrispondente ai diritti fondamentali della persona e, dunque, della natura vincolata delle scelte concernenti l'intervento pubblico in tale ambito; nonché della necessità che l'esercizio del potere di organizzazione risulti pur sempre funzionale al massimo godimento possibile dei diritti fondamentali della persona, sia sotto il profilo dell'efficienza della spesa pubblica che, più in generale, dei processi decisionali che si svolgono sulla sfera pubblica.

La dinamica circolare determinata dall'intreccio tra ordinamento interno della finanza pubblica e ordinamento sovranazionale, ancorando l'intervento pubblico a criteri di razionalità economica tali da preservare l'ordine concorrenziale del mercato e gli interessi finanziari della collettività, non determina però necessariamente un arretramento della sfera pubblica a favore di quella privata, quanto piuttosto un processo di trasformazione dell'organizzazione amministrativa che sembra andare, come si dirà meglio in seguito, nella direzione della ridefinizione del perimetro dei diritti sociali quali diritti fondamentali della persona e dell'oggettivazione dell'amministrazione nell'ottica di un suo maggiore radicamento nella (e in funzione della) società civile.

4. Ragionevolezza e contenuto minimo dei diritti finanziariamente condizionati come limiti alla discrezionalità politica.

La conclusione poc'anzi esposta si fonda su due presupposti che sembrano tutt'altro che scontati alla luce delle tradizionali ricostruzioni manualistiche. Il primo è che sia possibile radicare la sovranità in capo al popolo riconoscendo nei diritti fondamentali della persona, costituzionalmente protetti, dei frammenti di sovranità attribuiti a tutti cittadini, secondo il modello della democrazia sostanziale⁶⁴. Il secondo è che, proprio in quanto espressione della sovranità popolare, il godimento di tali diritti non possa essere limitato o precluso in conseguenza dell'esercizio delle potestà pubblicistiche le quali, al contrario, devono intendersi pur sempre funzionalizzate al massimo godimento possibile delle posizioni giuridiche protette, sulla base di un processo (giuridico-argomentativo) di ottimizzazione⁶⁵.

Ciò equivale a riconoscere, nell'ambito dei diritti costituzionalmente garantiti, l'esistenza di veri e propri diritti soggettivi, dovendosi dunque negare sia la possibilità che essi possano intendersi quali semplici dichiarazioni programmatiche con valenza politica⁶⁶ più che giuridica, sia la loro

⁶⁴ cfr. F. DI DONATO, *Crisi economica, sovranità statale e diritti sociali nell'era dell'austerità di bilancio e del neoliberalismo europeo*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2017, 1, p. 25; M. BENVENUTI, v. *Diritti sociali*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg. V, Torino, Utet, 2012, p. 251; C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padova, Cedam, 1996.

⁶⁵ Seguendo il modello concettuale sviluppato da R. ALEXY (*Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012), con particolare riferimento a quelli che egli chiama 'diritti fondamentali sociali' e al problema del loro necessario bilanciamento con altre libertà (soprattutto, nella prospettiva delineata in precedenza, rispetto alla necessità di far leva, ai fini della loro soddisfazione, sui doveri universali di cui all'art. 2 cost. ai fini della loro soddisfazione), «si dovrà considerare una posizione giuridico-erogativa come definitivamente garantita in base ai diritti fondamentali se (1) il principio di libertà fattuale la esige con urgenza e (2) il principio di divisione dei poteri e il principio democratico (che include quello della competenza di bilancio del Parlamento) così come (3) i principi materiali concorrenti (in particolare, quelli che si limitano alla libertà giuridica di altri) sono lesi, in una misura relativamente bassa, dalla garanzia delle posizioni giuridico-erogative dei diritti fondamentali e da decisioni della Corte costituzionale che tengano conto della garanzia stessa. Queste condizioni sono comunque compiute nei diritti fondamentali sociali minimi, quindi, ad esempio nei diritti a condizioni minime di esistenza, a una semplice abitazione, all'istruzione scolastica, alla formazione professionale e a uno standard minimale di assistenza medica» (p. 543).

⁶⁶ Come ricorda E. CAVASINO, *La flessibilità del diritto alla salute*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, pp. 1 ss., con riferimento al diritto alla salute di cui all'art. 32 cost., «lo schema interpretativo della disciplina costituzionale sulla salute proposto negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore della Costituzione italiana prospettava una netta differenza strutturale fra diritti costituzionali riconducibili ai diritti di libertà e diritti costituzionali classificabili come diritti sociali. [...] Questa interpretazione era condizionata dall'idea che i diritti sociali fossero diritti aventi "per finalità preminente o più immediata il soddisfacimento di interessi collettivi (e di riflesso individuali)"; diritti legati alla "sicurezza" ed alla "giustizia sociale" o, secondo la prospettiva cattolica, ad una visione solidaristica della libertà. Il primo comma dell'art. 32 Cost., veniva quindi considerato come una "posizione programmatica" attributiva di una precisa funzione allo Stato, che doveva essere svolta dal legislatore, perché legata alla dimensione politica del testo costituzionale». cfr. V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952; R. FERRARA, *Il diritto alla salute: i principi*

ricostruzione in termini di “diritti” a prestazione condizionati⁶⁷, e quindi non assoluti, la cui effettività ai fini della piena tutela del bene della vita risulterebbe pur sempre subordinata alle scelte dei pubblici poteri⁶⁸. Con l'ulteriore conseguenza di dover rinvenire nell'attività amministrativa tesa alla soddisfazione dei diritti fondamentali della persona un'attività ampiamente vincolata sia nel fine che nel risultato e, nella discrezionalità organizzativa, un contenuto ben più limitato di quanto non sia solita riconoscere la dottrina tradizionale.

La correttezza di tali considerazioni dovrà, a questo punto, essere vagliata alla luce della ricostruzione del rapporto tra diritti sociali e risorse disponibili emergente dalla giurisprudenza della Corte costituzionale. Il filone giurisprudenziale dei diritti finanziariamente condizionati, nel cui perimetro si è soliti ricondurre i diritti sociali a prestazione, è stato inaugurato dalla Corte costituzionale agli inizi anni novanta, in un contesto di contrazione delle risorse finanziarie disponibili e di una rilevante crisi economica. Punto di avvio di tale indirizzo interpretativo è rappresentato dalla sentenza n. 455/1990 nell'ambito della quale, con riferimento al diritto alla salute, la Corte ha rilevato come il diritto a trattamenti sanitari risulta assoggettato alla «determinazione degli strumenti, dei tempi e dei modi di attuazione della relativa tutela da parte del legislatore ordinario», configurandosi pertanto quale diritto a «prestazioni positive [...] basato su norme

costituzionali, in R. FERRARA (a cura di), *Salute e sanità*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Milano, Giuffrè, 2010, IV, p. 2.

⁶⁷ A. BALDASSARRE, v. *Diritti sociali*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1989, XI, p. 215; F. MERUSI, *I servizi pubblici negli anni '80*, in *Quad. Reg.*, 1985, p. 39; ID., *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990, p. 30; C. PINELLI, *Diritti costituzionali condizionati, argomento delle risorse disponibili, principio di equilibrio finanziario*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1994, p. 548; M. LUCIANI, *I diritti “finanziariamente condizionati”*, in *La tutela degli interessi finanziari della collettività nel quadro della contabilità pubblica: principi, strumenti, limiti*, Atti del LXIII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, Milano, 2018, pp. 372 ss. In senso critico L. CARLASSARE, *Forma di Stato e diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 1995, pp. 38 ss. Sui diritti sociali condizionati o derivati, v. C. COLAPIETRO, M. RUOTOLO, *Diritti e libertà*, in F. MODUGNO (a cura di), *Lineamenti di Diritto pubblico*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 596, che rilevano come il godimento di questi ultimi «dipende dall'esistenza di un'organizzazione necessaria e idonea all'erogazione della prestazione oggetto dei diritti stessi (ad es., il diritto all'assistenza ed alla previdenza sociale)».

⁶⁸ Nella prospettiva del collegamento tra diritti sociali e affermazione del principio di uguaglianza sostanziale, la struttura di tali diritti si caratterizzerebbe in virtù della circostanza per cui, fermo restando l'obiettivo costituzionale della garanzia dei beni giuridici protetti dalle norme relative ai diritti sociali, le modalità di protezione di questi ultimi possono variare in base alla discrezionale volontà politica del legislatore, nonché, delle scelte concernenti l'erogazione delle prestazioni da parte dell'amministrazione pubblica. cfr. M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1994, p. 93; G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, p. 759; R. FERRARA, v. *Salute (diritto alla)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XIII, Torino, Utet, 1997, pp. 513-517; L.R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'Autorità*, in *Dir. Pubblico*, 2013, pp. 1 ss.

costituzionali di carattere programmatico impositive di un determinato fine da raggiungere»⁶⁹. Dovendo dunque il legislatore, nella sua opera di attuazione del diritto alle prestazioni sanitarie, tener conto «dei limiti oggettivi [...] in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento»⁷⁰.

Ciò che rileva ai fini della presente indagine è la circostanza per cui, secondo tale pronuncia, l'elemento "risorse disponibili" – sebbene, sulla base di quanto detto in precedenza, non sia altro che il frutto di precise scelte in termini di indirizzo finanziario e organizzativo – viene assunto dalla Consulta quale dato fattuale e, dunque, estraneo al bilanciamento eseguito in sede politico-amministrativa tra i vari interessi o beni costituzionalmente protetti⁷¹. Tale orientamento, subordinando l'effettività del diritto in questione all'esercizio della discrezionalità organizzativa e finanziaria del legislatore, sottrae quest'ultima al sindacato di costituzionalità con la conseguenza di ricondurre anche i diritti finanziariamente condizionati nell'ambito delle norme costituzionali programmatiche.

La Corte, nella giurisprudenza successiva, ha però poi preso un'altra direzione. Le pronunce emesse dopo la sentenza poc'anzi citata testimoniano, infatti, il tentativo della Consulta di affrancare i diritti finanziariamente condizionati dalla categoria dei diritti a contenuto programmatico, delineando i contorni di un sindacato di costituzionalità inteso come una forma di controllo della discrezionalità legislativa da eseguirsi sulla base del principio della ragionevolezza⁷². A ciò si è giunti sia sulla base del principio di gradualità nella tutela⁷³ che dell'individuazione di un limite di ragionevole possibile compressione dei diritti sociali in questione, oltre il quale al legislatore non sarebbe consentito spingersi. Il limite posto dalla giurisprudenza costituzionale alla discrezionalità legislativa è rappresentato proprio dall'individuazione di un contenuto ineludibile (il nucleo essenziale) di garanzia di prestazione che costituisce l'attuazione del contenuto del diritto

⁶⁹ Corte Cost., sent. n. 455/1990, par. 4 del considerato in diritto.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ In questo senso, v. C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, Relazione al XXVIII convegno annuale dell'AIC, p. 9.

⁷² Corte Cost., sent. n. 304/1994.

⁷³ *cf.* Corte Cost., sent. nn. 356/1992; 243/1993; 240/1994; 99/1995; 205/1995; 218/1995; 416/1996; 30/2004. Il «criterio di gradualità costituisce una misura della legittimità costituzionale sufficientemente ampia, che lascia al legislatore spazi di manovra coerenti con politiche di revisionismo permanente alla ricerca del meglio, specie in situazioni di crisi economica o di contenimento del deficit pubblico» (A. MORRONE, *Crisi economica ed integrazione politica in Europa*, in *Rivista AIC*, 2014, 3, p. 13).

sociale in questione⁷⁴. Il fattore “risorse disponibili” inizialmente configurato come un dato fattuale escluso dal bilanciamento assume quindi – segnando una discontinuità con il passato – rilevanza ai fini del bilanciamento rispetto ai valori costituzionali, con la conseguenza di dover riconoscere la sua recessività rispetto ai diritti fondamentali della persona in virtù dell’art. 2 cost. In questo senso, secondo la Consulta, i vincoli finanziari non potrebbero dunque assumere «*un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana*»⁷⁵.

La Consulta è così giunta a riconoscere l’esistenza di un’ampia sfera di discrezionalità in favore del legislatore che riguarda sia l’individuazione del perimetro dei diritti sociali che l’allocazione delle risorse necessarie per la loro soddisfazione, giustificando – in presenza di esigenze finanziarie – possibili contrazioni delle garanzie sociali purché non irragionevoli e non eccedenti il nucleo irriducibile di tali diritti⁷⁶. Senonché, da un lato, l’individuazione di tale livello minimo essenziale che corrisponde al riconoscimento di un diritto assoluto della persona, intangibile da parte del legislatore, risulta tutt’altro che agevole oltre che in grado di offrire un solido ancoraggio ai diritti sociali in termini di effettività e pienezza; e, dall’altro, tale orientamento giurisprudenziale non affronta il problema né della discrezionalità organizzativa, che incide sul fabbisogno di risorse necessarie, né dell’indirizzo finanziario dal quale dipende la concretizzazione, la gradualità e l’effettività dei diritti sociali, nonché, la stessa determinazione del loro nucleo essenziale a soddisfazione necessaria.

L’esercizio del potere di organizzazione, nel suo contenuto ampio che include anche le scelte di indirizzo finanziario, l’allocazione delle risorse e la scelta delle modalità di organizzazione dei servizi pubblici, resta così escluso dal sindacato di costituzionalità, con la sola eccezione delle

⁷⁴ Corte Cost., sent. n. 309/1999.

⁷⁵ *Ibidem*. Cosa che rileva, per esempio, con riferimento al diritto alla salute, in presenza delle condizioni di indigenza di cui all’ultimo inciso del comma 1 dell’art. 32 cost., in presenza delle quali il diritto alla prestazione sanitaria si atterrebbe a vero e proprio diritto soggettivo (Corte Cost., sent. n. 62/2020) ed esigerebbe una prestazione dall’amministrazione diretta o indiretta dei pubblici poteri; ovvero, con riferimento al diritto all’istruzione del disabile consacrato nell’art. 38 cost. (Corte Cost., sent. n. 275/2016), a cui corrisponde un obbligo del legislatore di predisporre gli strumenti idonei alla sua realizzazione ed attuazione, affinché la sua affermazione non si traduca in una mera previsione programmatica.

⁷⁶ *cfr.* Corte Cost., sent. nn. 169/2019; 275/2016; 222/2013; 4/2013; 40/2011; 432/2005; 27/1998; ord. 197/2019.

prestazioni rientranti nel nucleo essenziale dei diritti sociali che, qualificandosi come posizioni di diritto soggettivo, risulterebbero sindacabili in sede giurisdizionale, obbligando il legislatore a «predisporre gli strumenti idonei alla realizzazione ed attuazione di esso [i.e. i livelli essenziali delle prestazioni], affinché la sua affermazione non si traduca in una mera previsione programmatica, ma venga riempita di contenuto concreto e reale [di talché] è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione»⁷⁷ e, solo a valle, l'amministrazione a provvedere alla loro soddisfazione.

Nei casi in cui non fosse però in discussione la congruità dello stanziamento di risorse ai fini dell'erogazione della prestazione con riferimento al nucleo essenziale dei diritti sociali, bensì le scelte organizzative che incidono sull'erogabilità della prestazione, sui tempi, sui modi, sulla quantità e qualità della stessa, il riconoscimento in capo all'amministrazione di un'ampia sfera discrezionale preclude invece la possibilità di ottenere una pronuncia giurisdizionale tesa al riconoscimento della pretesa giuridica lesa e, dunque, la soddisfazione del bene della vita ritenuto meritevole di tutela. Il che, quale conseguenza delle esigenze di contenimento della spesa e dell'operatività del vincolo di sostenibilità finanziaria di cui all'art. 97 cost., determina perciò, più che un processo di ottimizzazione dei diritti sociali e delle loro modalità di tutela rispetto alle risorse disponibili, il rischio di una progressiva compressione del nucleo essenziale dei diritti sociali a fronte della preservazione di quelle sacche di inefficienza da cui originano le esigenze finanziarie alla base delle scelte legislative di contrazione delle garanzie sociali, degenerando in un circolo vizioso.

Che taluni diritti non possano che ritenersi finanziariamente condizionati, al punto tale da non poter essere neanche definiti diritti, non v'è dubbio. Tale dovrebbe essere la sorte dei molteplici «diritti» (e, talvolta, privilegi) che, ben al di là delle esigenze imposte dal nostro paradigma costituzionale garantista⁷⁸, per ragioni ben messe in luce sia dagli economisti⁷⁹ che dagli studiosi

⁷⁷ Corte Cost., sent. nn. 275/2016 e 169/2017.

⁷⁸ Tali diritti si pongono infatti ben oltre il concetto dei diritti di soggetti in condizioni di svantaggio sociale. Secondo alcuni autori, del resto, sarebbe solo in relazione a tali diritti che la Repubblica avrebbe l'obbligo di attivarsi per far fronte all'esigenza di assicurare tutela a tali beni (v. G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, cit., p. 193).

⁷⁹ Per un inquadramento si rinvia ai vari contributi di J.M. Buchanan e ai vari autori della Scuola della Virginia raccolti in *The Collected Works of James M. Buchanan*, cit.; nonché a R.E. WAGNER, *James M. Buchanan and Liberal Political Economy: A Rational Reconstruction*, cit.; D.C. MUELLER, *Public Choice III*, cit.; D. DA EMPOLI, *Introduzione*, in *Stato, mercato e libertà*, cit., pp. 1-2); ID., *Public Choice in Italy*, in C.K. ROWLEY, F. SCHNEIDER, R.D. TOLLISON (a cura di), *The Next Twenty-Five Years of Public Choice*, Springer Nature, 1993, pp. 75-83; F. FORTE, *Manuale di Scienza delle Finanze*, Milano,

dell'analisi economica del diritto pubblico⁸⁰, hanno purtroppo segnato lo sviluppo del nostro stato sociale senza tener conto delle gravi conseguenze sia in termini di sostenibilità delle finanze pubbliche che di equità intergenerazionale⁸¹.

Tuttavia, alla luce della ricostruzione che è stata proposta nelle pagine precedenti, della tesi dei diritti finanziariamente condizionati ciò che proprio non convince è il fatto che possa ritenersi lecito configurare in questi termini anche quei diritti fondamentali la cui soddisfazione – costituendo dimensione sostanziale della democrazia – rappresenta una delle forme di esercizio della sovranità della persona, indipendentemente da qualsivoglia riconoscimento in tal senso da parte del legislatore. Affermare che la soddisfazione di tali diritti è condizionata dall'esercizio del potere finanziario e, dunque, dal connesso potere di organizzazione significa infatti negare la sovranità della persona riconoscendo invece la titolarità di quest'ultima in capo al soggetto che esercita le potestà dalle quali dipende l'esistenza del diritto stesso. La tesi dei diritti finanziariamente condizionati – neppure nella sua versione attenuata della tutela graduale dei diritti sociali⁸² – non pare perciò condivisibile né alla luce del testo costituzionale, laddove la sovranità è espressamente attribuita al popolo, né dell'ordinamento eurounitario, ai sensi del quale gli obiettivi di carattere politico-sociale dell'UE elencati nell'art. 3 TUE sono perseguiti dalle istituzioni sovranazionali e dai Paesi membri in via prioritaria attraverso la protezione delle libertà fondamentali, l'ordine

Giuffré, 2007; G. TULLOCK, A. SELDON, G. L. BRADY, *Government Failure: A Primer in Public Choice*, Washington, 2002; P. MARTELLI, *Introduzione all'edizione italiana*, in J. M. BUCHANAN, G. TULLOCK, *Il calcolo del consenso. Fondamenti logici della democrazia costituzionale*, trad. it. D. GIANNETTI, Bologna, Il Mulino, 1998, pp. 9-31; D. C. MUELLER, *The Public Choice Approach to Politics*, Edward Elgar, 1993; G. REGONINI, *Public Choice: una teoria per l'analisi delle politiche pubbliche*, in *Stato e mercato*, 1984, 11, pp. 299-328.

⁸⁰ M. L. STEARNS, T. J. ZYWICKI, *Public Choice Concepts and Applications in Law*, cit.; G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 2009; G. NAPOLITANO, *Analisi economica del diritto pubblico*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, Milano, Giuffré, I, 2006, pp. 229 ss.; F. MERUSI, *Analisi economica del diritto e diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2007, 3, pp. 427 ss.; nonché, ai diversi contributi contenuti nel volume *Analisi economica e diritto amministrativo*, Associazione Italiana di Professori di Diritto Amministrativo, Annuario 2006, Milano, Giuffré. Sia consentito, altresì, il rinvio a F. G. ANGELINI, *La democrazia costituzionale tra potere governante e sovranità popolare*, cit.

⁸¹ Nel contesto dello stato pluriclasse e in conseguenza delle distorsioni insite nei processi politico-amministrativi che in esso si svolgono, il sistema di protezione dei diritti sociali che si è gradualmente affermato nel nostro Paese, pur conseguendo risultati significativi in termini di benessere sociale, si è distinto per la sua strumentalità rispetto all'acquisizione e al mantenimento del consenso da parte del sistema politico e per il crescente ruolo assunto dalla burocrazia, determinando una dilatazione dei confini dell'organizzazione pubblica a discapito della società civile e un crescente fabbisogno di risorse pubbliche per farvi fronte.

⁸² Con riferimento al diritto alla salute cfr. Corte Cost., sent. n. 455/1990. cfr. E. CAVASINO, *La flessibilità del diritto alla salute*, cit., pp. 86 ss.

concorrenziale del mercato e l'interazione sociale e, in via sussidiaria, mediante i diversi strumenti di intervento dei pubblici poteri, nei limiti di quanto strettamente necessario al fine di garantire quegli interessi pubblici che non potrebbero altrimenti trovare protezione nelle dinamiche sociali e pur sempre a condizione di non distorcerne il loro ordinario funzionamento.

Del pari, anche la tesi dello stato sociale finanziariamente condizionato, che si regge sulla presunta superiorità costituzionale dei vincoli europei di finanza pubblica sui diritti sociali costituzionalmente garantiti, sconta il medesimo limite di prospettiva evidenziato con riferimento alla tesi dei diritti finanziariamente condizionati. Non tanto e non solo in ragione del nuovo approccio inaugurato dalle istituzioni eurounitarie nella gestione dell'emergenza sanitaria, quanto soprattutto in virtù della scarsa considerazione delle implicazioni, rispetto alla dinamica diritti sociali / risorse disponibili, del potere di organizzazione, delle diverse situazioni giuridiche soggettive astrattamente configurabili in capo ai titolari dei diritti in questione e degli strumenti di tutela esistenti.

5. La ripermimetrazione dei diritti sociali come diritti fondamentali della persona: situazioni giuridiche soggettive e organizzazione amministrativa.

I segnalati limiti di prospettiva riscontrabili nel concetto di diritti finanziariamente condizionati e nella tesi della necessaria conformazione dei diritti sociali all'equilibrio dei bilanci inducono perciò a focalizzare maggiormente l'attenzione sul potere di organizzazione, sui confini della discrezionalità e sull'effettività delle situazioni giuridiche astrattamente configurabili in capo ai titolari dei diritti sociali. Seguendo la prospettiva delineata in precedenza, trattandosi dei veri detentori della sovranità, ai titolari dei diritti fondamentali dovrebbe infatti essere riconosciuto un diretto potere di influenza nei confronti del potere governante funzionale a garantire l'effettività dei diritti fondamentali e, dunque, il pieno riconoscimento dell'esistenza di un obbligo giuridico concernente la soddisfazione del loro nucleo essenziale⁸³, la cui definizione non può però essere rimessa al solo potere governante.

⁸³ *cfr.* Corte Cost., 2 aprile 2009, n. 94; 26 febbraio 2010, n. 80; 19 luglio 2013, n. 222 e 11 aprile 2019, n. 83.

A tale risultato sembrerebbe possibile giungere a condizione di adottare una visione dell'amministrazione funzionale al massimo godimento possibile dei diritti fondamentali della persona. Se correttamente intesa, tale visione – anche e soprattutto con riferimento alle situazioni giuridiche soggettive riconoscibili in capo ai privati interessati dall'esercizio del potere – permette di sollevare dubbi rispetto alla fondatezza dell'orientamento secondo cui i vincoli europei spingerebbero (inesorabilmente) nella direzione di una revisione dei limiti esterni della sfera pubblica tale da comportare (necessariamente) una riduzione delle garanzie sociali quale diretta conseguenza dell'esistenza di limiti che condizionano la possibilità per il potere governante di classificare talune istanze della società come interessi pubblici. Tale revisione pare invece destinata ad orientarsi nel senso di una più efficiente rifocalizzazione dell'organizzazione amministrativa su ciò che effettivamente rientra nella sfera pubblica, intesa come sfera del 'non decidibile che' e del 'non decidibile che non'. Cosa che implica perciò il definitivo abbandono dell'idea secondo cui spetterebbe solo alle persone giuridiche pubbliche, e non anche alla società e alle modalità organizzative proprie di quest'ultima, il compito di attivarsi nell'attuazione delle garanzie sociali e, più in generale, della convinzione che nel contesto giuridico-istituzionale eurounitario sia ancora l'autorità (e non la sua relazionalità, in funzione argomentativo-razionale) l'attributo essenziale (ed irrinunciabile) dell'amministrazione per fini pubblici.

Prendendo spunto dalla giurisprudenza costituzionale, punto di partenza per giungere ad una tale ricostruzione è, da un lato, la ripermetrazione dei diritti sociali come diritti fondamentali della persona e, dall'altro, la corretta conformazione delle posizioni giuridiche rinvenibili nella fase di erogazione delle prestazioni.

Quanto al primo aspetto, come è stato ricordato, i diritti sociali sono stati tradizionalmente definiti diritti a prestazione vantati dal singolo nei confronti dello Stato o di altre strutture del potere pubblico⁸⁴ ed il loro fondamento giuridico è stato rinvenuto nella parte prima della costituzione, ovvero, nei principi fondamentali e, in particolare, in quello di uguaglianza sostanziale. La giurisprudenza costituzionale ha accompagnato la vicenda dei diritti sociali esprimendo posizioni

⁸⁴ Per una critica di tale impostazione si rinvia a L.R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'Autorità*, in *Dir. Pubblico*, 2013, pp. 11 ss.; per un inquadramento dei diritti sociali nella costituzione italiana si rinvia all'ampia e aggiornata disamina svolta da M. BENVENUTI, v. *Diritti sociali*, in *Digesto di discipline pubblicistiche*, Aggiornamento V, Torino, 2012, pp. 231-258.

talvolta contraddittorie, manifestando una iniziale sostanziale corrispondenza degli orientamenti del giudice delle leggi rispetto a quelli espressi dal legislatore⁸⁵, seppur con alcune distinzioni in relazione ai diversi periodi storici. Se negli anni ottanta l'atteggiamento della Consulta appariva favorevole ad una lettura dinamica degli interessi sociali, che si concretizzò nelle così dette sentenze additive di prestazione⁸⁶, a partire dalla fine degli anni ottanta e inizio novanta, non a caso in ragione dell'introduzione del vincolo europeo sull'indirizzo della finanza pubblica⁸⁷, si riscontra un irreversibile cambio di rotta verso una maggiore prudenza economico-finanziaria del giudice delle leggi a discapito però di una lettura forte dei diritti sociali, capace di ridimensionare la discrezionalità del potere politico nelle scelte concernenti la tutela dei diritti sociali in rapporto alle risorse disponibili, nella prospettiva dei diritti finanziariamente condizionati.

A partire dagli anni novanta, la Consulta è così giunta al riconoscimento dell'esistenza di un «contenuto minimo essenziale» dei diritti sociali attraverso il rinvio ai «*livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali*»⁸⁸ la cui definizione, tuttavia, è rimessa allo stesso legislatore ordinario. Muovendosi lungo tale direzione, la giurisprudenza costituzionale ha ricostruito il rapporto tra diritti sociali e razionalizzazione della spesa pubblica sulla base del criterio di ragionevolezza, arricchendosi poi di ulteriori parametri in ragione, da un lato, della congiuntura economica in cui maturano le scelte di politica economica e, dall'altro lato, della presenza di vincoli sovranazionali.

La nuova gerarchia di valori costituzionali che emerge dall'interpretazione fornita dalla Corte costituzionale e che si è cristallizzata definitivamente con la costituzionalizzazione del principio dell'equilibrio di bilancio⁸⁹, ha ridisegnato i confini della discrezionalità del potere governante secondo criteri di razionalità economica, senza tuttavia potersi spingersi sul terreno della

⁸⁵ cfr. M. BENVENUTI, v. *Diritti sociali*, cit., pp. 259-283; C. MARCHESE (a cura di), *Diritti sociali e vincoli di bilancio*, Servizio studi della Corte Costituzionale, 3, 2015.

⁸⁶ In relazione a tale modalità di intervento della Corte costituzionale si rinvia a M. BENVENUTI, v. *Diritti sociali*, cit., p. 566 e all'ampia bibliografia *ivi* richiamata.

⁸⁷ Un'analisi approfondita di tale vincolo e dei suoi impatti sulle decisioni di spesa pubblica nell'ordinamento interno è offerta da G. DELLA CANANEA, *Indirizzo e controllo della finanza pubblica*, cit. il quale si sofferma sulla disciplina della finanza pubblica nella costituzione italiana e in quella europea, evidenziandone i contrasti e le implicazioni istituzionali.

⁸⁸ Per un approfondimento sul tema, si rinvia, su tutti, ai contributi di A. RUGGERI, *Crisi economica e crisi della Costituzione*, ora in *«Itinerari» di una ricerca sul sistema delle fonti*, XVI, Torino, 2013; D. TEGA, *Welfare e crisi davanti alla Corte costituzionale*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2014, 142, ed alla bibliografia *ivi* citata.

⁸⁹ Per un approfondimento si rinvia a C. GOLINO, *Il principio del pareggio di bilancio*, Padova, Cedam, 2013.

ridefinizione dei margini della discrezionalità organizzativa. In tal modo i parametri di legittimità delle misure incidenti sui servizi sociali sono perciò rinvenibili nel principio di ragionevolezza, dalla valorizzazione dei livelli essenziali delle prestazioni civili e sociali, e dal principio solidaristico. Poiché però l'allocazione delle risorse è espressione di un potere discrezionale del legislatore, censurabile in sede di legittimità costituzionale solo in caso di manifesta incongruenza o intrinseca illogicità della scelta normativa, con riferimento al problema del potere di organizzazione, il suddetto principio di ragionevolezza risulta un parametro di legittimità del tutto insufficiente o, se non altro, da prendere con la dovuta cautela⁹⁰.

A tale critica deve poi aggiungersi che, sebbene paia ragionevole l'ancoraggio del nocciolo duro non sacrificabile dei diritti sociali ai livelli essenziali delle prestazioni, l'individuazione dell'*ubi consistam* di tale limite ed il relativo fondamento costituzionale risulta assai problematico. Il riferimento della giurisprudenza costituzionale ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali ex art. 117, II c., lett. m), cost. risulta infatti problematico alla luce della loro derogabilità mediante legge ordinaria, che innesci un pericoloso cortocircuito nel ragionamento proposto, configurando l'intervento del legislatore statale in sede di definizione dei livelli essenziali come un'autolimitazione tale per cui, da un lato, spetterebbe al legislatore imporre dei sacrifici in relazione ai diritti dei cittadini e, dall'altro lato, sarebbe lo stesso legislatore a delineare l'argine del proprio intervento⁹¹.

Al netto di tali critiche, la ripermimetrazione dei diritti sociali come diritti (fondamentali) sociali a prestazione secondo il modello del loro contenuto minimo⁹² è però un percorso che la Corte

⁹⁰ A. RUGGERI, *Crisi economica e crisi della Costituzione*, cit.

⁹¹ C. MARCHESE, *Diritti sociali e vincoli di bilancio, servizio studi della corte costituzionale*, cit.

⁹² Secondo il modello di bilanciamento suggerito da R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., pp. 542 ss. Anche la giurisprudenza costituzionale ha postulato l'esistenza di diritti "incomprimibili" che, in quanto tali, sfuggono ai condizionamenti finanziari connessi alle esigenze di bilancio. Secondo la Corte costituzionale «una volta normativamente identificato, il nucleo invalicabile di garanzie minime per rendere effettivo il diritto allo studio e all'educazione degli alunni disabili non può essere finanziariamente condizionato in termini assoluti e generali», in quanto «è la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione» (sent. n. 275/2016; cfr. anche sent. n. 169/2017). In generale, sul filone giurisprudenziale che riconosce l'incomprimibilità di taluni diritti cfr. sent. nn. 212/1997 e 266/2009 (detenuti); sent. n. 45/2014 e ord. n. 165/2015 (tossicodipendente); sent. n. 102/1975 (accattonaggio); sent. n. 85/2015 (pensionati); sent. nn. 222/2004, 95/2015 (diritto di difesa); sent. n. 154/2017 (salute). Del tutto condivisibile è però l'osservazione di M. LUCIANI (*I diritti "finanziariamente condizionati"*, cit., pp. 372 ss.) secondo il quale rispetto al tema dell'incomprimibilità dei diritti in funzione delle esigenze finanziarie si pone il non trascurabile problema dell'identificazione normativa di quel nucleo invalicabile di garanzie in cui si traduce la loro incomprimibilità. Laddove,

costituzionale⁹³ ha sin qui opportunamente seguito al fine di giungere ad un corretto inquadramento della dinamica in parola ponendoli entro un accettabile equilibrio tra paradigma garantista e ragioni di politica economico-finanziaria. Tuttavia, pur dovendo riconoscere lo sforzo della Corte costituzionale teso ad evitare un sostanziale sgretolamento del nostro stato sociale, non può non guardarsi con preoccupazione l'assenza, nell'assetto istituzionale che va delineandosi, di un solido ancoraggio giuridico ai diritti sociali in grado di conferire loro un livello sufficiente di effettività e pienezza⁹⁴, tenuto conto del fatto che la definizione di questi ultimi è in concreto ancora largamente rimessa alla piena discrezionalità del potere governante ed influenzato dallo stesso potere di organizzazione da cui dipende il fabbisogno di risorse necessario alla loro soddisfazione.

Quanto al secondo aspetto, partendo proprio dalla ricerca di un ancoraggio più stabile dei diritti sociali nell'ambito dell'organizzazione giuridica deputata alla loro concretizzazione, sembra auspicabile andare oltre l'orientamento giurisprudenziale poc'anzi richiamato, spingendosi nella direzione del riconoscimento della rilevanza delle scelte adottate dai pubblici poteri nell'esercizio della discrezionalità organizzativa ai fini del loro godimento⁹⁵ e delle posizioni giuridiche soggettive astrattamente configurabili con riferimento al loro esercizio, traendone le dovute conseguenze sul fronte dell'organizzazione amministrativa.

Seguendo il percorso ricostruttivo sin qui proposto occorre tenere distinti, da un lato, la pretesa vantata dal cittadino concernente la soddisfazione dei propri diritti fondamentali, dalla quale discende un preciso obbligo di risultato in capo ai pubblici poteri e, dall'altro, l'esistenza in capo al soggetto titolare di tali diritti costituzionalmente garantiti di ulteriori situazioni giuridiche

il riferimento ai LEA talvolta utilizzato dalla Corte costituzionale per l'identificazione normativa di tali diritti incompressibili (cfr. sent. n. 169/2017) non pare possa costituire un ancoraggio sicuro trattandosi piuttosto di un mero «autovincolo del legislatore o comunque dell'amministrazione (quando la tutela "essenziale" è identificata con atto amministrativo) che la Corte assume come insormontabile evidentemente in ragione di quel principio di non-contraddittorietà delle scelte normative ch'essa ha desunto dal principio di ragionevolezza (e quindi dall'eguaglianza), nonché del generalissimo principio dell'affidamento».

⁹³ Alla luce del nuovo bilanciamento tra valori costituzionali seguito all'introduzione del principio del pareggio di bilancio, il giudice delle leggi ha invece iniziato a fare ricorso alla nozione di «contenuto minimo essenziale» dei diritti sociali, attraverso il riferimento ai «livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali» – la cui definizione è però rimessa allo stesso legislatore ordinario – intesi quali diritti sociali a soddisfazione necessaria in ragione della loro riconduzione entro la categoria dei diritti inviolabili ed inalienabili della persona.

⁹⁴ Sul punto, A. RUGGERI, *op. cit.*

⁹⁵ D. SORACE, *Gli "interessi di servizio pubblico" tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, *cit.*, p. 213.

(strumentali) di interesse legittimo⁹⁶, riferibili all'esercizio della discrezionalità organizzativa, ovvero, alle modalità concrete prescelte dall'amministrazione ai fini della loro realizzazione (vincolata) con riferimento al caso concreto. Negare l'esistenza di tali ulteriori pretese giuridiche nell'ambito della dinamica di soddisfazione dei diritti sociali, finendo per ritenere che le scelte politico-amministrative concernenti l'indirizzo finanziario e gli assetti organizzativi possano condizionarne la concretizzazione, equivarrebbe infatti a collocare la sovranità sul terreno dello Stato-ente piuttosto che dello Stato-comunità, negando dunque che i diritti fondamentali costituiscano una delle forme attraverso cui si esercita la sovranità popolare.

Nella prospettiva dei diritti fondamentali intesi come limite del potere pubblico, ignorare la tematica dell'adeguatezza dei mezzi utilizzati rispetto ai fini perseguiti, ovvero, la rilevanza delle modalità di allocazione e gestione delle risorse (scarse) disponibili, significa negare l'esistenza di situazioni giuridiche soggettive, di tipo strumentale, anch'esse riconducibili alla sovranità popolare, in grado di incidere concretamente sul comportamento e sulle scelte dell'amministrazione e, tramite essa, di porla in diretto rapporto con la società in funzione della realizzazione dell'ordinamento di quest'ultima, condizionando l'esercizio delle potestà legislative ed esecutive sul fronte del necessario bilanciamento tra interessi contrapposti.

Seguendo tale linea ricostruttiva, non sembrano perciò condivisibili le tesi che pongono l'accento sul carattere condizionante delle scelte di finanza pubblica sulle situazioni giuridiche soggettive, spingendosi finanche a ritenere che in realtà tali diritti verrebbero ad esistenza solo in funzione dell'esistenza stessa di adeguate disponibilità finanziarie⁹⁷. Tale approccio conduce infatti all'assurdo di ritenere che la mancata soddisfazione della pretesa azionata dal cittadino, laddove motivata da esigenze finanziarie ed organizzative dei pubblici poteri, possa condurre all'estinzione

⁹⁶ D. SORACE, *op. cit.*, definisce tali situazioni giuridiche strumentali come 'interessi di servizio pubblico'. Essi opererebbero «come limite dinamico, nel senso che i poteri possono avere diversi modi di esercizio, ma solo perché in diversi modi può essere raggiunto l'obiettivo-limite non perché le varie possibili scelte sono indifferenti rispetto all'obiettivo: in questo caso, scegliere si deve, non soltanto si può. [...] la soddisfazione in forma specifica degli interessi di pubblico servizio può richiedere una complessa attività amministrativa, costituita da scelte e da conseguenti attività materiali, che non è concepibile sia svolta da un giudice. Qui emergono piuttosto l'insostituibile ruolo che potrebbero giocare la 'partecipazione' degli utenti nel corso stesso dell'attività amministrativa ed emerge quindi l'importanza, da una parte, di una inequivoca affermazione del principio partecipativo nel nostro ordinamento e dall'altro di una adeguata elaborazione delle forme in cui tale principio potrebbe essere applicato con effettiva utilità» (pp. 214-215).

⁹⁷ Ne offre una panoramica M. TRIMARCHI, *Premesse per uno studio su amministrazione e vincoli finanziari: il quadro costituzionale*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2017, 3-4, pp. 623 ss.

dell'obbligazione a carico di questi ultimi o alla degradazione della situazione giuridica soggettiva vantata dal titolare, senza però dar luogo ad alcuna conseguenza in termini di legittimità sostanziale.

Laddove si riconosca, invece, all'amministrazione una funzione di garanzia rispetto al massimo godimento possibile dei diritti fondamentali della persona – e, dunque, alla loro progressiva ottimizzazione – è possibile superare il segnalato problema del circolo vizioso che lega la definizione del perimetro dei diritti sociali e del loro nucleo essenziale, alle esigenze finanziarie e alla discrezionalità organizzativa, ancorando la garanzia dei diritti fondamentali nella sovranità popolare piuttosto che nella sovranità dei pubblici poteri e, dunque, nel riconoscimento in capo al cittadino di situazioni giuridiche soggettive piene ed effettive. Se, del resto, spetta ai pubblici poteri individuare i livelli essenziali delle prestazioni concernenti il diritto alla salute essendo, nello stesso tempo, rimesse a questi ultimi anche le scelte concernenti l'allocazione delle risorse e le modalità organizzative ritenute più opportune ai fini della loro soddisfazione, al soggetto titolare dei diritti sociali resterebbe preclusa – fatta eccezione per il mero sindacato di ragionevolezza in sede di costituzionalità – qualsivoglia ulteriore possibilità di sindacato sul potere di organizzazione, risultando i diritti in posizione sempre recessiva⁹⁸ rispetto al potere di organizzazione.

La ridefinizione dei diritti sociali come diritti (fondamentali) sociali a prestazioni rispetto ai quali, ferma restando la doverosità dell'intervento sussidiario dei pubblici poteri, l'obbligo di soddisfazione resta confinato entro il perimetro del loro contenuto minimo, unitamente al riconoscimento dell'esistenza di ulteriori posizioni giuridiche piene ed effettive in relazione all'esercizio del potere di organizzazione, offre invece ampi margini per la ridefinizione delle modalità organizzative delle nostre funzioni del benessere, a partire dal superamento del mito della centralità della soggettività pubblica ai fini dell'erogazione delle prestazioni, fino all'emersione di

⁹⁸ I problemi posti dal bilanciamento in sede giurisdizionale non riguardano solo il sindacato della Corte costituzionale ma anche quello amministrativo. Ne offrono un esempio: C. Conti, Sez. Giur., Lazio, 10 dicembre 2015, n. 491; C. Conti, Sez. Giur., Trentino-Alto Adige, 13 aprile 2016, n. 5; C. Conti, Sez. Giur., Veneto, 19 febbraio 2016, n. 28; C. Conti, Sez. Giur., Veneto, 18 marzo 2016, n. 45; C. Conti, Sez. Giur., Veneto, 16 settembre 2016, n. 112; C. Conti, Sez. Giur., Calabria, 19 dicembre 2016, n. 331; C. Conti, Sez. Giur., Basilicata, 7 marzo 2017, n. 7; C. Conti, Sez. Giur., Friuli-Venezia-Giulia, 14 febbraio 2017, n. 9; C. Conti, Sez. Giur., Calabria, 24 febbraio 2017, n. 54; C. Conti, Sez. Giur., Puglia, 11 luglio 2017, n. 354; Cons. Stato, Sez. III, 26 marzo 2015, n. 1590; Cons. Stato, Sez. III, 16 gennaio 2017, n. 109; T.A.R. Valle d'Aosta, 14 gennaio 2019, n. 2.

un modello garantista⁹⁹ di amministrazione, il cui carattere distintivo risiederebbe nella sua diretta strumentalità rispetto all'esercizio della sovranità dei cittadini nei confronti del potere politico-amministrativo.

In tale direzione, alla luce dei problemi di bilanciamento derivanti dalla relazione diritti fondamentali – risorse disponibili, il progressivo spostamento del baricentro dell'organizzazione amministrativa in funzione della sovranità popolare costituisce perciò una risposta sia ai problemi posti dall'impossibilità di sindacare in sede giurisdizionale¹⁰⁰ l'allocazione delle risorse e le scelte di organizzazione da parte del potere governante, sia alla possibilità per l'amministrazione stessa di vincolare le scelte di indirizzo finanziario e di gestione della spesa nella direzione di un ripensamento della sua organizzazione nella prospettiva di una sua maggiore socializzazione.

6. La funzionalizzazione del potere di organizzazione alla garanzia dei diritti incompressibili e al massimo godimento possibile dei diritti (fondamentali) sociali: il paradigma discorsivo-razionale emergente dalla giurisprudenza costituzionale.

L'esistenza di diritti (fondamentali) sociali che i pubblici poteri, in quanto incompressibili e dunque insuscettibili di condizionamento finanziario¹⁰¹, sarebbero tenuti a garantire a tutti i cittadini presuppone la vigenza, rispetto al potere di organizzazione, di un vincolo giuridico capace di condizionare l'esercizio di quest'ultimo sia in sede legislativa che amministrativa, tanto sul fronte dell'allocazione delle risorse quanto in ordine alle scelte concernenti le modalità di organizzazione e gestione dei servizi.

⁹⁹ Seguendo l'impostazione teorica suggerita da L. FERRAJOLI (*Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Vol. I, cit., p. 873) rientrerebbero in tale modello garantista «le funzioni amministrative vincolate in quanto garanzie primarie, all'applicazione sostanziale della legge, come quelle il cui esercizio consiste nelle prestazioni obbligatorie che soddisfano i diritti sociali, dal diritto alla salute ai diritti all'istruzione, alla previdenza o all'assistenza. Erogare una pensione o prestare l'assistenza sanitaria a chi ne ha diritto, o assicurare ai minori la scuola dell'obbligo, per esempio, non costituiscono funzioni di governo, ma funzioni di garanzia: giacché non implicano e non consentono scelte discrezionali informate al principio maggioritario, ma richiedono al contrario l'imparziale soddisfazione dei diritti di tutti. Lo stesso si dica delle funzioni ispettive e di controllo».

¹⁰⁰ cfr. M. LUCIANI, *I diritti "finanziariamente condizionati"*, cit.; cfr. anche G. SCACCIA, *La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio*, in *Rivista AIC*, 2012, 3.

¹⁰¹ Corte Cost., sent. n. 275/2016.

Il riconoscimento da parte della Corte costituzionale di diritti sociali a soddisfazione necessaria rinvia, infatti, da un lato all'esistenza di situazioni giuridiche di diritto soggettivo e, dall'altro, all'obbligo di garantire l'esistenza di mezzi sufficienti per farvi fronte. In relazione alla garanzia di tali diritti emerge ormai chiaramente come spetti proprio al legislatore il compito di *«predisporre gli strumenti idonei alla realizzazione ed attuazione di esso, affinché la sua affermazione non si traduca in una mera previsione programmatica, ma venga riempita di contenuto concreto e reale [di talché] è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione»*¹⁰². Alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni (LEP) e dei livelli essenziali di assistenza (LEA) deve corrispondere, infatti, sia il loro finanziamento che la loro erogazione e, dunque, all'interno del nostro contesto istituzionale multilivello, l'esercizio coordinato del potere di organizzazione, dando luogo ad una dialettica che *«dovrebbe consistere in un leale confronto sui fabbisogni e sui costi che incidono sulla spesa costituzionalmente necessaria, tenendo conto della disciplina e della dimensione della fiscalità territoriale nonché dell'intreccio di competenze statali e regionali in questo delicato ambito materiale. Ciò al fine di garantire l'effettiva programmabilità e la reale copertura finanziaria dei servizi, la quale – data la natura delle situazioni da tutelare – deve riguardare non solo la quantità ma anche la qualità e la tempistica delle prestazioni costituzionalmente necessarie»*¹⁰³.

Il potere di organizzazione riveste perciò un ruolo centrale nel sistema pubblico di garanzia dei diritti sociali in quanto è proprio dal suo esercizio che dipende non solo l'effettiva erogazione delle prestazioni ma anche l'efficiente uso delle risorse pubbliche che condiziona, a sua volta, il perimetro stesso dei diritti (fondamentali) sociali. Proprio in virtù di tale circolarità tra diritti sociali, finanza pubblica e organizzazione, l'esercizio del potere di organizzazione risulta funzionale a garantire non solo la soddisfazione del nucleo essenziale dei diritti sociali, bensì la loro ottimizzazione in funzione del massimo godimento possibile dei diritti fondamentali della persona, dovendosi rinvenire l'esistenza di situazioni giuridiche strumentali in grado di incidere sulla discrezionalità organizzativa dei pubblici poteri. Se da un lato, infatti, non è possibile giustificare la mancata soddisfazione del contenuto minimo dei diritti sociali richiamando l'esistenza di esigenze di natura finanziaria, dall'altro, come si è detto in precedenza, neppure il mero ancoraggio dei diritti

¹⁰² Corte Cost., sent. nn. 275/2016, 169/2017, 62/2020.

¹⁰³ Corte Cost., sent. n. 169/2017.

(fondamentali) sociali ai livelli essenziali delle prestazioni dei diritti civili e sociali stabiliti dal legislatore pare compatibile con la sovranità alla persona.

Se è vero che i livelli essenziali delle prestazioni corrispondono ai diritti (fondamentali) sociali, non può allora non evidenziarsi come la determinazione dei LEP e dei LEA da parte dei pubblici poteri non sia affatto indipendente rispetto allo stanziamento di un coerente fabbisogno finanziario in grado di far fronte all'erogazione delle relative prestazioni. Quest'ultimo è però, a sua volta, notevolmente influenzato dal modello organizzativo e dalle modalità di erogazione prescelte dai pubblici poteri. Ciò significa che il potere di organizzazione, pur ponendosi a valle della determinazione dei LEP e dei LEA, determinando il fabbisogno finanziario necessario ai fini dell'erogazione delle prestazioni obbligatoriamente garantite, condiziona anche la stessa determinazione legislativa (o amministrativa) dei diritti a soddisfazione necessaria. Tant'è che eventuali inefficienze derivanti dall'adozione di determinati moduli organizzativi di erogazione dei servizi producono conseguenze sia sul piano della legittimità finanziaria, incidendo sugli interessi finanziari della collettività, che della compatibilità dell'esercizio del potere di organizzazione con il nostro paradigma costituzionale garantista che vede l'azione dei pubblici poteri volta a permettere il massimo godimento possibile dei diritti fondamentali della persona.

Tale complessa dinamica, che richiede l'esercizio coordinato di funzioni in vista del raggiungimento delle finalità indicate dalla carta costituzionale, come di volta in volta esplicitate dal legislatore, dà vita ad una dialettica che coinvolge lo Stato e le regioni, funzioni di governo e funzioni di garanzia, istituzioni nazionali e sovranazionali. Essa si svolge all'interno di quella trama discorsivo-razionale rappresentata dal diritto pubblico¹⁰⁴ e dovrebbe essere tesa a garantire una gestione delle funzioni del benessere efficiente e capace di rispondere alle istanze dei cittadini coerentemente con le regole di bilancio, prevedendo la separazione dei costi necessari alla garanzia dei diritti a soddisfazione necessaria da quelli destinati ad altre spese assoggettate invece al principio della sostenibilità economica, che i pubblici poteri hanno comunque il dovere di ottimizzare ai fini del massimo godimento possibile dei diritti costituzionalmente garantiti¹⁰⁵.

¹⁰⁴ F.G. ANGELINI, *L'impiego delle risorse del Recovery Fund tra conformità all'ordine giuridico-economico europeo e funzione discorsivo-razionale del diritto pubblico*, cit., pp. 230 ss.

¹⁰⁵ Come rileva la Consulta (sent. n. 169/2017) «la determinazione dei LEA è un obbligo del legislatore statale, ma [...] la sua proiezione in termini di fabbisogno regionale coinvolge necessariamente le Regioni, per cui la fisiologica dialettica tra questi soggetti

La giurisprudenza costituzionale¹⁰⁶ formatasi in relazione alla dialettica tra Stato e regioni in ordine alla determinazione, al finanziamento e all'erogazione dei diritti (fondamentali) sociali e al loro processo di ottimizzazione, permette di evidenziare alcuni dei tratti salienti del paradigma discorsivo-razionale che fa da sfondo all'esercizio del potere di organizzazione, sottolineando la necessità di un approccio cooperativo nella concreta garanzia dei diritti sociali, ispirato ai principi di dignità umana e di leale collaborazione, poiché «*la determinazione, il finanziamento e l'erogazione dei LEA compone un sistema articolato il cui equilibrio è assicurato dalla sinergica coerenza dei comportamenti di tutti i soggetti coinvolti nella sua attuazione*»¹⁰⁷.

Sviluppando ulteriormente il modello del *minimum constitutional guarantee*, la Consulta è così giunta ad inquadrare la dialettica tra Stato e regioni nell'esercizio del potere di organizzazione secondo «*una visione teleologica e sinergica*»¹⁰⁸, ribadendo – con riferimento al diritto alla salute – che se al legislatore statale compete la predisposizione degli strumenti normativi idonei all'attuazione dei LEA, garantendone la soddisfazione indipendentemente dall'esistenza di esigenze di natura finanziaria, a quello regionale spetta il compito di individuare le metodologie parametriche in grado di separare il fabbisogno finanziario destinato alle spese incompressibili da quello destinato ad altre spese soggetta al vincolo della sostenibilità finanziaria, secondo le previsioni del Titolo II del d.lgs. 118/2011.

Seguendo perciò la prospettiva tracciata dalla Consulta in merito all'esistenza di un collegamento teleologico tra le disposizioni legislative concernenti il finanziamento dei LEA e i relativi stanziamenti di bilancio, se ne deduce che il potere di organizzazione – radicandosi all'interno di una relazione che vede contrapposti, da un lato, la discrezionalità politica in ordine

deve essere improntata alla leale collaborazione che, nel caso di specie, si colora della doverosa cooperazione per assicurare il migliore servizio alla collettività». E ancora, «l'effettività del diritto alla salute è assicurata dal finanziamento e dalla corretta ed efficace erogazione della prestazione, di guisa che il finanziamento stesso costituisce condizione necessaria ma non sufficiente del corretto adempimento costituzionale. Nei sensi precisati deve essere letta l'affermazione secondo cui "una volta normativamente identificato, il nucleo invalicabile di garanzie minime per rendere effettivo il diritto [fondamentale] non può essere finanziariamente condizionato in termini assoluti e generali [...]". È la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione (sentenza n. 275/2016)» (Corte Cost., sent. n. 62/2020).

¹⁰⁶ Corte Cost., sent. nn. 62/2020, 6/2019, 169/2017 e 275/2016.

¹⁰⁷ Corte Cost., sent. n. 62/2020.

¹⁰⁸ F. MASCI, *I LEA non sono assoggettabili ad alcun vaglio di sostenibilità economico-finanziaria: un trend giurisprudenziale in consolidamento*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2020, 4, p. 113.

all'impiego delle risorse e, dall'altro, i vincoli di natura finanziaria¹⁰⁹ derivanti dall'ordinamento interno e sovranazionale e quelli che limitano la discrezionalità organizzativa dei pubblici poteri – incide in modo rilevante sia sul riconoscimento dei diritti sociali che sulla loro effettività, nonché, sulla loro ottimizzazione in funzione del loro massimo godimento possibile.

Come sottolineato dal giudice delle leggi con riferimento al diritto alla salute, *«l'intreccio tra profili costituzionali e organizzativi comporta che la funzione sanitaria pubblica venga esercitata su due livelli di governo: quello statale, il quale definisce le prestazioni che il Servizio sanitario nazionale è tenuto a fornire ai cittadini – cioè i livelli essenziali di assistenza – e l'ammontare complessivo delle risorse economiche necessarie al loro finanziamento; quello regionale, cui pertiene il compito di organizzare sul territorio il rispettivo servizio e garantire l'erogazione delle prestazioni nel rispetto degli standard costituzionalmente conformi»*¹¹⁰.

È dunque proprio sul terreno della dialettica finanziaria – che presuppone, al fine di garantire le condizioni necessarie per un dialogo razionale, il rispetto di precise regole costituzionalmente orientate di redazione dei bilanci pubblici¹¹¹ – che si sviluppa la descritta dinamica tra diritti fondamentali, finanza pubblica e organizzazione, ponendo i pubblici poteri di fronte alla sfida di ripensare le funzioni del benessere come azioni cooperative finalisticamente orientate¹¹², capaci di rispondere contestualmente alle esigenze di equità e a quelle dell'efficienza. Il corretto svolgimento di tale dialettica finanziaria presuppone, in altri termini, il rispetto di specifiche regole contabili ispirate a logiche di trasparenza dei conti e di finalizzazione delle risorse al finanziamento dei servizi, il cui scopo – alla luce del paradigma discorsivo-razionale che si intravede nella giurisprudenza costituzionale – è quello di collocare l'esercizio del potere di organizzazione all'interno di un processo comunicativo tra i diversi attori della sfera pubblica, siano questi soggetti pubblici o soggetti privati, il cui obiettivo non può che essere quello del conseguimento della maggiore efficienza allocativa possibile, in vista della soddisfazione non solo dei diritti incompressibili ma del progressivo ampliamento del perimetro dei diritti fondamentali della persona.

¹⁰⁹ G. SCACCIA, *Il bilancio quale strumento di responsabilità democratica nella giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto & conti. Bilancio, comunità, persona*, 2020, 1, p. 17.

¹¹⁰ Corte Cost., sent. n. 62/2020.

¹¹¹ Come lo sono quelle del Titolo II del d.lgs. 118/2011 relative al settore sanitario.

¹¹² L.R. PERFETTI, *Discrezionalità e sovranità popolare*, in S. PERONGINI (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 119-158.

7. L'amministrazione per fini pubblici come modello organizzativo tra diritti fondamentali e razionalità economica.

Nelle pagine precedenti è stato evidenziato come, poiché l'esercizio del potere di organizzazione (e, dunque, le scelte concernenti gli assetti organizzativi e l'allocazione delle risorse) incide sulle posizioni giuridiche vantate dai singoli, il paradigma garantista espresso dalla nostra carta costituzionale richieda che il suo esercizio sia tale da garantire la soddisfazione del nucleo essenziale dei diritti fondamentali della persona e, nello stesso tempo, l'attivazione di un processo di ottimizzazione funzionale al loro massimo godimento possibile in relazione alle risorse disponibili e alla struttura della realtà sociale di riferimento che l'organizzazione amministrativa è chiamata a servire.

Con riferimento alla tematica dei diritti (fondamentali) sociali di prestazione e del loro necessario bilanciamento – che implica, inevitabilmente, l'adozione di scelte concernenti la selezione dei bisogni, la scelta delle modalità organizzative per la loro soddisfazione e la ricerca dei mezzi finanziari necessari per farvi fronte – quel capovolgimento di prospettiva suggerito da parte della dottrina¹¹³ che vede l'amministrazione come funzione della sovranità popolare (e non solo quale braccio esecutivo del potere governante) suggerisce, infatti, di guardare a tali situazioni giuridiche soggettive in modo alternativo rispetto alla rassegnata logica della loro mera subordinazione rispetto al principio di equilibrio di bilancio (secondo cui il diritto non potrebbe neanche esistere laddove la prestazione necessaria per soddisfarlo desse luogo ad una violazione di tale principio) e, dunque, di sostanziale impotenza del cittadino rispetto al potere politico.

Le considerazioni sul duplice riconoscimento dell'esistenza di diritti (fondamentali) sociali la cui soddisfazione, quantomeno nel loro contenuto minimo, costituisce obbligo (e dunque un limite invalicabile) per i pubblici poteri e, nello stesso tempo, di garanzie obiettive e di situazioni giuridiche

¹¹³ Il problema della relazione tra organizzazione e sovranità popolare e della sua funzionalità all'esercizio di quest'ultima in funzione di critica della centralità della persona giuridica statale è stato posto da G. BERTI, *Il principio organizzativo nel diritto pubblico*, Padova, 1986 e di recente rilanciato da L.R. PERFETTI, *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, cit.

strumentali in capo ai privati a fronte dell'esercizio della discrezionalità organizzativa, concernenti la scelta dei mezzi attraverso cui l'amministrazione adempie a tale obbligo, interessano sia gli aspetti dinamici dell'amministrazione che quelli statici concernenti la sua organizzazione.

Laddove si condivida la necessità di ripensare l'organizzazione amministrativa come funzione dell'ordinamento¹¹⁴, affrancandola dalla sua tradizionale raffigurazione come autorità strumentale all'azione di governo, l'elemento centrale della prospettiva che si è cercato di delineare nelle pagine precedenti è rappresentato dall'idea secondo cui, affinché possa parlarsi di una democrazia sostanziale e non solo formale, il sistema di garanzie obiettive operanti nell'ambito della finanza pubblica e le situazioni giuridiche rinvenibili in relazione all'esercizio del potere di organizzazione funzionale alla tutela dei diritti costituzionali dovrebbero essere tali da dar luogo ad una diversa modalità di interazione attraverso la quale, quella quota di sovranità popolare costituzionalmente riconosciuta a ciascun cittadino, rappresentata dai diritti fondamentali della persona¹¹⁵, possa concretamente incidere sui processi decisionali che si svolgono sulla sfera pubblica in vista del raggiungimento di esiti sociali efficienti e rispettosi delle prescrizioni costituzionali.

Affinché tali vincoli finanziari e situazioni giuridiche possano instaurare una siffatta relazione è perciò necessario riconoscere l'esistenza, nell'ambito delle vicende che interessano i diritti fondamentali (sociali), sia di diritti soggettivi, con riferimento a quello che la Corte costituzionale definisce il loro contenuto minimo, sia di interessi legittimi¹¹⁶ con riferimento alle modalità in concreto prescelte dai pubblici poteri ai fini della loro soddisfazione. Sarebbe infatti proprio l'esistenza, accanto ai diritti soggettivi intesi come limite invalicabile del potere, di tali interessi legittimi a rendere possibile l'instaurazione in concreto di un dialogo con il potere finalizzato alla massimizzazione del godimento dei diritti costituzionali, tenuto conto delle risorse disponibili e dei connessi doveri universali di cui la collettività è chiamata a farsi carico.

¹¹⁴ G. PASTORI, *Feliciano Benvenuti e il diritto amministrativo del nuovo secolo*, in *Jus*, 2008, p. 325.

¹¹⁵ I diritti fondamentali ricomprendono i diritti politici e i diritti civili, la cui effettività è condizione di legittimità sul piano formale dei processi democratici; nonché i diritti di libertà e i diritti sociali la cui tutela, rientrando essi nell'ambito della sfera del non decidibile, risulta essere condizione di legittimità sostanziale delle stesse decisioni adottate nell'ambito dei processi democratici. In questo senso, Luigi Ferrajoli definisce i diritti fondamentali come frammenti di sovranità di tutti e di ciascun cittadino sul presupposto che «la 'sovranità' o 'volontà popolare' richiede, per potersi esprimere autenticamente, le garanzie non solo dei diritti politici, ma anche dei diritti di libertà e dei diritti sociali, dalla libera manifestazione del pensiero al diritto all'istruzione» (L. FERRAJOLI, *La democrazia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2016, p. 44).

¹¹⁶ D. SORACE, *Gli "interessi di servizio pubblico" tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, cit.

Nel contesto delineato nel presente lavoro, il modello dell'amministrazione per fini pubblici – chiamata a garantire i diritti fondamentali della persona e, in tal modo, a divenire essa stessa mezzo di realizzazione dell'ordine giuridico della società – si pone perciò come l'esito necessario di questo dialogo razionale funzionale al massimo godimento possibile dei diritti fondamentali della persona. Una dialettica che, condizionando il potere di organizzazione sul duplice piano della tutela dei diritti costituzionali e dell'efficiente allocazione delle risorse, coinvolge tutti gli attori della sfera pubblica, siano questi enti pubblici o soggetti privati, secondo la più ampia prospettiva offerta dagli artt. 114 e 118 cost. che collocano l'organizzazione pubblica, secondo una logica poliarchica e sussidiaria, in parte all'interno del perimetro dell'autorità e in parte al di fuori di esso, e cioè nella comunità.

GIUSEPPE TROPEA

Professore ordinario di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza, economia e scienze umane dell'Università "Mediterranea" di Reggio Calabria

giuseppe.tropea@unirc.it

AMMINISTRAZIONE PER FINI PUBBLICI E GIURISDIZIONE

ADMINISTRATION FOR PUBLIC PURPOSES AND JURISDICTION

SINTESI

Nel saggio si analizzano i molti interessanti spunti in tema di organizzazione e tutela giurisdizionale provenienti dagli ultimi Convegni di Urbino dedicati al tema della "amministrazione per fini pubblici", e si esaminano pure numerosi scritti pubblicati sulla Rivista *Persona e Amministrazione*. Ad esempio, si considera in questa chiave il tema della legittimazione, i rapporti tra procedimento e processo nel contesto della progressiva rilevanza della cd. *full jurisdiction*, il regime processuale della competenza, i poteri del giudice in relazione alle scelte di tipo organizzativo. Ne esce un quadro in chiaroscuro, dove, a fronte di una solida coerenza di fondo del metodo, basato sulla centralità della sovranità della persona in Costituzione e sull'esigenza di una coerente ricostruzione complessiva dell'ordinamento in tal senso, si allenta la tenuta di alcuni tradizionali confini, come quello tra giurisdizione e amministrazione o tra procedimento e processo.

ABSTRACT

The essay analyzes the various and interesting ideas around the subject of organization and judicial protection, a topic discussed during the last Conference held in Urbino dedicated to the theme of "administration for public purposes"; it also examines numerous writings published in the magazine "Persona and Administration". For example, taking into account this theme, we can start an evaluation of the issue of legitimacy, of the relationship between proceeding and process in the context of the progressive importance of the so-called full jurisdiction, the procedural regime of jurisdiction, the powers of the judge in relation to organizational choices. The result is a contradictory picture, where, at the light of a solid underlying coherence of the method, based on the centrality of the sovereignty of the person in the Constitution and on the need for a coherent overall reconstruction of the legal system in this sense, some strict traditional boundaries are lifted, such as between jurisdiction and administration or between proceeding and trial.

PAROLE CHIAVE: Organizzazione amministrativa – tutela giurisdizionale – sovranità della persona – sussidiarietà – legittimazione a ricorrere – procedimento e processo – full jurisdiction – competenza amministrativa – discrezionalità organizzativa.

KEYWORDS: Administrative organization - judicial protection - individual sovereignty – subsidiarity - right to take legal action - proceeding and trial - full jurisdiction - administrative competence - organizational discretion.

INDICE: 1. Premessa. – 2. Il grande paradosso. – 3. (*Segue*) Ulteriori affinamenti e delimitazioni di campo. – 4. Verso una nuova legittimazione *uti civis*?. – 5. Dalla processualizzazione del procedimento alla procedimentalizzazione del processo. – 6. Il trattamento processuale del vizio di incompetenza. – 7. Riduzione della sfera pubblica e tutela: da dove iniziare? – 8. Poteri del giudice e organizzazione: alla ricerca della “giusta” tutela. – 9. Conclusioni

1. Premessa.

Non è agevole provare a compendiare la ricchezza degli spunti provenienti dagli ultimi incontri urbinati in tema di organizzazione pubblica del gruppo che ruota attorno all’instancabile attività di impulso e coordinamento di Luca Perfetti, e proporre quindi una ricostruzione autonoma.

Certo, ci si può avvalere dell’altrettanto importante pubblicazione degli stessi nella Rivista *Persona e Amministrazione*¹, ed è quello che in parte proverò a fare, ma probabilmente un lavoro di questo genere rischierebbe di essere per un verso banalmente descrittivo, per altro verso ineluttabilmente lacunoso.

Tanto più se il mio compito è quello di canalizzare tali studi in un discorso che consideri nello specifico il tema della giurisdizione. *Ergo*, viene da pensare: che esami le ricadute dell’impostazione di fondo derivante dalla linea culturale presa in esame sul fronte della tutela del cittadino nei confronti del potere.

Senonché, da un lato l’intero progetto editoriale della Rivista sopra menzionata contiene preziosi spunti che vanno al di là dei convegni considerati, essendo presenti anche in sedi convegnistiche che apparentemente trattano temi slegati da quello qui esaminato²; dall’altro, gli appartenenti al gruppo hanno spesso sviluppato le loro idee in lavori autonomi, anche di taglio monografico, che non possono essere trascurati³.

¹ Si vedano, in particolare, i numeri 1/2020, 1/2019, 2/2018, 1/2018.

² Penso, ad esempio, al Convegno di Napoli del 17 giugno 2019 su *Profili di full jurisdiction: il diritto di azione nel processo amministrativo*, con molti contributi scritti reperibili sulla rivista *P.A. Persona e Amministrazione* n. 2/2019, ovvero al Convegno *Ragionando di diritto delle pubbliche amministrazioni in occasione dell’ottantesimo compleanno di Domenico Sorace* tenutosi a Firenze il 6 dicembre 2019, del quale si considererà in particolare il saggio di M. MONTEDURO, *L’organizzazione amministrativa: riflessioni sul pensiero di Domenico Sorace*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 1/2020, 545 ss.

³ Cfr., ad es., B. GILIBERTI, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, Padova, Cedam, 2020.

Ecco perché ritengo metodologicamente più appropriato sviluppare la suggestiva linea di indagine che mi è stata assegnata considerando gli «enzimi personalistici»⁴ urbinati all'interno di un discorso più ampio, anche perché, non bisogna mai dimenticarlo, essi rappresentano il frutto di una tradizione culturale molto importante e tuttora influente, per cui a maggior ragione si impone un tentativo di ricognizione generale sulla più recente consistenza di tali sviluppi, e su eventuali profili di attrito rispetto ai capisaldi teorici della tutela giurisdizionale della *Persona* nei confronti dell'*Amministrazione*.

2. Il grande paradosso.

Non pare difficile indicare l'albero genealogico che ci ha condotto qui. Vi convergono essenzialmente due linee di pensiero.

Da una parte abbiamo la gloriosa tradizione benvenutiana, passata attraverso l'opera di sedimentazione di Giorgio Berti e di Giorgio Pastori, ed oggi sviluppata da autori come Luca Perfetti, Mauro Renna, Luigi Benvenuti, quest'ultimo di recente con un'interessante rivalutazione proprio della concezione oggettivistica⁵ che, come diremo, tanta influenza avrà anche in chiave di tutela.

Dall'altra, meno evidente ma altrettanto centrale, si scorge l'impostazione su organizzazione e tutela che discende dal pensiero di Mario Nigro.

Pur con le debite differenze, si tratta di autori tutti tendenzialmente fedeli ai presupposti ed ai connotati di fondo del processo amministrativo soggettivo e di parti, basti considerare, su tutte, l'inarrivabile monografia di Benvenuti sull'istruttoria⁶ o la voce di Nigro sul principio della domanda nel processo amministrativo⁷, ma che nei loro fondamentali studi sull'organizzazione e

⁴ P. FORTE, *Enzimi personalisti nel diritto amministrativo*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 1/2017, 63 ss.

⁵ L. BENVENUTI, *Potere e stato di diritto*, in *Scritti in onore di E. Picozza*, III, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, 1793 ss.

⁶ F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, Cedam, 1953. Sul punto, per attente precisazioni, si v. L.R. PERFETTI, *L'istruzione nel processo amministrativo e il principio dispositivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 72 ss.

⁷ M. NIGRO, *Domanda (Principio della)*, *Diritto Processuale Amministrativo*, in *Enc. giur. Treccani*, XII, Roma, 1989, *ad vocem*.

sull'amministrazione oggettivata hanno dato il via a tendenze pan-partecipative e de-formalizzanti, che, traggurdate sul fronte della tutela, finiscono per lambire i lidi della giurisdizione oggettiva⁸.

Si pensi agli scritti di Nigro sulla tutela degli interessi diffusi⁹, che oggi vengono largamente impiegati, sviluppando spunti in tema di amministrazione paritaria ed art. 118 Cost., per teorizzare forme sempre più ampie di legittimazione *uti civis*¹⁰, oppure ai lavori di Berti che hanno prefigurato un saldo rapporto fra amministrazione oggettivata, complessità amministrativa e connessione in un processo amministrativo che deve adattarsi a tali fenomeni¹¹, o hanno dequotato il principio di competenza nell'ambito dello stato sociale, ove a prevalere è il principio di funzionalità¹².

Si consideri, poi, il cruciale tema dell'effettività della tutela.

Anch'esso, per un solo apparente paradosso, finisce per mostrare possibili derive oggettistiche, come in tempi non sospetti era stato evidenziato in una nota voce enciclopedica¹³. Sul punto, tra i tanti aspetti da considerare, se ne possono esemplificativamente evidenziare tre: i) il tema dell'effettività in chiave di rapporto fra ordinamento interno ed europeo, e le connesse insidie al principio di autonomia procedurale degli Stati¹⁴; ii) il tema del sindacato del g.a., con riguardo specialmente alla cd. *full jurisdiction* ed all'esecuzione della sentenza amministrativa in chiave conformativa; iii) la vicenda del litisconsorzio nel processo amministrativo, e dei rapporti fra questo e l'evoluzione del suo oggetto.

⁸ Cfr. M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la Pubblica Amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1980 252 ss.; ID., *Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1987, V, 7 e in ID., *Scritti giuridici*, II, Milano, Giuffrè, 1996, 1862.

⁹ M. NIGRO, *Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1987, V, 11.

¹⁰ Sul tema v. § 4.

¹¹ G. BERTI, *Connessione e giudizio amministrativo*, Padova, Cedam, 1970. Dell'importanza dell'opera è testimonianza lo spazio ad essa dedicato nel più recente libro di M. RAMAJOLI, *La connessione nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002. V. pure L.R. PERFETTI, *Il cumulo di azioni nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 1261 ss.

¹² G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968, 91-92. Per una critica v. M. MAZZAMUTO, *Amministrazione e privato*, in *Persona e amministrazione. Privato, cittadino, utente e pubbliche amministrazioni*, a cura di F. Manganaro, A. Romano Tassone, Torino, Giappichelli, 2004, 95.

¹³ M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, Giuffrè, 1970, 243.

¹⁴ Emblematica, sul punto, l'annosa questione dei rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale escludente in materia di gare d'appalto, su cui mi permetto di rinviare a G. TROPEA, *Il ricorso incidentale escludente: illusioni ottiche*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 1083 ss. Come noto di recente tale tematica ha portato alla molto discussa Cass., Sez. un., ord. 18 settembre 2020, n. 19598, sulla quale v. G. TROPEA, *Il Golem europeo e i «motivi inerenti alla giurisdizione»*, in *www.giustiziasieme.it*, 7 ottobre 2020.

Quanto al controllo di *full jurisdiction*, esso è stato oggetto di importante Convegno organizzato a Napoli nel marzo 2018. Mi pare utile evidenziare come anche in quella sede si sia ben colto, come dimostra la raccolta di *Atti* pubblicata nel marzo 2019¹⁵, che il tema si presta a speculazioni teoriche che chiamano in causa proprio la rivisitazione dei rapporti fra amministrazione e giurisdizione¹⁶, procedimento e processo¹⁷, e che in realtà gli insegnamenti che vengono dalla giurisprudenza della Corte Edu in tema di *full jurisdiction* non avrebbero particolare innovatività, nella misura in cui si assumano determinate concezioni della pienezza della tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.) e una declinazione del potere pubblico in linea con la realizzazione e tutela dei diritti fondamentali (art. 2 Cost.)¹⁸.

Siamo così giunti al nucleo duro dell'impianto concettuale sopra abbozzato: l'idea-manifesto, cioè, che la sovranità della persona nell'impianto costituzionale ribalti la *vulgata* corrente della sovranità spettante alla persona giuridica pubblica "Stato" (cfr. art. 1 Cost.), e che ciò sia oggi confermato dall'art. 118 Cost., che suggella l'auto-amministrazione della società¹⁹.

Vorrei trattare nelle pagine che seguono quelle che sono le principali ricadute di tale teorizzazione dal punto di vista della tutela giurisdizionale.

3. Ulteriori affinamenti e delimitazioni di campo.

La domanda di fondo da farsi, a questo punto, è la seguente: quali conseguenze ha la teorizzazione della sovranità della persona nelle dinamiche organizzative e sul modello attuale di processo amministrativo?

¹⁵ Cfr. AA.VV., *Il controllo di full jurisdiction sui provvedimenti amministrativi*, Napoli, Giapeto, 2019.

¹⁶ F. CORTESE, *Amministrazione e giurisdizione: poteri diversi o poteri concorrenti?*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 2/2018, 99 ss.

¹⁷ M. BELLAVISTA, *Il principio della separazione dei poteri nella continuità fra procedimento e processo*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 2/2018, 47 ss.; M. ALLENA, *L'art. 6 Cedu e la continuità tra procedimento e processo*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 2/2018, 25 ss.

¹⁸ L.R. PERFETTI, *La full jurisdiction come problema. Pienezza della tutela giurisdizionale e teorie del potere, del processo e della Costituzione*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 2/2018, 237 ss.

¹⁹ L.R. PERFETTI, *Organizzazione amministrativa e sovranità popolare. L'organizzazione pubblica come problema teorico, dogmatico e politico*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 1/2019, 7 ss.

È stato osservato che «*La posizione dell'organizzazione amministrativa nella dinamica dei poteri e nella relazione tra società ed autorità, è – in sé stesso – un problema politico*»²⁰.

Tale premessa metodologica può essere completata ricorrendo a un modello esegetico fornito da un importante studioso di strutture processuali comparate. Alludo alla distinzione²¹ fra Stato reattivo, ove il processo è visto come strumento di risoluzione dei conflitti, e Stato attivo, che si caratterizza prevalentemente come strumento di attuazione di scelte politiche. Si è osservato, sviluppando tale impostazione, che nel codice del processo amministrativo siano presenti disposizioni legate a un'idea di processo come attuazione di scelte politiche, ma in una cornice generale, anche di principi, che ne ribadisce la natura di processo di parti, e non di giurisdizione oggettiva²².

È questa la ragione per cui, in un modo o nell'altro, a seconda delle diverse sensibilità ed impostazioni, tutti coloro che provano a tradurre in chiave processuale e di tutela il modello dell'organizzazione amministrativa “esterna” all'autorità, superando anche lo schema tradizionale dell'amministrazione oggettivata, devono giocoforza fare i conti col tema dei caratteri di fondo del nostro sistema di tutela processuale.

Le pietre d'angolo teoriche del sistema, che azionano questi cortocircuiti più o meno apparenti una volta fatte interagire col tema del processo, sembrano essere le seguenti.

Prima di tutto, nelle posizioni di molte attente voci dei convegni di Urbino, riversate nelle pagine della Rivista *Persona e Amministrazione*, c'è una forte impronta del principio di continuità e delle tendenze aggiornate del gradualismo giuridico²³, che favorisce giocoforza la rappresentazione di “travasi” continui fra organizzazione e attività²⁴ e tra organizzazione e tutela²⁵.

²⁰ L.R. PERFETTI, *Organizzazione amministrativa e sovranità popolare. L'organizzazione pubblica come problema teorico, dogmatico e politico*, cit., 19.

²¹ Cfr. M. DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Bologna, 2002.

²² A. PAJNO, *Giustizia amministrativa e crisi economica*, in G. Pellegrino, A. Sterpa (a cura di), *Giustizia amministrativa e crisi economica. Serve ancora un giudice sul potere?*, Roma, Carocci editore, 2014.

²³ Cfr. M. BELLAVISTA, *Il principio della separazione dei poteri nella continuità fra procedimento e processo*, cit., *passim*; M. TRIMARCHI, *Full jurisdiction e limite dei poteri non ancora esercitati. Brevi note*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 2/2018, 321 ss.

²⁴ M. MONTEDURO, *L'organizzazione amministrativa: riflessioni sul pensiero di Domenico Sorace*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, cit., 555 ss.

²⁵ E. CARLONI, *Diritti by design. Considerazioni su organizzazione, autonomia organizzatoria e protezione degli interessi*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 1/2020, 51 ss.

Il secondo profilo da evidenziare, strettamente avvinto al tema del gradualismo, è dato dalla connessione procedimento-processo, anch'essa fortemente valorizzata nelle impostazioni di cui si sta dando conto. La teoria generale trova il sostegno della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di sanzioni "sostanzialmente" penali, e in questo senso si può inquadrare anche lo "spin-off" napoletano alle giornate urbinati, con un ritorno peraltro alle origini, nella misura in cui – come si è detto – si prenda sul serio la funzionalizzazione del potere ai diritti della persona. In questo cuneo di insinua l'intero discorso giurisprudenziale europeo, che in nome dei principi di effettività della tutela e di concorrenza porta ad una forte rimodulazione dei confini tra amministrazione e giurisdizione.

L'ottica persona-amministrazione ha ricadute sul piano processuale sotto un terzo e ulteriore profilo, meno indagato. Secondo alcuni, infatti, l'approccio che fa leva sul principio di sussidiarietà rischia di sfociare in forme di costruttivismo sociale, facendo perdere di vista proprio l'uomo in carne ed ossa. Si suggerisce così, nell'ottica marginalista e neo-liberale²⁶, di partire dalle esigenze delle persone, anche espresse dal ricorso a certe forme di tutela, specie risarcitoria, per misurare la «quantità» di potere e di funzioni necessarie a soddisfare le esigenze della persona stessa²⁷.

In quarto luogo, l'idea di fondo, debitrice del pensiero di Pastori, sembra fondare la presenza stessa dell'amministrazione nell'assetto istituzionale in un'ottica unitaria di servizio²⁸, anche

²⁶ Sarebbe interessante sviluppare quanto certi retaggi di quest'impostazione trovino oggi discutibili riflessi in nuove forme di potere, come nei casi del *nudge* e del paternalismo cd. libertario. Per una critica v. M. GALLETTI, S. VIDA, *Libertà vigilata. Una critica del paternalismo libertario*, Roma, IF Press, 2018. Inoltre, deve considerarsi che nei modelli neo-liberali le tutela delle situazioni soggettive, da mezzi posti al servizio del soggetto e della sua sfera patrimoniale, mutano in funzioni della massimizzazione del bene pubblico, volte, invece, alla riassegnazione dei diritti a "che ne fa l'uso migliore". Cfr. BARCELLONA M., *Il diritto neoliberale dell'economia globalizzata e della società liquida*, in *Europa e dir. priv.*, 2020, 757 ss. Per un primo tentativo di declinare gli assunti della biopolitica in chiave critica rispetto ai paradigmi della sovranità della persona, v. G. TROPEA, *Emergenza, pandemia, sovranità popolare e diritti della persona. Qualche dubbio sulla lettura biopolitica*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 2/2020, 39 ss.

²⁷ Cfr. G.D. COMPORI, *Amministrazione e cittadino*, in *Persona e amministrazione. Privato, cittadino, utente e pubbliche amministrazioni*, cit., 14-15; ID., *Ragione e pubblica amministrazione*, in *Jus*, 1999, 841. Per un simile approccio metodologico di fondo v. L. FERRARA, *Individuo e potere. In un giuoco di specchi*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 11 ss. In chiave monografica: G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2014.

²⁸ Nel pensiero di Pastori l'attività amministrativa in senso stretto è sempre strumentale all'attività di produzione finale, intesa come attività che soddisfa gli interessi sociali fatti propri dall'ordinamento: G. PASTORI, *La pubblica amministrazione*, in A. Amato, A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 1984, 577. Analoga sensibilità trapela da F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1959, 169 e successivamente in F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri*, in U. Allegretti, A. Orsi Battaglini, D. Sorace, (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Rimini, 1987, ora in ID., *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 2002, 258.

allorquando l'attività posta in essere in concreto si esprima nell'emanazione di atti unilaterali a contenuto sfavorevole nei confronti dei diretti destinatari. Da queste premesse deriva una precisa e coerente visione intersoggettiva del procedimento, e delle regole ad esso dedicate. La procedura costituisce, in questo ordine di idee, la sede in cui il potere amministrativo si struttura in senso democratico acquisendo, in una prospettiva dinamica, quella intrinseca legittimazione che la mera norma attributiva di per sé non è idonea a conferire.

Il gradualismo e il principio di continuità, in buona sostanza, mettono in campo, in nome di una sottesa logica accentuatamente “principalista”²⁹, una precisa strategia *lato sensu* “politica” dell'organizzazione amministrazione e comportano severi rivolgimenti dei capisaldi del processo amministrativo, con annesse ulteriori criticità in punto di effettiva tutela individuale discendente dalle impostazioni sopra indicate e con qualche perplessità sull'effettivo perseguimento dell'obiettivo democratico di partenza.

Se è vero, infatti, che l'effettività della tutela resta centrale per la giurisprudenza, alla dottrina spetta un importante compito di segnalazione e controllo, affinché i rischi della «*distorsione da desiderabilità sociale*»³⁰ non determinino un'alterazione eccessiva del confine, sì mobile, ma a un certo punto invalicabile, dell'assetto costituzionale tra Giudice e Amministrazione.

In alcuni casi si tratta di questioni ormai metabolizzate dal sistema, in altri, invece, si è di fronte perlopiù a proposte dottrinali che mancano del crisma della stabilizzazione normativa e/o giurisprudenziale.

Persona è amministrazione; persona è processo.

Il passaggio dalla congiunzione alla “copula” implica delle notevoli rivolgimenti di sistema, che vorrei a questo punto considerare più analiticamente, in una sorta di panoramico sguardo genealogico-diacronico, che parte dell'azione introduttiva del giudizio, passa poi per il tema del sindacato, e arriva a quello delle forme generali di tutela, sia rispetto ad alcuni vizi che più di altri rispecchiano la questione organizzativa, sia rispetto più in generale alla questione della sindacabilità

²⁹ Sulla distinzione tra logica “principalista” e logica “garantista” v. L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principalista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. cost.*, 2010, 2771 ss.

³⁰ Cfr. R. VILLATA, *Pluralità delle azioni ed effettività della tutela*, in www.giustizia-amministrativa.it, 14 gennaio 2020; ID., *Processo amministrativo, pluralità delle azioni, effettività della tutela*, in corso di pubblicazione negli *Scritti in onore di F.G. Scoca*.

delle scelte organizzative, o, ribaltando la prospettiva, all'idea di misurare le strutture organizzative partendo dagli *input* che vengono dalle strategie di tutela messe in campo dalla persona.

Spesso, peraltro, questi due ultimi profili si intersecano, come nel caso in cui la tutela svela le inefficienze di un'organizzazione pubblica non adeguatamente tarata sulle esigenze della persona, magari non cittadino, e poi viene però contraddetta da scelte politiche che eludono tali *feedback*³¹. E così il cerchio si chiude, o resta sospeso in *loop*, come in uno “scherzo giuridico” infinito.

4. Verso una nuova legittimazione *uti civis*?

Negli ultimi anni il tema della legittimazione ad agire è vivacemente tornato al centro della riflessione dottrinale.

Possiamo isolare due filoni di pensiero fondamentali.

Da un lato c'è chi afferma che la legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo abbia tradizionalmente coinciso con la titolarità concreta della posizione giuridica soggettiva di interesse legittimo cui sarebbe giunta la dottrina maggioritaria; ciò avrebbe determinato uno snaturamento della figura della legittimazione, nella sua accezione civilprocessualistica, come condizione di accesso alla tutela giurisdizionale³². Rimuovendo il concetto di legittimazione sostanziale e quindi svincolando l'accesso in giudizio dalla titolarità effettiva dell'interesse legittimo, il ragionamento offerto verrebbe in realtà a dipanarsi lungo i più ordinari canoni processuali dello scrutinio sulla presenza delle condizioni dell'azione (legittimazione e interesse a ricorrere) e della successiva valutazione del merito della controversia.

Ho già avuto modo di considerare criticamente tale pur suggestiva ricostruzione³³, e non mi sembra il caso tornarvi in questa sede.

³¹ Emblematica la questione dei termini per ottenere la cittadinanza, sulla quale v. *infra*, § 8.

³² Cfr. S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, FrancoAngeli, 2018; concorde F. SAITTA, *La legittimazione a ricorrere: titolarità o affermazione*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 511 ss.

³³ G. TROPEA, *Il ricorso incidentale escludente: illusioni ottiche*, cit., spec. 1110 ss.

Anche perché mi pare che sia un'altra l'impostazione che si pone maggiormente in linea col pensiero di fondo maturato nel corso di questi ultimi anni negli incontri urbinati, e riversato nelle pagine della Rivista *Persona e amministrazione*.

E vengo così alla seconda proposta esegetica, critica rispetto all'impostazione giurisprudenziale maggioritaria, nella quale ancora mi riconosco³⁴.

La recente monografia di Giliberti sul tema, già condensata in un precedente scritto sulla testé menzionata rivista³⁵, mi pare offrire una esemplare sintesi.

Già nel primo capitolo di essa, infatti, si riscontra uno stretto collegamento fra ambito organizzativo e tutela. Nell'art. 118, comma 4, Cost. si ritroverebbe un parametro di organizzazione: alle persone ed alle loro formazioni sociali verrebbe «*accordata la natura di nuclei organizzativi di base del fenomeno amministrativo pubblico*»³⁶. L'idea dell'«*amministrazione diffusa nella società*»³⁷ informerebbe di sé il diritto della persona – di ogni persona – ad amministrare, anche agendo in giudizio³⁸. Si configura, così, un vero e proprio diritto civico alla legalità amministrativa quale espressione di sussidiarietà orizzontale, e si ritiene frutto di un fraintendimento concepire l'oggettivizzazione del processo amministrativo quale diminuzione di garanzie: in altre parole, l'inviolabilità del diritto di difesa delle posizioni individuali tradizionalmente intese potrebbe essere solo rafforzata dalla dimensione civica della nuova legittimazione così ricostruita, che si vuole più in linea con la centralità in Costituzione della persona nella sua dimensione civica.

Quello che c'è da evidenziare in questa ricostruzione è soprattutto il coraggio di rompere ogni collegamento col processo soggettivo e di parti, che invece presidia la prima linea esegetica sopra richiamata.

³⁴ Di cui è espressione il recente lavoro di M. DELSIGNORE, *L'amministrazione ricorrente. Considerazioni in tema di legittimazione nel giudizio amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2020, sul quale tornerò. Il tema della legittimazione attiva delle pubbliche amministrazioni riscuote negli ultimi anni un giustificato interesse. Cfr. anche AA.VV., *Quando lo Stato fa causa allo Stato. La legittimazione attiva delle pubbliche amministrazioni*, a cura di M. Macchia, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019; M. MAZZAMUTO, *Liti tra pubbliche amministrazioni e vicende della giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 344 ss.

³⁵ B. GILIBERTI, *La legittimazione ad agire nel processo amministrativo di legittimità, tra potere qualificatorio pubblico e forza legittimante della sovranità dell'individuo*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 2/2019, 7 ss.

³⁶ B. GILIBERTI, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, cit., 29.

³⁷ B. GILIBERTI, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, cit., 33, che richiama G. PASTORI, *Tendenze recenti della pubblica amministrazione italiana*, in *Annuario Aipda* 2009, 2010, 361.

³⁸ B. GILIBERTI, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, cit., 35.

Entrambe, sulla base di percorsi differenti, pervengono a teorizzare una maggiore «giustiziabilità del principio di sussidiarietà orizzontale», dando dignità teorica³⁹ ad alcuni spunti giurisprudenziali, per la verità ancora minoritari, che configurano appunto forme di legittimazione *uti civis*, specialmente in tema di interessi collettivi e diffusi, prospettando un definitivo superamento dell'empirico ed aleatorio riferimento giurisprudenziale al concetto di *vicinitas*⁴⁰.

Ma mentre la prima linea ricostruttiva avversa l'idea che si tratti di forme di legittimazione generale e oggettiva, ritenendo che si abbia a che fare con dimostrazioni, a livello sia normativo che giurisprudenziale, del superamento del tradizionale concetto “sostanziale” della legittimazione a ricorrere, la seconda vi perviene affrontando di petto il problema del carattere oggettivo del giudizio amministrativo che viene fuori da tale configurazione.

E può “permetterselo”, verrebbe da dire, in tanto e in quanto fa proprie determinate premesse costituzionali in tema di organizzazione amministrativa, secondo il seguente schema: nell'art. 118 Cost. si vede sia un modello di allocazione delle competenze (ultimo stadio di un percorso democratico di oggettivizzazione dell'amministrazione) sia un modello di giurisdizione avverso il potere esecutivo⁴¹.

Un pensiero di questo genere potrebbe autorizzare incursioni ancora più profondi nella “carne viva” dell'organizzazione amministrativa. Potrebbe, ad esempio, essere rivisto criticamente l'assunto giurisprudenziale che predica l'assenza di legittimazione dell'*intraeas* avverso le deliberazioni rispetto alle quali abbia votato rimanendo in minoranza, si sia astenuto dal voto o non abbia presenziato all'adunanza, salvo che sia denunciata una violazione di norme attinenti al procedimento collegiale che non l'ha posto in condizione di svolgere regolarmente il proprio

³⁹ Operazione avviata, fra gli altri, da A. CLINI, L.R. PERFETTI, Class action, *interessi diffusi*, *legittimazione a ricorrere degli enti territoriali nella prospettiva dello statuto costituzionale del cittadino e delle autonomie locali*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1443 ss.; P. DURET, Taking “commons” seriously: *spigolature su ambiente come bene comune e legitimatio ad causam*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2013, 3 ss.; F. GIGLIONI, *La legittimazione processuale attiva per la tutela dell'ambiente alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 413 ss. Più di recente, si v. le eleganti e ricche consonanti riflessioni di P.G. PORTALURI, *Ascendenze del creazionismo giurisprudenziale e ricadute sul processo amministrativo: il controllabile paradigma dell'accesso al giudice*, in corso di pubblicazione negli *Scritti in onore di F.G. Scoca*.

⁴⁰ Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo attraverso il filtro dell'interesse a ricorrere: il caso della vicinitas*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 771 ss.

⁴¹ B. GILIBERTI, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, cit., 45.

ufficio⁴². La generalizzazione della legittimazione dell'*intranens* all'impugnativa degli atti dell'organo collegiale sarebbe invece coerente con gli assunti sopra riportati.

Tuttavia a me pare che tale impostazione metodologica risenta di un approccio “principalista” molto in voga negli ultimi anni che, lungi dall'apportare maggiori garanzie al privato, rischia di determinarne un ridimensionamento⁴³. Come è stato bene osservato: «*Che la costituzione sia da interpretare magis ut valeat è dunque anzitutto un programma di “politica del diritto” che ha avuto una precisa funzione storica in un momento in cui l'applicazione della costituzione segnava il passo; ma è poi anche una teoria dell'interpretazione costituzionale, che sembra aver mantenuto un certo seguito anche in tempi assai più recenti e corrispondere davvero ad una visione “totalizzante” della costituzione*»⁴⁴. Non mi sembra un caso che in un Convegno di qualche anno fa dedicato proprio al tema “Persona ed amministrazione”, obiezioni di tale tipo siano state avanzate da una certa dottrina, che, contro preconizzate derive illiberali di alcuni eccessi dell'amministrazione partecipata e aperta, provocatoriamente vagheggiava un ritorno al «*paradiso perduto dell'amministrazione “unilaterale”*»⁴⁵.

Si considerino, per tutti, due aspetti problematici.

Prima di tutto è opportuno riflettere sul fatto che tali operazioni di estensione della legittimazione, lungi dal configurarsi come sublimazione della sovranità della persona, siano in realtà, e al contrario, una celata forma di compressione del principio democratico⁴⁶: se non adeguatamente circoscritta, l'estensione della legittimazione a ricorrere può mettere in discussione il principio della divisione dei poteri, nella misura in cui la differenziazione non è operata in via eccezionale dal legislatore ma in via maieutica dal singolo giudice. Ciò dimostra l'avvento di una «*democrazia impolitica*»⁴⁷ nella quale i rappresentanti eletti non sono in grado di prendere decisioni

⁴² Cfr., tra le tante, Cons. Stato, sez. V, 3 marzo 2005, n. 832. In dottrina v. A. SQUAZZONI, *Ancora sulla legittimazione del consigliere ad impugnare atti del collegio di appartenenza*, nota a Tar Puglia, sez. I, 12 maggio 2006, n. 2573 e a Cons. Stato, sez. V, 19 febbraio 2007, n. 826, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 865 ss.

⁴³ Ho indicato questa linea metodologica nel mio *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, spec. 120 ss.

⁴⁴ R. BIN, *Che cos'è la Costituzione?*, in *Quad. cost.*, 2007, 11 ss. Cfr. anche M. LUCIANI, *Dal chaos all'ordine e ritorno*, in *Riv. fil. dir.*, 2019, 349 ss.

⁴⁵ M. MAZZAMUTO, *Amministrazione e privato*, cit., 94.

⁴⁶ In questo senso L. DE LUCIA, *La costituzionalizzazione del diritto amministrativo italiano nella crisi economica e istituzionale*, in *Pol. dir.*, 2019, 3 ss.

⁴⁷ P. ROSANVALLON, *Controdemocrazia. La politica nell'era della sfiducia*, Roma, Castelvecchi Editore, 2015. Peraltro, che l'interessamento per la tematica degli interessi diffusi nasca come reazione alla crisi della rappresentanza politica è punto fermo nella più attenta dottrina. Cfr. per tutti G. MANFREDI, *Interessi diffusi e collettivi (diritto amministrativo)*, in *Enc.*

giuste, nel contesto di una generalizzata sfiducia verso l'amministrazione⁴⁸. Al contrario, una concezione rigorosa del principio di legalità non ammette alcuna riserva originaria di potere dell'amministrazione e, di conseguenza, non consente neanche che il confine fra amministrazione e giurisdizione sia rimesso sostanzialmente alla giurisprudenza⁴⁹.

In secondo luogo l'impostazione in esame finisce per aggirare possibili rilievi rispetto al rischio di sovraccarico del contenzioso, derivante dall'estensione della legittimazione ivi configurata, utilizzando come selettore la teoria della "meritevolezza della pretesa", *sub specie* di abuso del processo, istituto a sua volta controvertibile, limpido esempio di un'argomentazione per principi che finisce per svilire la regola processuale alla luce di un bilanciamento in cui non si ha un gioco "a somma zero", ma che vede sempre vincere la ragionevole durata del processo, non a caso inteso come "servizio pubblico", sull'effettività e pienezza della tutela⁵⁰.

Gli esempi, fra i tanti, che possono portarsi a conferma dell'aggiramento delle regole processuali derivanti dall'applicazione di tali assunti, riguardano il forte ampliamento dei poteri officiosi del giudice, sia in sede di istruttoria che di integrazione del contraddittorio.⁵¹ Quest'aspetto mi pare particolarmente rilevante.

La "giuridificazione"⁵² di interessi emergenti "dal basso", in base alla leva della sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118 Cost., a sua volta fondata su di un approccio di metodo "per principi" sovvertitori di regole, sconta una serie di incoerenze anche nei rapporti fra legittimazione ed istituti positivi come l'intervento in giudizio, di cui all'art. 28 c.p.a. Si osserva, così, che è necessario

dir., Annali VII, Milano, Giuffrè, 2014, 516, 529, il quale, coerentemente, considera opinabile l'idea che la tutela degli interessi diffusi costituisca un'implicazione necessaria del principio democratico.

⁴⁸ Per una recente critica al fondamento positivo del principio di sussidiarietà orizzontale, inteso come indebita mascheratura ideologica legittimante un limite inerente al processo politico, che mette in discussione la legittimazione della funzione legislativa ad esprimere gli orientamenti della collettività, v. F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. amm.*, 2020, 3 ss.

⁴⁹ M. DELSIGNORE, *L'amministrazione ricorrente. Considerazioni in tema di legittimazione nel giudizio amministrativo*, cit., 130. Così anche G. MANFREDI, *Interessi diffusi e collettivi (diritto amministrativo)*, cit., 530.

⁵⁰ G. TROPEA, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, cit., 221 ss. Non è un caso che nel già richiamato recente lavoro di P.G. PORTALURI, *Ascendenze del creazionismo giurisprudenziale e ricadute sul processo amministrativo: il controllabile paradigma dell'accesso al giudice*, cit., *passim*, si invita il giudice amministrativo a un controllo sulla meritevolezza della tutela *in bonam partem*, diversamente da quanto è stato sinora fatto in base a uno spregiudicato utilizzo dell'argomento dell'abuso del processo.

⁵¹ B. GILIBERTI, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, cit., spec. 173 ss.

⁵² Cfr. AA.VV., *La giuridificazione. A 150 anni dall'unificazione amministrativa*, a cura di D. Sorace, L. Ferrara, B. Marchetti, Firenze, Firenze University Press, 2017.

ripassare al vaglio la teorica e la prassi giurisprudenziale in materia di intervento nel giudizio, che – nel collocare le posizioni mediate del terzo nella sfera dei poteri di intervento – sembrano riflettere una logica pandettistica non conforme alla struttura multilaterale delle relazioni amministrative tra pubblici poteri e individui. Interpretazioni di questo genere, infatti, pur animate da commendevoli tensioni rivolte a fondare il meccanismo della legittimazione in forme di qualificazione più ampia, comprensive di una certa rilettura del dato costituzionale, nella misura in cui ampliano i margini della legittimazione a posizioni mediate rispetto al potere, finiscono per rendere l'istituto previsto dall'art. 28, comma 2, c.p.a. un involucro vuoto. Ciò a meno di non volere completamente alterare l'impianto di fondo dell'intervento in giudizio del nostro ordinamento processuale, giocando magari sulla leva dell'intervento *iussu iudicis*, e facendo del giudice amministrativo una sorta di “responsabile del procedimento” processuale, figura di cui da tempo di è messa in luce – non a caso – proprio la rilevanza organizzativa⁵³.

Si pensi, ancora, ai processi “tra amministrazioni”, che vedono sempre più la presenza di altre amministrazioni in qualità di parti eventuali del giudizio. Ha fatto molto discutere, nel recente ampio contenzioso che si è formato sulle misure di contenimento all'emergenza Covid-19, un giudizio relativo a un'ordinanza della regione Calabria che ha disposto, in deroga al DPCM del 26 aprile 2020, la ripresa dell'attività di ristorazione, non solo con consegna a domicilio e con asporto, ma anche mediante servizio al tavolo, purché all'aperto e nel rispetto di determinate precauzioni di carattere igienico sanitario. Per restare a quanto qui di interesse, in tale giudizio, in cui si fronteggiavano Stato e Regione, si è vista una presenza in qualità di interventore sia *ad adiuvandum* che *ad opponendum* di vari comuni calabresi, interessati per motivi opposti alla caducazione o al mantenimento del provvedimento regionale più restrittivo⁵⁴. In questo caso l'intervento “incrociato” in giudizio, configurando una sorta di inedita conferenza di servizi processuale, mostra il difficile compromesso fra giurisdizione soggettiva e giurisdizione oggettiva, finendo per smentire

⁵³ Cfr. M. RENNA, *Il responsabile del procedimento a (quasi) dieci anni dall'entrata in vigore della legge n. 241*, in *Dir. amm.*, 2000, 505 ss.

⁵⁴ Tar Calabria – Catanzaro, 9 maggio 2020, n. 841. La diversa linea seguita da alcuni comuni calabresi, alcuni intervenienti *ad adiuvandum* a fianco allo Stato, altri *ad opponendum* a fianco alla Regione, rispecchia un diverso approccio, nel delicato bilanciamento di interessi fra tutela della salute e rilancio economico che ha connotato il passaggio dalla cd. “fase 1” alla “fase 2” durante l'emergenza Covid-19.

ricostruzioni, pur coraggiose, che sostengono il transito nella sfera della legittimazione attiva e/o passiva di tali posizioni sostanziali, pur sulla base di diverse premesse argomentative di partenza⁵⁵.

Torniamo così al problema della prefigurata oggettivizzazione del processo⁵⁶. Non sembra sufficiente, infatti, affrontare tali aporie sostenendo che la chiave di tutto è la «*sovranità dell'individuo ... che legittima l'azione in giudizio*»⁵⁷: bisogna varcare definitivamente i bastioni del processo soggettivo e di parti⁵⁸.

Dinanzi a tale questione “ultima” si pone anche l'evoluzione dei rapporti tra procedimento e processo, che non poteva non interessare proprio la linea culturale di cui si sta dando conto, se è vero, come detto, che l'impostazione gradualistica di fondo condivisa implica “travasi” reciproci fra organizzazione e attività e tra organizzazione e forme e modalità di tutela.

5. Dalla processualizzazione del procedimento alla procedimentalizzazione del processo.

Altro tema importante più volte affrontato negli incontri di Urbino, e poi di Napoli in un focus dedicato alla *full jurisdiction*⁵⁹, è come detto appunto il rapporto fra procedimento e processo.

Le più recenti ricognizioni che sono state svolte in materia, mettono in luce una distinzione di fondo fra tutela procedimentale e giurisdizionale: essa si avrebbe non già sul piano strutturale, ove procedura sostanziale e processo vengono accomunate, ma su quello funzionale⁶⁰.

⁵⁵ B. GILIBERTI, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, cit., *passim*; S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, *passim*.

⁵⁶ Con un ritorno a quella che, in fondo, era una teorizzazione presente anche nella più autorevole dottrina. Si pensi, per tutti, ad ALB. ROMANO, *Il giudice amministrativo di fronte al problema della tutela degli interessi c.d. diffusi*, in *Foro it.*, 1978, I 10. Per una recente rilettura critica v. invece C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Rimini, Maggioli, 2012; ID., *Legittimazione a ricorrere, concezione soggettivistica della tutela e principio di atipicità delle azioni nel processo amministrativo*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 2/2019, 99 ss.

⁵⁷ B. GILIBERTI, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, cit., 161.

⁵⁸ Per un'impostazione più moderata v. M. DELSIGNORE, *L'amministrazione ricorrente. Considerazioni in tema di legittimazione nel giudizio amministrativo*, cit., 111 ss., secondo la quale la legittimazione speciale non inciderebbe sulla natura della giurisdizione amministrativa, che resterebbe soggettiva, ma sulla funzione di tutela del processo.

⁵⁹ Cfr. *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 2/2018.

⁶⁰ F. APERIO BELLA, *Tra Procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, recensita da M. Bellavista in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 1/2018, 281 ss.

Da qui l'idea che il tema della processualizzazione del procedimento sia un falso problema, almeno nella misura in cui era stato elaborato, partendo da riflessioni comparate, dai punti di riferimento del gruppo urbinato.

Penso, soprattutto, all'analisi degli ordinamenti stranieri in materia di procedimento amministrativo fatta da Giorgio Pastori⁶¹, il quale ne ritrae non solo e non tanto l'idea della necessità di una disciplina organica in tema di procedura amministrativa, ma soprattutto una più profonda consapevolezza dell'impostazione culturale da cui le norme procedurali italiane all'epoca vigenti erano scaturite. Ad affermarsi, nella cultura giuridica italiana, è stato cioè un atteggiamento di tipo difensivo, che ha indotto il legislatore a trascurare l'idea che il procedimento potesse essere la sede di una "costruzione" condivisa delle scelte pubbliche, prima che di protezione della sfera giuridica dei destinatari delle scelte medesime. Da ciò, secondo Pastori, la necessità di un processo di riforme che superasse il punto di vista meramente legalitario per accogliere un'idea di procedimento ispirata alla più ambiziosa cultura della legittimità in senso sostanziale.

Se è così, però, non è detto che il problema possa essere del tutto smarcato semplicemente distinguendo una procedura in senso strutturale e una procedura in senso funzionale.

Ciò in quanto oggi si assiste al diverso e più preoccupante fenomeno della proceduralizzazione del processo.

Questa tendenza si percepisce, ad esempio, proprio nelle sopra richiamate posizioni espresse dalla Corte di Strasburgo nel contenzioso relativo alla legittimità delle sanzioni irrogate dalle Autorità indipendenti. In tale occasione il sincretismo tra procedimento e processo si profila in chiave "bidirezionale": la Corte da un lato afferma il carattere sostanzialmente penale del procedimento sanzionatorio condotto dall'Autorità, dall'altro sostiene che gli eventuali deficit di imparzialità rintracciabili nel procedimento amministrativo possano essere adeguatamente compensati da una fase giurisdizionale contrassegnata dal pieno rispetto delle garanzie del giusto processo.

A prevalere, quindi, non è una logica di estensione al procedimento delle garanzie del processo, ma una più discutibile idea di compensazione delle garanzie, che ha ben presto trovato

⁶¹ G. PASTORI, *Le trasformazioni del procedimento amministrativo*, in *Dir. e soc.*, 1996, ora in ID., *Scritti scelti*, Napoli, Jovene, 2010, II, 553 ss.

nella giurisprudenza nostrana una ancora più chiara esplicitazione. L'assimilazione tra procedimento e processo si esprime perciò non in chiave di anticipazione della logica "difensiva" connessa al momento della tutela (come a suo tempo Pastori), ma in un ben più allarmante adeguamento al ribasso delle garanzie. Il tutto al prezzo della violazione dei principi costituzionali che regolano l'azione amministrativa (imparzialità e buon andamento) ma anche di un sostanziale disconoscimento del principio del diritto alla tutela giurisdizionale. Se, infatti, il processo diviene una sorta di camera di compensazione delle violazioni procedurali, il risultato che inevitabilmente si ottiene è la paradossale trasfigurazione del diritto alla difesa in una specie di dovere, o meglio di necessità: la sede processuale diviene, infatti, l'unico contesto in cui il cittadino possa effettivamente pretendere il rispetto delle garanzie procedurali, che tali in definitiva non sono (più), giacché il loro rilievo finisce per manifestarsi a procedimento ormai concluso, e dunque con una grossa ipoteca già apposta riguardo la soddisfazione della cd. pretesa primaria, ossia quella relativa al bene della vita finale. Le garanzie procedurali perdono ogni autonomia: se la loro attuazione può legittimamente essere rinviata alla fase giurisdizionale gioco forza tali garanzie non possono considerarsi tutelabili in sé, ma solo nella misura in cui la loro violazione si abbini alla mancata corresponsione del bene della vita del quale si rivendichi in giudizio la spettanza. La *full jurisdiction* intesa in chiave compensativa comporta, in altri termini, un innegabile indebolimento del sistema delle garanzie.

Allo stesso risultato critico pervengono anche ulteriori manifestazioni del già descritto "sincretismo" tra procedimento e processo. Si pensi, ad esempio, alle aperture giurisprudenziali in tema di motivazione postuma dei provvedimenti amministrativi. Si tratta di posizioni che hanno premesse antiche, sostanzialmente riconducibili all'idea per cui la legittimità dell'atto si debba misurare soltanto in termini di "giustizia intrinseca" del suo contenuto decisionale. Il dato che rileva, nell'economia del ragionamento in corso, riguarda tuttavia il fatto che le tesi orientate alla dequotazione della motivazione stiano recentemente traendo linfa dall'idea della sostanziale "indifferenza" dei confini tra procedimento e processo. Si tende così a giustificare l'assenza o la carenza della motivazione facendo leva sulla evoluzione dell'assetto della tutela giurisdizionale intesa come passaggio dalla logica del giudizio sull'atto a quella del cosiddetto giudizio sul

rapporto⁶². Il tutto in forza di una duplice petizione di principio: l'arbitraria distinzione tra ciò che sarebbe “sostanza” e quelle che, invece, sarebbero vuote “forme” (ossia tutte le regole procedimentali) e, soprattutto, l'idea della necessaria alternatività tra pienezza della tutela delle situazioni di spettanza (intese come situazioni che si appuntano sul cd. bene finale) e tutela delle situazioni procedimentali.

L'analisi degli effetti collaterali insiti nella dilagante retorica antiformalista potrebbe proseguire. Il punto che in questa sede preme rimarcare concerne, tuttavia, il fatto che tale retorica trovi nelle suggestioni ispirate alla continuità tra procedimento e processo un inedito fattore di radicalizzazione. Lo scenario che si profila è allarmante: il cammino intrapreso dall'ordinamento processuale verso la pienezza della tutela rischia, paradossalmente, di compromettere l'effettività delle regole che presidiano, sul piano del *quomodo*, il legittimo esercizio del potere. Il tutto, ancora una volta, in forza di un discutibile gioco di compensazioni tra procedimento e processo.

Quando poi entra in gioco la giurisprudenza europea, anch'essa ispirata ad un'estrema valorizzazione del principio di effettività, i confini tra organizzazione-attività e tutela si fanno ulteriormente più labili.

Nelle prese di posizione degli ultimi anni della Cassazione e soprattutto della Corte di Giustizia sul tema, la clausola di effettività è stata spesso ultimamente usata come *passpartout* per ridisegnare i confini fra amministrazione e giurisdizione, sotto le insegne della *ratio iudicis* della concorrenza e del mercato⁶³. Che è *ratio legis* appunto eurounitaria, come è a tutti noto, tanto è vero che a questo punto è proprio al giudice europeo che si è fatto ricorso, *per saltum*, da parte di molti Tar “scontenti” delle soluzioni processualmente più ortodosse in origine espressa dal Consiglio di Stato. Un requiem per il principio di autonomia procedurale degli Stati. E probabilmente anche per il carattere soggettivo e di parti del processo amministrativo, coi suoi corollari della domanda di parte (art. 112 c.p.c.), della prova dell'interesse affermato (art. 2697 c.c.), dei limiti soggettivi del giudicato che si forma soltanto tra le parti processuali e non può riguardare la posizione dei soggetti

⁶² Sia consentito, sul punto, il rinvio a G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 1/2017, 239 ss.

⁶³ Cfr. sul punto G. TROPEA, *Il ricorso incidentale escludente: illusioni ottiche*, cit., *passim*.

estranei alla lite (art. 2909 c.c.), che l'Adunanza plenaria voleva conservare⁶⁴, ma che la Corte di Giustizia UE ha sdegnosamente rispedito al mittente.

Con la sentenza *Lombardi* del 2019, infatti, nella misura in cui si puntella l'interesse strumentale evocando l'autotutela dell'amministrazione verso le situazioni di imprese distinte dalle parti del giudizio, il tema organizzativo viene ineluttabilmente posto al centro della scena⁶⁵. Evidentemente tale approccio attenua anche la distinzione sul piano funzionale tra procedimento e processo, nella misura in cui finisce per erodere ulteriori profili di discrezionalità in capo all'amministrazione che è chiamata ad esercitare il proprio potere di autotutela decisoria.

Senza considerare come questa valenza pervasiva dell'interesse a ricorrere strumentale si abbini, ormai, a una tendenza a considerare rilevante, ai fini della lesione, la scelta metodologica-organizzativa dell'amministrazione. Emblematica la materia dei servizi pubblici e del rapporto tra gara e gestione *in house* del servizio. Si è ritenuto, partendo dal presupposto per cui ormai nel nostro ordinamento l'affidamento *in house* ha pari dignità rispetto alla gara, che sia necessaria sempre la relazione prevista dall'art. 34 d.l. n. 179/2012, nella quale l'ente è chiamato a dar conto anche delle ragioni della scelta in favore della gara. Quando intreccia questioni di organizzazione l'interesse strumentale è, se possibile, ancora più sfumato, poiché l'annullamento della procedura per mancanza della relazione ben potrebbe determinare l'amministrazione all'affidamento del servizio senza gara, ovvero *in house*⁶⁶.

Altra questione è se il giudice, esercitando la *full jurisdiction*, violi il divieto di farsi amministratore (art. 34, co. 2, c.p.a.). In questo caso autori che sono passati da Urbino⁶⁷ o hanno scritto nella rivista *Persona e Amministrazione*⁶⁸, hanno sovente sdrammatizzato la questione: da un lato ritenendo che il divieto di cui all'art. 34, co. 2, non sia una novità introdotta dal codice, ma

⁶⁴ Cons. Stato, Ad. plen., n. 6/2018.

⁶⁵ F. CORTESE, *Amministrazione e giurisdizione: poteri diversi o poteri concorrenti?*, cit., 109. Sui rapporti fra autotutela e organizzazione v. anche C. NAPOLITANO, *Profili organizzativi dell'autotutela*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 1/2019, 241 ss.

⁶⁶ Tar Lazio, sez. II-quater, 6 maggio 2020, n. 4272, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 1113, con nota di G. TROPEA, *L'orizzonte degli eventi: quando l'interesse strumentale incontra l'abuso del processo*.

⁶⁷ M. MAZZAMUTO, *Il principio del divieto di pronuncia con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 82 ss. Sul tema cfr. anche P. CERBO, *Il limite dei poteri amministrativi non ancora esercitati: una riserva di procedimento amministrativo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 94 ss.

⁶⁸ M. TRIMARCHI, *Full jurisdiction e limite dei poteri non ancora esercitati. Brevi note*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 2/2018, 321 ss.

l'ennesima incarnazione dei limiti intrinseci del contenzioso amministrativo e della tutela costitutiva, dall'altro considerando la disposizione compatibile col modello della *full jurisdiction*, nella misura in cui venga preservato il carattere successivo dell'intervento del giudice e non si svolga uno scrutinio in relazione a profili ulteriori rispetto a quelli che emergono dal provvedimento impugnato, anche in ossequio al principio della domanda. Altro discorso riguarda l'impiego di questa disposizione in relazione al problema del carattere più o meno assorbente del vizio di incompetenza.

6. Il trattamento processuale del vizio di incompetenza.

L'incompetenza è tema evidentemente centrale ai nostri fini: in essa si intersecano la dimensione oggettiva dell'organizzazione, l'elemento soggettivo dell'attività, il parametro di validità degli atti, la misura di garanzia degli amministratori⁶⁹.

Questo almeno dal momento in cui, a partire dal De Valles, si opera una netta inversione dei termini perché la logica non è più quella per cui la garanzia sorge in relazione alla violazione di una regola normativa di organizzazione, ma sono le esigenze legate alla tutela degli interessi che fondano il modello organizzativo e le conseguenti garanzie. Tale impostazione resterà dominante, anche se darà luogo a sviluppi diversi: dalla teoria dell'amministrazione oggettivata di Berti⁷⁰, che assorbe l'attività nell'organizzazione, alla concezione di Nigro sulla funzione organizzatrice come funzione di indirizzo⁷¹, che torna a distinguere il momento organizzativo come preliminare rispetto a quello dell'attività.

Come è noto, nel nostro ordinamento è stato ancora una volta il sistema di tutela a determinare le nozioni di diritto sostanziale, ed è stato il carattere peculiare della giurisdizione amministrativa a delineare gli stati di invalidità degli atti sotto il segno dell'interesse pubblico anziché di quello privato. È stato questo il profilo essenziale che ha distinto il nostro da altri

⁶⁹ A. PIOGGIA, *La competenza amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2001, *Premessa*, I, ove pure una precisa avvertenza metodologica circa la relatività del tema in questione, collegato alla dinamicità del sistema amministrativo.

⁷⁰ G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., *passim*.

⁷¹ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice dell'amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966.

ordinamenti (come quello tedesco e quello spagnolo), in cui la prospettiva è rovesciata. È qui che, anche nel nostro ordinamento, si determina in tempi recenti una crisi del vizio di incompetenza in una duplice direzione: la tendenza ad ancorare la tutela ai suoi presupposti sostanziali e la minore rigidità nell'identificazione delle fonti la cui violazione dà luogo all'impugnabilità⁷².

Sennonché, al netto del problema relativo alla privatizzazione del pubblico impiego, anche tale crisi oggi è in discussione: l'ondata neo-oggettivista nel processo sembra riscontrarsi pure nel trattamento rafforzato del vizio di incompetenza.

Si segnala, innanzi tutto, una certa interpretazione giurisprudenziale, seppure non univoca, secondo cui il vizio di incompetenza ha natura sostanziale, non risultando pertanto opponibile la regola della sanatoria dei vizi formali o procedurali prevista per i provvedimenti vincolati dall'art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990⁷³.

Ma vi è di più.

Secondo la nota Ad. Plen. n. 5/2015, anche nel caso di espressa graduazione dei motivi di ricorso, il vincolo della parte non può valere in caso di vizio di incompetenza. In tal senso il Supremo collegio, reputando l'art. 34, comma 2, c.p.a. espressione del principio costituzionale di separazione dei poteri, dà a quest'ultima disposizione una lettura "soggettiva", ritenendo, anche a garanzia del principio di integrità del contraddittorio altrimenti leso, che il riferimento contenuto nella norma sia anche ai poteri non esercitati dall'autorità competente. Anzi, i giudici percorrono fino in fondo tale strada, arrivando ad assimilare al vizio di incompetenza anche i casi in cui sia stata dedotta la mancanza dell'autorità competente in fasi precedenti all'emanazione del provvedimento finale (es. mancanza di proposta vincolante prevista *ex lege* come indefettibile; carenza di parere obbligatorio).

In questa pronuncia l'Adunanza plenaria, dopo aver preso le mosse dalla centralità del processo di parti e dal principio della domanda: 1) per un lato limita la domanda stessa nel perimetro del provvedimento, definendola attraverso quest'ultimo e non per ragione dei motivi proposti, con una depotenziazione evidente dell'effetto conformativo e la totale pretermissione della disciplina

⁷² A. ORSI BATTAGLINI, *Recensione ad A. PIOGLIA, La competenza amministrativa*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 366.

⁷³ Tar Lazio, sez. III, n. 8220/2015, Tar Puglia, Lecce, sez. I, n. 1536/2016. In dottrina *contra* G. SORRENTINO, *Vizio di incompetenza e processo amministrativo di risultato*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 62 ss.

del cumulo di domande come strumento di soluzione della questione; *ii*) per altro lato, così identificata la domanda, rende del tutto astratto — e per larghi tratti, inutile — l'esercizio della graduazione, giacché essa corre tra provvedimenti e non tra mezzi di impugnazione di un provvedimento, sicché l'ordine sarà definito dalla relazione tra decisioni dell'autorità nel diritto sostanziale e non dalla parte; *ii*) per altro ancora, travolge ogni graduazione a favore dell'annullamento per incompetenza, luogo di massima cura della legalità e di minimo riguardo per la protezione delle posizioni sostanziali per le quali si domanda tutela⁷⁴.

Orbene, sul punto si potrebbe dubitare di una serie di passaggi argomentativi: a) della effettiva conformità di tale tesi all'art. 34, co. 2, c.p.a.⁷⁵; b) del fatto che in tal modo sfumano le differenze tra incompetenza assoluta e relativa; c) della iperprotezione del vizio di incompetenza, che innesca un processo volto soprattutto a tutela della legalità oggettiva più che dell'interesse delle parti; d) del fatto, connesso al precedente, che la domanda non è qualificata dalla funzione del giudizio di assicurare protezione alle posizioni soggettive sostanziali, ma dal provvedimento al cui annullamento aspiri⁷⁶.

In ogni caso, anche coloro che hanno ritenuto tali aspetti superabili, sono stati invece concordi nel ritenere che due delle tre argomentazioni ulteriori addotte dalla Plenaria a sostegno della sua tesi fossero incongrue⁷⁷.

Il riferimento è alla tesi dell'inderogabilità dell'ordine legale di attribuzioni e competenze (art. 97 Cost.) e al richiamo al principio di separazione dei poteri e riserva di amministrazione.

Orbene, si è osservato come queste due giustificazioni siano particolarmente deboli. Quanto alla riserva di amministrazione, esso non è un principio costituzionalizzato (es. leggi provvedimento)⁷⁸, e inoltre ci sono varie eccezioni a tali principi, a tutela di una maggiore effettività

⁷⁴ Cfr. L.R. PERFETTI, G. TROPEA, "Heart of darkness": l'Adunanza Plenaria tra ordine di esame ed assorbimento dei motivi, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 273.

⁷⁵ M. TRIMARCHI, *Full jurisdiction e limite dei poteri non ancora esercitati*. Brevi note, cit., 329.

⁷⁶ L.R. PERFETTI, G. TROPEA, "Heart of darkness": l'Adunanza Plenaria tra ordine di esame ed assorbimento dei motivi, cit., 272.

⁷⁷ Cfr. L. BERTONAZZI, *Il trattamento processuale dell'incompetenza e dei vizi ad essa assimilati*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 1/2018, 17 ss.

⁷⁸ Sul tema, fortemente critico, L.R. PERFETTI, *Legge-provvedimento, emergenza e giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 1021 ss.

(es. azione di adempimento; full jurisdiction)⁷⁹. La stessa Plenaria non sembra dare tutta questa centralità all'inderogabilità dell'ordine legale delle attribuzioni, ove “suggerisce” al ricorrente di omettere la deduzione del vizio di incompetenza.

Più solido sarebbe, invece, il richiamo alla tutela del contraddittorio, a sua volta volto a scongiurare una lesione del diritto di difesa delle parti⁸⁰. Proprio qui potrebbe entrare in gioco l'integrazione del contraddittorio con altri enti su ordine del giudice, possibilmente su richiesta di parte, ai sensi dell'art. 28, co. 3, c.p.a.

Sul punto potrebbero svolgersi alcune osservazioni di replica.

Si potrebbe da un canto ritenere che l'obiezione richiami un caso essenzialmente “di scuola”, poiché in genere la violazione del diritto di difesa non sussiste in quanto l'amministrazione tenuta a dare esecuzione alle regole di condotta individuate in sentenza non è un soggetto diverso da quella che è stata parte del giudizio in cui è stata accertata l'incompetenza, poiché questo vizio attiene a rapporti interorganici e non intersoggettivi⁸¹.

D'altra parte, pur a voler prescindere da tale obiezione, valorizzando l'art. 27, co. 2, c.p.a., in combinato disposto con l'art. 49 c.p.a., e il rapporto di *genus a speciem* sussistente tra nel c.p.a. tra litisconsorti passivi necessari e controinteressati in senso tecnico, anche sulla base di una lettura costituzionalmente (art. 24 Cost.) e convenzionalmente (art. 6 Cedu) orientata, non vi sarebbero più tipologie di vizi sottratte alla graduazione del ricorrente, con ciò che ne conseguirebbe in termini di *full jurisdiction*, stabilità di un giudicato volto a garantire finalmente la pretesa della parte, conciliando tutela piena dell'interesse pubblico, anche in giudizio, e giudizio soggettivo e di parti.

Stesso discorso potrebbe farsi con riguardo ai rapporti fra giurisdizione e amministrazione all'indomani della sentenza *Lombardi*, che come detto valorizza molto l'autotutela eventuale della stazione appaltante. Pare dunque che, anche per evitare la moltiplicazione di contenzioso che ne deriverebbe, in una materia che tende a rifuggerlo come quella degli appalti pubblici, si potrebbe valorizzare proprio l'istituto dell'intervento *iussu iudicis* (art. 28, comma 3, c.p.a.). Il giudice potrebbe, in buona sostanza, integrare il contraddittorio con le altre imprese non toccate dalle

⁷⁹ Su questi temi v., da ultimo, A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento*, Torino, Giappichelli, 2020.

⁸⁰ L. BERTONAZZI, *Il trattamento processuale dell'incompetenza e dei vizi ad essa assimilati*, cit., 24.

⁸¹ M. TRIMARCHI, *Full jurisdiction e limite dei poteri non ancora esercitati. Brevi note*, cit., 330.

censure incrociate, al fine di verificare la sussistenza di cause di esclusione relative anche ad esse, e disporre così eventualmente l'annullamento della gara.

Attraverso l'istituto dell'intervento *inssu iudicis*, particolarmente negletto nel processo amministrativo, il giudice finirebbe per divenire una sorta di “responsabile del procedimento processuale”, attestando così il definitivo superamento di ogni confine tra procedimento e processo, e quella che forse è la meno percepita, ma forse più autentica, natura oggettiva del giudizio sul rapporto, ben lungi dall'edulcorata visione soggettiva e di parti che la maggioritaria dottrina *mainstream* è portata tuttora ad attribuirgli.

7. Riduzione della sfera pubblica e tutela: da dove iniziare?

I rapporti tra organizzazione e tutela, accantonate le questioni sinora considerate, possono essere esaminati sotto due residui punti di vista.

Il primo, più tradizionale, è quello che parte dal diritto sostanziale e considera l'impatto delle riforme sul piano organizzativo sul tema delle tutele. Particolarmente oggetto di dibattito negli ultimi anni, in questo senso, è stato il tema dell'impatto delle semplificazioni e delle liberalizzazioni sulla tutela dei terzi.

Se nella logica della sovranità della persona «*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*»⁸², con ciò che ne consegue sulla forte ripermetrazione in chiave riduttiva della soggettività pubblica, ciò comporta una serie di questioni sul fronte della tutela.

Sorte non troppo diversa, sul piano delle tutele, presenta quella ridiscussione delle categorie riflessa da un approccio scettico e decostruzionista sulla imperatività del provvedimento, che emerge da un noto saggio di qualche anno fa⁸³: sia il comma 1-*bis* dell'art. 1 l. n. 241/1990, che la

⁸² L.R. PERFETTI, *Organizzazione amministrativa e sovranità popolare. L'organizzazione pubblica come problema teorico, dogmatico e politico*, cit., 32.

⁸³ B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Padova, Cedam, 2000.

progressiva trasformazione del giudizio dall'atto al rapporto controverso, per non parlare della vita breve della ricostruzione di Corte cost. n. 204/2004 sulla nozione di autoritatività fondante il sistema di riparto (oggi superata dall'art. 7 c.p.a.), confermerebbero che il concetto di imperatività non è più in grado di rappresentare lo stato complesso del diritto amministrativo presente, anche alla luce del fatto che lo schema del diritto potestativo stragiudiziale accomuna ogni atto esercizio di potere, e che spesso i poteri privati sono ben più insidiosi di quelli pubblici.

Senonché tali impostazioni, nelle loro ricadute in punto di tutela, presentano persistenti problemi⁸⁴, aggravati dalla ancora controversa individuazione dell'interesse pubblico dell'amministrazione che ricorre a strumenti di diritto privato⁸⁵.

Si pensi alla riserva della tutela dei terzi avverso gli accordi *ex art. 11 l. n. 241/1990* (per superare il principio civilistico della *res inter alios acta*) all'impugnazione di una "determinazione" preliminare, che però da un lato non presenta i caratteri della diretta lesività, dall'altro potrebbe non determinare integralmente il contenuto dell'accordo, così accedendo a un modello di tipicità "debole" e alterando i connotati tradizionali del processo all'atto. Oppure al sindacato sugli atti nel pubblico impiego. O, ancora, alla tutela dei terzi di fronte alle liberalizzazioni: nel caso emblematico della S.C.I.A., alla posizione pan-civilistica sulla tutela si è opposta quella pan-pubblicistica che vede al centro il terzo, fino alla "resa" della Consulta che ha ritenuto non alterabile il quadro normativo relativo ai termini di intervento inibitorio o repressivo dell'amministrazione, ferma restando la tutela risarcitoria e quella civilistica, e ha quasi auspicato una ulteriore riforma legislativa a tutela del terzo. Si consideri, sempre a titolo esemplificativo, il delicato settore della contrattualistica pubblica e la posizione dell'amministrazione mai completamente rapportabile a quella del privato, specie con riguardo alle norme relative alla fase dell'esecuzione del contratto⁸⁶; oppure alla tutela nell'ambito

⁸⁴ Cfr., *amplius*, G. TROPEA, *Imperatività, consenso e garanzie nell'attività di regolazione*, in *Dir. amm.*, 2020, spec. 387 ss., anche per più dettagliati riferimenti giurisprudenziali e bibliografici.

⁸⁵ Superfluo a questo punto notare come, adottando la coerente e suggestiva proposta ricostruttiva in questa sede descritta, l'interesse pubblico vada declinato nel perimetro dei doveri pubblici di cui la Costituzione grava l'amministrazione e nella massimizzazione del godimento dei diritti della persona, e ciò anche ove l'amministrazione agisca attraverso metodi privatistici, senza alterazioni giudiziali che sfigurino (come è spesso accaduto in passato) tale regime. Cfr. L.R. PERFETTI, *Oltre il teorema della scimmia instancabile. Ipotesi per una dogmatica dell'interesse pubblico nell'attività di diritto privato dell'amministrazione pubblica partendo dai contributi di Vincenzo Cerulli Irelli*, in corso di pubblicazione negli *Studi in onore di V. Cerulli Irelli*.

⁸⁶ A. GIANNELLI, *Esecuzione e rinegoziazione degli appalti pubblici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012.

dei servizi pubblici, sulla quale tornerò, ove resta attuale l'esigenza di un ampliamento dei poteri del giudice nei riguardi della cd. "discrezionalità organizzativa" e una maggiore coordinazione tra g.a. e g.o. (criticità purtroppo non completamente risolte né dalla cd. *class action* pubblica, né dai persistenti incerti criteri di riparto in materia).

D'altra parte, il tema dei collegamenti fra organizzazione e sistema delle tutele può essere visto partendo da una prospettiva inversa, che parta dalla tutela e arrivi al piano della organizzazione e delle funzioni.

Esso infatti implica l'assunzione di un punto di vista che consideri non semplicemente l'elemento tradizionale della tutela dei privati, ma si spinga a inquadrare il sindacato giurisdizionale come più generale strategia volta a ridurre il rischio di deviazioni e inefficienze nella fase di attuazione delle leggi. In buona sostanza il giudice non sarebbe chiamato esclusivamente a tutelare gli interessi giuridicamente protetti dei cittadini, ma anche a verificare i meccanismi predisposti dal diritto amministrativo per assicurare la corretta attuazione della legge, compresi quelli di tipo organizzativo⁸⁷.

In questo senso si torna di fatto alla logica di tipo marginalista o neo-liberale. È stato detto che: «a fronte della inattuazione del programma normativo di riduzione della sfera del potere, l'unica via attualmente praticabile per la conquista della libertà dei moderni appare allora quella decentrata, anonima e diffusa, della fuga dalle procedure attraverso l'esercizio della semplice azione risarcitoria. Così come in un sistema di libero mercato i prezzi rappresentano i principali indici di valutazione dei beni da parte dei consumatori, si può immaginare che, in una analoga condizione di apertura, libertà e piena concorrenzialità del mercato delle tutele esperibili verso una amministrazione non più considerata come potere indefettibile dell'ordinamento, l'azione di danni costituisca un importante segnale del livello di soddisfazione che i soggetti interessati all'esercizio del potere medesimo esprimono in ordine al modo in cui sono stati presi in considerazione e trattati nel corso delle procedure»⁸⁸.

Tale impostazione implica che l'estensione della responsabilità dell'amministrazione non rilievi solo come momento di espansione della tutela per il privato, ma anche come corretto incentivo alla riduzione (se non eliminazione radicale, sul piano delle riforme dell'amministrazione)

⁸⁷ G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, cit., 274.

⁸⁸ G.D. COMPORI, *Amministrazione e cittadino*, cit., 52.

dei «costi degli incidenti pubblici»⁸⁹. Si tratta, del resto, di una modalità di approcciare il fenomeno organizzativo in linea con quella di chi evidenzia come l'approfondimento delle tematiche organizzative possa attingere alla ricca letteratura che investiga fenomeni di opportunismo e asimmetria informativa⁹⁰.

Invero, anche su tale profilo il dibattito resta aperto.

Prima di tutto sul piano teorico-generale: basti pensare a coloro che, pur partendo dai medesimi presupposti neoliberali circa la “riduzione della sfera pubblica”, effettuano poi una “apologia del diritto amministrativo e del suo giudice”, guardando con rinnovato favore alla tradizionale tutela di stampo costitutivo⁹¹.

La persistente incertezza del dibattito è ben riflessa dalla questione dei rapporti tra tutela di annullamento e tutela risarcitoria, oggi ravvivata dal d.l. n. 76/2020, che estende l'applicazione del comma 3 dell'art. 125 c.p.a. a tutte le procedure soprasoglia svoltesi in forma negoziata (anziché secondo le ordinarie procedure di gara) per ragioni di urgenza derivanti dalla crisi sanitaria o dal periodo di sospensione delle attività amministrative disposto per fronteggiare la crisi medesima. Per questa via, in buona sostanza, si dispone che per tali (eccezionali) procedure valga il regime processuale ordinariamente previsto per le infrastrutture strategiche, e dunque l'annullamento dell'aggiudicazione disposto in sede giurisdizionale non comporti la caducazione del contratto⁹².

A tale disposizione sono state rivolte critiche sul piano dell'opportunità, come quella che evidenzia come il rito processuale in materia di appalti sia già contrassegnato da particolari doti di speditezza, tali da contenere la durata del giudizio estremamente contenuto ovvero quella che chiama in causa l'identità del giudice amministrativo: quest'ultima, secondo la prospettiva in questione, sarebbe in qualche misura depauperata dalla transitoria regola della non caducazione del contratto all'esito della pronuncia di annullamento. Si sono anche registrate obiezioni sul piano

⁸⁹ G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, cit., 309.

⁹⁰ M. CAFAGNO, *Risorse decisionali e amministrazione difensiva. Il caso delle procedure contrattuali*, in *Dir. amm.*, 2020, 36.

⁹¹ Si è cercato così, evidentemente per difetto, di sintetizzare la suggestiva parabola di pensiero di M. MAZZAMUTO, da *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, Giappichelli, 2000, a *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008.

⁹² Si v. sul tema, se si vuole, G. TROPEA, A. GIANNELLI, *L'emergenza pandemica e i contratti pubblici: una “semplificazione” in chiaroscuro, tra misure temporanee e prospettive di riforma strutturale*, in *Munus*, n. 2/2020, 277 ss.

strettamente giuridico, che chiamano in causa la compatibilità della surriferita disposizione con la carta costituzionale e con le previsioni europee in tema di appalti.

Ma già con riferimento alla norma progenitrice di tale recente riforma, ovvero all'art. 14 d.lgs. n. 190/2002 relativo alle infrastrutture strategiche, si è osservato che l'interesse alla rapida realizzazione dell'opera pubblica non sempre ha un valore economico superiore al costo del risarcimento per equivalente spettante all'impresa illegittimamente pretermessa⁹³.

Peraltro, quanto al danno ritardo, considerato in quest'ottica come modello per rivedere l'organizzazione amministrativa sulla base di quelli che sono i *claims* dei cittadini danneggiati dal ritardo dell'amministrazione, nel senso di eliminare o ridurre o accorpate quelle funzioni che finiscono per manifestare più frequenti disfunzioni, anche sul punto occorre riflettere.

Il tema del silenzio, in effetti, è particolarmente emblematico.

Le riforme degli ultimi anni, infatti, sono tornate ad affrontare sul piano sostanziale e organizzativo la tutela delle posizioni soggettive pregiudicate dall'inerzia, si pensi al potere sostitutivo e alla responsabilità disciplinare⁹⁴. Si pensi, inoltre, alla fortunata tesi⁹⁵ che, inserendosi nel quadro dei rapporti fra procedimento e processo, ha preconizzato l'intervento del legislatore del 2012 sull'art. 2 l. n. 241/1990 in tema di obbligo di provvedere su domande inammissibili o manifestamente infondate, dando il via al rifiorire degli studi in materia⁹⁶.

Tuttavia non è detto che un trend di rafforzamento delle tutele su questo fronte possa far conseguire i risultati sperati, se non recuperando proprio quella logica oggettiva che come stiamo vedendo fa sempre capolino quando si affrontano le intersezioni fra organizzazione amministrativa e tutela giurisdizionale.

Si pensi al problema della convivenza nel nostro ordinamento fra danno e indennizzo da ritardo. Si è osservato come l'ordinamento nel caso di specie abbia previsto un caso di indennizzo relativo a una condotta antigiuridica dell'amministrazione, che, salvo a non inquadrarlo in chiave

⁹³ G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, cit., 314.

⁹⁴ Cfr. S. VILLAMENA, *Inerzia amministrativa e nuove forme di tutela. Profili organizzativi e sostanziali*, Torino, Giappichelli, 2020.

⁹⁵ M. MONTEDURO, *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande "inammissibili o manifestamente infondate"*, in *Dir. amm.*, 2010, 103 ss.

⁹⁶ S. VERNILE, *Il provvedimento amministrativo in forma semplificata*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017; N. POSTERARO, *Domande manifestamente inaccoglibili e dovere di provvedere*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

spiccatamente oggettivo-sanzionatoria, sconta una serie di perplessità nella convivenza tra indennizzo e risarcimento, bene espressa da quella giurisprudenza che, in un'ottica "riduzionista", nega la risarcibilità del danno da mero ritardo argomentando sul fatto che per il privato che non possa dimostrare la spettanza del provvedimento favorevole l'ordinamento avrebbe predisposto, come ristoro onnicomprensivo, l'indennizzo automatico di cui al co. 1 *bis* dell'art. 2 bis della legge generale sul procedimento (in disparte della perdurante inattuazione della norma da ultimo citata). Sicché la presenza di due strumenti che, in tesi, dovrebbero condividere la natura riparatoria (indennizzo e risarcimento) ha determinato, grazie ad una giurisprudenza non particolarmente sensibile agli obiettivi di piena ristorabilità dei pregiudizi arrecati dalle amministrazioni, un tangibile arretramento del sistema delle tutele.

Una possibile via d'uscita dal punto di vista sistematico è prospettare la natura sanzionatoria e non riparatoria dell'indennizzo in questione⁹⁷, ma così ritorniamo sulla prospettiva oggettivistica che – come sinora detto – è sempre latente in ogni tentativo volto a declinare l'obiettivizzazione organizzativa, se non il definitivo superamento del dogma autoritativo derivante dalla centralità della persona, sul piano delle forme di tutela.

8. Poteri del giudice e organizzazione: alla ricerca della "giusta" tutela.

Si accennava sopra alla delicata questione dei poteri del giudice in relazione alle scelte di tipo organizzativo dell'amministrazione.

Il tema è legato a quello relativo alle possibilità di partecipazione dei cittadini alle scelte amministrative di tipo organizzativo, le quali molto spesso pongono le premesse concrete per l'effettivo godimento dei diritti sociali. In tal senso, è stato tradizionalmente trattato nella prospettiva della (in)giustiziabilità delle scelte in questione⁹⁸: in un sistema di tutela incardinato sul

⁹⁷ Cfr. A. GIANNELLI, *Indennizzi da attività illecita delle pubbliche amministrazioni: una nuova "rete di contenimento"?*, in *Dir. soc.*, 2020, 509.

⁹⁸ Anche nel dibattito della rivista ve ne è traccia. Cfr. C. ACOCELLA, *Riflessioni in tema di accesso alla tutela giurisdizionale dei diritti sociali*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 2/2019, 165 ss.

presupposto della personalità della lesione è chiaro che la sindacabilità delle scelte di organizzazione non ha potuto trovare un significativo spazio.

In tale quadro una certa linea metodologica che si fonda sull'impiego delle categorie derivanti dalle scienze comportamentali, suggerisce di prevenire il tema della tutela giurisdizionale partendo dalla effettività, già sul piano sostanziale, della regolazione. Tale approccio implica l'abbandono della tradizionale cultura "legalistica", e un maggiore coinvolgimento dell'amministrazione – sempre più flessibile – nel disegno delle funzioni e delle procedure, con metodo multidisciplinare, tarato sulle caratteristiche dei destinatari, e in modo che resistano in modo quanto più possibile saldo al sindacato giurisdizionale. Un'amministrazione "effettiva", insomma, risulta indispensabile per l'effettività del diritto⁹⁹.

L'introduzione della *class action*, non a caso non particolarmente investigata dagli studi urbinati qui passati in rassegna¹⁰⁰, non ha rappresentato un punto di svolta, anche al netto dei limiti intrinseci di tale azione sia sul fronte della tutela risarcitoria, sia su quello relativo ai limiti di essa rispetto a nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica: attraverso essa, infatti, vengono rese giustiziabili le omissioni di atti generali, ma non il contenuto intrinseco di atti organizzativi puntualmente adottati. Ciò, ovviamente, sulla scorta di una autentica presunzione, quella per cui gli atti in questione di per sé non sarebbero idonei, in quanto tali, a cagionare una lesione immediata e diretta nella sfera giuridica dei potenziali ricorrenti. Si può, ovviamente, discutere sulla coerenza di un sistema di questo tipo, che consente apertamente la sottoposizione al sindacato dell'omesso esercizio del potere organizzativo ma non del "cattivo" esercizio del potere medesimo, come se solo la prima ipotesi fosse in grado di riverberarsi negativamente sull'effettività dei diritti sociali. Ancora più a monte si potrebbe ragionare sul problema della concreta esigibilità dei diritti sociali, rispetto al quale la dottrina costituzionalistica non ha mancato – da tempo¹⁰¹ – di levare un grido di allarme, sollecitando al contempo il ruolo attivo della giurisprudenza, in primis di quella costituzionale.

⁹⁹ M. DE BENEDETTO, N. RANGONE, *La questione amministrativa dell'effettività: regole, decisioni e fatti*, in *Dir. pubbl.*, 2109, 747 ss.

¹⁰⁰ Qualche accenno in si trova in A. CARBONE, *Pienezza della tutela e modelli processuali differenziati*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 2/2019, 127 ss. e in G. LEONE, *Legittimazione ed interesse ad agire ad agire tra giurisdizione soggettiva e oggettiva del giudice amministrativo*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 2/2019, 73 ss.

¹⁰¹ Cfr., per tutti, C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, Torino, Giappichelli, 2000; più di recente ID., *Crisi economica e diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, n. 4/2013.

Il profilo importante, nella riflessione in corso, risiede tuttavia altrove, e precisamente nelle interferenze tra il tema della giustiziabilità e quello della partecipazione. Il fatto che l'odierno sistema di tutela non offra agevoli percorsi di giustiziabilità dei cd. diritti di organizzazione¹⁰² ha sortito, come effetto indiretto, la collocazione del (diverso) tema della partecipazione (alle scelte di organizzazione) in una sorta di persistente cono d'ombra.

In concreto, il problema della tutela giurisdizionale (difficile, se non addirittura preclusa) rispetto alle scelte di organizzazione ha travolto quello della partecipazione. Ciò, ancora una volta, sulla scorta della visione para-giurisdizionale del procedimento avversata da autori come Giorgio Pastori: fintantoché nel procedimento si è vista una sorta di piccola "anticamera" del processo si è giocoforza affermata l'idea per cui laddove il processo non potesse esservi (il riferimento è sempre al sindacato sulle scelte di organizzazione prive di effetti diretti) la partecipazione al procedimento fosse strutturalmente priva di ragion d'essere. In sintesi: il fatto che l'ordinamento non consenta (o comunque non consenta ancora) percorsi di accesso diretto alla tutela rispetto alle scelte di organizzazione prive di effetti diretti è un dato che non dovrebbe interferire con il diverso profilo dell'interesse dei consociati a prendere parte al processo di assunzione delle decisioni in questione.

Ma tale considerazione lascia insoddisfatti coloro che si interrogano sul tema specifico della tutela.

Sul punto si deve osservare che, nei rari casi in cui l'impegno della *class action* ha portato a importanti effetti nei rapporti tra sovranità della persona e organizzazione, l'"ordinaria violenza" della decisione amministrativa, che negli ultimi anni si è manifestata soprattutto nel campo delle politiche migratorie¹⁰³, ha di fatto azzerato tali acquisizioni. Si pensi, fra i tanti, all'emblematico esempio fornito dal deprecabile fenomeno dei ritardi in materia di conclusione del procedimento di concessione della cittadinanza. Sul punto, se da un canto proprio la *class action* pubblica ha consentito un ampliamento della tutela proprio in tema di ritardo dell'amministrazione nel perfezionamento dei procedimenti di concessione della cittadinanza¹⁰⁴, successivamente il d.l. n.

¹⁰² Cfr. R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali* (1994), trad. it., 2012, Bologna, Il Mulino, 500.

¹⁰³ PERFETTI L.R., *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello Stato di diritto*, in *P.A. Persona e amministrazione*, n. 1/2017. *Amplius*, con ampi svolgimenti e aggiornamenti all'emergenza pandemica, ID., *Il governo dell'arbitrio. Riflessione sulla sovranità popolare durante la XVII legislatura repubblicana*, Soveria Mannelli, 2020.

¹⁰⁴ Cfr. TAR Lazio, Roma, sez. II-quater, 6 settembre 2013, n. 8154 e 26 febbraio 2014, n. 2257.

113/2018 ha esteso a 48 mesi (rispetto ai 24 precedenti) il termine per la conclusione del procedimento per il riconoscimento della cittadinanza italiana per matrimonio e per residenza.

La strada da percorrere, allora, è probabilmente un'altra.

Anche la pandemia¹⁰⁵, e tutti i sacrifici che essa ha implicato sui diritti e sulle libertà delle persone, dovrebbe determinare un ripensamento sui confini che talvolta impoveriscono il dibattito giuridico, ad esempio quello tra organizzazione e attività ma anche, e forse ormai soprattutto, tra libertà civili e diritti sociali¹⁰⁶.

In questo quadro gli spunti per ripensare sulla opportunità di un approccio “olistico”, anche in tema di libertà personali, sono chiari. Quello più diretto è connesso alla (discussa) decisioni di ripartire il territorio nazionale in “zone cromatiche”, a ciascuna delle quali si accompagna un diverso grado di restrizione delle libertà individuali funzionale a limitare il propagarsi del virus. Il profilo che qui più interessa sta nel fatto che la connotazione cromatica, e quindi il grado di compressione delle libertà individuali, non è diretta ed esclusiva conseguenza del tasso di diffusione del virus, ma risente anche in modo rilevante della presenza sul territorio di strutture sanitarie in grado di fronteggiare le esigenze di cura e dunque, in sostanza, della effettività del diritto dei cittadini presenti in un determinato territorio del diritto alle prestazioni sanitarie.

Si realizza, in tal modo, un inconsueto “circuito di collegamento” tra organizzazione amministrativa, diritti sociali e libertà individuali, le quali rappresentano il “terminale” su cui si ripercuotono scelte di organizzazione più o meno efficienti. Il dibattito sui temi di organizzazione merita, dunque, di essere condotto non solo nella prospettiva del “chi fa cosa”, ma anche per permettere che l'organizzazione sia intesa come cerniera tra diritti sociali e diritti di libertà e non solo come il terreno entro il quale si consuma un conflitto ideologico (elegantemente dai noi giuristi ribattezzato “bilanciamento”)¹⁰⁷ tra i suddetti diritti.

Nei messaggi che in questi mesi di pandemia le autorità hanno rivolto alla popolazione per invitare al rispetto delle regole di profilassi, la rinuncia all'esercizio (di alcune) delle libertà

¹⁰⁵ La Rivista *P.A. Persona e amministrazione* ha iniziato a riflettere sulla tematica nel n. 2/2020.

¹⁰⁶ Quasi ultroneo il richiamo al noto saggio di S. HOLMES, C.R. SUNSTEIN, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, trad. it., Bologna, Il Mulino, 2000.

¹⁰⁷ Si v. il sempre attuale noto saggio di R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffè, 1992.

individuali è stata presentata come sacrificio necessario per garantire il diritto alla salute. C'è un indubbio nucleo di verità in questa immagine. Per un giurista, tuttavia, lo sforzo deve essere quello di allargare questa visione in qualche modo binaria, anche per evitare le secche della retorica e dell'angusto disincanto. Non è possibile limitarsi ad osservare che l'effettività dei diritti sociali implica una parziale rinuncia alle libertà: ragionando in questi termini si rischia di riportare il dibattito alla vetusta alternativa tra liberismo e welfare state, senza dubbio inadeguata a guidare le scelte di politica del diritto in una fase di emergenza come quella in corso. La pandemia ci ha svelato uno scenario molto più complesso, in cui i problemi di organizzazione diventano questioni di libertà, oltre che, come già sapevamo, di accesso alle prestazioni sociali. Anche per questo andrebbero seriamente valutate le prospettive di ampliamento di vie di accesso diretto alla tutela giurisdizionale rispetto alle scelte di organizzazione.

È qui certamente la riflessione svolta negli ultimi anni nei convegni di Urbino, e sulla Rivista *Persona e Amministrazione*, può essere preziosa.

Va in definitiva ripensato il tema centrale della discrezionalità amministrativa, sottraendo tale antica categoria giuridica dal persistente spazio della “pura” decisione e ricostruendo il sistema dei poteri pubblici come funzionale al godimento dei diritti individuali e l'interesse pubblico come funzionale alla massimizzazione del loro godimento¹⁰⁸.

Tale indicazione metodologica si salda a un pensiero non del tutto nuovo, non a caso giustamente ricordato ancora sulle pagine della rivista *Persona e Amministrazione*¹⁰⁹.

Mi riferisco alla suggestiva nozione di “discrezionalità organizzativa” coniata da Domenico Sorace¹¹⁰, intesa come 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*»¹¹¹. L'idea, tanto semplice quanto rivoluzionaria, è quella di trovare nel primato costituzionale dei diritti inviolabili della persona umana corrispondenti doveri

¹⁰⁸ PERFETTI L.R., *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello Stato di diritto*, in P.A., *Persona e amministrazione*, cit., *passim*; ID., *Organizzazione amministrativa e sovranità popolare. L'organizzazione pubblica come problema teorico, dogmatico e politico*, cit., *passim*.

¹⁰⁹ Da M. MONTEDURO, *L'organizzazione amministrativa: riflessioni sul pensiero di Domenico Sorace*, cit., 562. Un cenno anche in G. TROPEA, *Imperatività, consenso e garanzie nell'attività di regolazione*, cit., 388.

¹¹⁰ D. SORACE, *Gli interessi di servizio pubblico tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, in *Foro. It.*, 1988, V, 205 ss.

¹¹¹ M. MONTEDURO, *L'organizzazione amministrativa: riflessioni sul pensiero di Domenico Sorace*, cit., 563.

inderogabili di organizzazione amministrativa¹¹². Doveri, in questo senso, giustiziabili, nella misura in cui «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»¹¹³.

9. Conclusioni.

Tirando le fila del discorso, si può rilevare, in prima battuta, la tendenziale ineluttabilità di un legame di fondo tra organizzazione e oggettivizzazione del processo.

Evidentemente si tratta di un discorso che va alle radici della nostra disciplina, in un contesto in cui l'agire legale corrispondeva all'agire efficiente¹¹⁴.

Tanto è cambiato, evidentemente, come sta a dimostrare la parabola della cd. amministrazione di risultato¹¹⁵, oppure la vicenda emblematica della dequotazione dei vizi formali.

Il tema della competenza amministrativa esprime bene tali trasformazioni. Dalla logica per cui la garanzia sorge in relazione alla violazione di una regola normativa di organizzazione si è passati, negli ultimi venti anni, ad una rinnovata tendenza ad ancorare la tutela ai suoi presupposti sostanziali e ad una minore rigidità nell'identificazione delle fonti la cui violazione dà luogo all'impugnabilità. Senonché negli ultimi tempi il pendolo pare oscillare verso una rinnovata rilevanza oggettivistica della figura: si pensi alla questione dell'esame dell'ordine dei motivi di ricorso, pur nel contesto di un giudizio che si vorrebbe integralmente sostanziale e sul rapporto controverso.

¹¹² Per un ulteriore affinamento cfr. M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva*, in *P.A., Persona e amministrazione*, n. 2/2020, 523 ss.

¹¹³ M. MONTEDURO, *L'organizzazione amministrativa: riflessioni sul pensiero di Domenico Sorace*, cit., 563.

¹¹⁴ Cfr., con la consueta limpidezza, A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula «amministrazione per risultati»*, in *Scritti in onore di E. Casetta*, Napoli, Jovene, 2001, II, 822.

¹¹⁵ Anche sul tema dell'efficienza il gruppo urbinato ha avuto modo di soffermarsi, inquadrando tale principio a partire dalla sovranità della persona, e quindi configurandolo come misura di massimizzazione dei diritti delle persone. Cfr. D. VESE, *Sull'efficienza amministrativa in senso giuridico*, Padova, Cedam, 2018.

Anche per una serie di equivoci che continuano ad addensarsi attorno a quest'ultima perplessa locuzione, mi pare che le più attuali tendenze in tema di "amministrazioni per fini pubblici" ben compendiate negli eventi urbinati degli ultimi anni e leggibili sulle pagine della rivista *Persona e amministrazione*, contengano una serie di spunti che finiscono per confermare, sublimandola in chiave costituzionalmente orientata e centralizzata sulla sovranità della persona e sul principio di sussidiarietà orizzontale, questa *nouvelle vague* dell'oggettivizzazione del processo amministrativo.

Gli ambiti considerati in questa sede appaiono paradigmatici: la prospettazione di una nuova legittimazione *uti civis*, il passaggio dalla processualizzazione del procedimento alla procedimentalizzazione del processo, il tema della *full jurisdiction*, il problema della giustiziabilità delle scelte organizzative, il rinnovato rilievo del vizio di incompetenza che assurge allo statuto di *moyen d'ordre public*¹¹⁶. Si tratta di profili che, in un modo o nell'altro, riflettono una tendenza a un ritorno, su basi completamente nuove rispetto al modello tardo ottocentesco, al processo oggettivo¹¹⁷.

In tale modello processuale l'ampliamento dei margini di accesso alla tutela dei terzi, la forte embricazione tra procedimento e processo, fra amministrazione e giurisdizione, sono fenomeni che, in nome del principio di effettività della tutela, determinano questa grande trasformazione.

Beninteso: non tutti coloro che si occupano di tali questioni concordano su tale scenario, e, anzi, ritengono che dette trasformazioni siano non solo conciliabili, ma anzi pienamente in armonia col processo soggettivo e di parti, retto dal principio della domanda. A mio avviso appare maggiormente condivisibile quella lettura che, al contrario, ritiene tali spinte dissonanti rispetto al modello.

Altro discorso è poi capire la ammissibilità di un processo di tal fatta, la sua conciliabilità col dato costituzionale. Vi è chi crede di poter rispondere affermativamente, valorizzando disposizioni come l'art. 118 Cost., ritenendo che la Costituzione si sia limitata a individuare un minimo di tutela, nel modello soggettivo, senza precludere la tutela oggettiva¹¹⁸; vi è chi, al contrario, continua a

¹¹⁶ Cfr. R. NOGUELLOU, *Les pouvoirs du juge administratif dans le procès administratif. Le cas français*, in *Annuario AIPDA 2012, Principio della domanda e poteri d'ufficio del giudice amministrativo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2013, 167 ss.

¹¹⁷ Sul tema v., da ultimo, N. PAOLANTONIO, *La dicotomia tra giurisdizione soggettiva e oggettiva nella sistematica del codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 237 ss.

¹¹⁸ Cfr. G. MANFREDI, *Interessi diffusi e collettivi (diritto amministrativo)*, cit., 530.

ritenere che l'art. 24 Cost. configuri un unico tipo di tutela, quella soggettiva, mettendo in luce l'inammissibilità sistematica delle frizioni sopra indicate, acuite dalle pressioni all'autonomia procedurale degli Stati che discendono dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia. Non a caso mi pare che il tema dell'interesse strumentale, su cui è di recente tornata la Cassazione a Sezioni unite¹¹⁹, possa costituire un importante banco di prova per misurare la tesi di taluni secondo cui il modello soggettivo di tutela possa operare come controlimite costituzionale. Peraltro, i nodi problematici dell'effettività della tutela vengono al pettine soprattutto nella misura in cui il momento giudiziario, concepito alla stregua di servizio pubblico, finisce per liberarsi delle sovrabbondanti domande di tutela – che originano da tali *input* – attraverso teorie altrettanto principialiste, come quelle della “meritevolezza” della tutela e dell'abuso del diritto e del processo.

Non si vuole né si può in questa sede andare oltre la mera *descrizione* del fenomeno, scendendo nella *valutazione*, anche se gli spunti critici, come detto, non mancano.

Gli antichi francesi dicevano che giudicare l'amministrazione è anche amministrare. Gli amici del gruppo urbinato che mi hanno invitato a esprimere queste idee (in parte) critiche ritengono, al fondo, che *Persona è amministrazione; persona è processo*.

Tra il primo e il secondo scenario storico-culturale il mondo è radicalmente cambiato, ma mi sembra che la talora ingombrante presenza della sovranità della persona, nel campo prima dell'organizzazione e poi del processo, rischi di consolidare, lungi dal rimuovere, una persistente antica anima oggettiva della procedura e del giudizio amministrativo.

Insomma, pur nella nobiltà degli assunti di fondo e nella lungimiranza sistematica di molte proposte ricostruttive, si scorge in prospettiva il rischio dell'aggiunta di un ulteriore tassello al fenomeno culturale di lungo periodo consistente nella «*espunzione del soggetto giuridico dall'ambito della fenomenologia giuridica*»¹²⁰. Come in ogni mitologia giuridica, l'eterogenesi dei fini è sempre dietro l'angolo¹²¹.

¹¹⁹ Cass., Sez. un., ord. 18 settembre 2020, n. 19598.

¹²⁰ A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, in *Annali della Facoltà di Economia e Commercio dell'Università di Messina*, 1981, 429.

¹²¹ Cfr. S. ROMANO, *Mitologia giuridica*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1947, 126 ss.

ALBERTO CLINI

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

FUNZIONAMENTO, FUNZIONE E FINALITÀ DELL'ORGANIZZAZIONE EUROPEA DEL CREDITO E DELLA MONETA

OPERATION, FUNCTION AND PURPOSES OF THE EUROPEAN BANKING AND MONETARY ORGANIZATION

SINTESI

L'attenzione rivolta dalla *Rivista* al tema dell'organizzazione ha avviato un vivace dibattito con inediti spunti di discussioni sui tratti e sui modelli che gli assetti assumono (o dovrebbero assumere) sia nell'ambito pubblicistico che in quello privatistico. La teorizzazione oramai non più esplorativa che pone al centro la sovranità popolare come criterio di costruzione e finalizzazione delle istituzioni repubblicane trova importanti e ulteriori declinazioni, come ad esempio nella doverosità dell'organizzazione dell'azione amministrativa o come fondamentale controlimite costituzionale ad ogni progetto sovraordinato che non si conformi alla sistematica che origina dalla dimensione normativa della persona.

Il quadro descritto è lo sfondo nel quale si ricostruisce una storia recente, connotata da due crisi profonde (una di natura finanziaria, l'altra di origine sanitaria) che nell'arco di un decennio hanno determinato, anche sul piano organizzativo, profondi mutamenti che presentano interessanti tratti comuni. La linea ricostruttiva parte dai contributi che la *Rivista* ha pubblicato sugli assetti preposti al governo della moneta e del credito, con l'intento di fornire – in un dialogo aperto con gli studi afferenti a questo settore –, per un verso, una sintesi dei principali e innovativi meccanismi di governo e di regolazione che sono stati introdotti nella recente stagione a livello europeo, e per altro verso, di illustrare le principali criticità che sono emerse sotto il profilo del loro funzionamento e del corretto esercizio funzionale. Pur essendo questa una fase ancora in evoluzione, i modelli che si delineano presentano limiti di coordinamento e di uniformità della funzione di non facile soluzione: per tali ragioni, si è proposto un terzo parametro di analisi che accanto al funzionamento e alla funzione identifichi finalità esterne all'orizzonte mercantilistico-economico. Una prospettiva «deontologica» che riporti al centro di ogni politica economica la tutela dei diritti inviolabili della persona, significa assicurare una convergenza non solo al dato positivo dei principi sui quali ogni Carta e Trattato si fonda, ma rappresenta una garanzia di stabilità del sistema stesso - rispetto alla dinamicità delle attività economiche - nei limiti in cui quest'ultimo accoglie e si ispira alla realtà verso cui si rivolge: in termini «ontologici», l'organizzazione esiste in funzione dell'ordine giuridico della società, costituito dai diritti della persona.

ABSTRACT

This Review focus, pointed towards the subject of the organization, has triggered a heated debate with original discussion topics about the traits and models that governments assume (or should assume) both in the public and private sphere. The no longer exploratory theorization, that focuses on popular sovereignty as a construction and finalization criteria for republican institutions, finds other important declinations, such as in the duty of the administrative action's organization or as fundamental opposition to any higher-order project that is not conform to the systematics originated from the normative dimension of the person.

This is the background in which it is possible to reconstruct a recent story, characterized by two deep crisis (the first of a financial nature and the second concerning health) that determined, in a decade, profound changes, also in organisational terms, with common interesting traits. The analysis below focuses on the selected structures for the monetary and credit government, with the aim, on the one side, of giving summary of the main innovative governance and regulation mechanisms introduced recently in the EU, and, on the other side, of illustrating the main critical aspects emerged from the point of view of their operation and of the correct functional exercise. Even if it is still an evolving phase, the revealed models show coordination and uniformity limits in the operation, relatively difficult to solve: for those reasons, it is proposed, next to the operation and the function, a third analysis parameter to identify external purposes from the mercantilistic-economic horizon. A perspective, where the protection of fundamental rights of the person has been made center of any economic policy, means assuring an alignment of the base principles of any Charte and Treaty, and ensures also a guarantee of stability of the system itself – compared to the dynamism of economic activities – insofar as this last accepts and is inspired from the reality to whom it is directed.

PAROLE CHIAVE: organizzazione pubblica, governance monetaria, vigilanza bancaria, diritti fondamentali.

KEYWORDS: public organization, monetary governance, banking supervision, fundamental rights.

INDICE: - 1. Governo economico al tempo delle crisi globali. - 2. Il contesto europeo di regolazione della moneta e del credito - 3. Il funzionamento degli apparati organizzativi preposti al governo della moneta e del credito. - 4. La funzione degli apparati organizzativi preposti al governo della moneta e del credito. - 5. Le finalità degli apparati organizzativi preposti al governo della moneta e del credito.

1. Governo economico al tempo delle crisi globali.

La ricerca di una dimensione geografica ottimale per amministrare le attività economiche di una comunità, il modello di mercato e l'intervento su di esso dei poteri pubblici rappresentano gli

assi principali di inquadramento per ogni analisi sui risultati di crescita e di sviluppo socio-economico a cui tendono i singoli ordinamenti giuridici.

L'ampio dibattito avviato da questa *Rivista* sui profili variegati che alimentano il tema dell'organizzazione, ha permesso di evidenziare, con particolare e rinnovata attenzione, i complessi raccordi che intercorrono tra i pubblici poteri (sia nazionali che europei) e lo svolgimento delle attività economiche, con specifico riferimento al settore del credito e della moneta¹.

Il contesto nell'ultimo decennio nel quale si sono consumate crisi epocali, quale quella economica sistemica del 2008 e poi quella pandemica a livello mondiale nel 2020², ha determinato significativi frangenti di mutamento nei rapporti tra mercato e istituzioni, con inevitabili incidenze ed oscillazioni sugli assetti organizzativi che presiedono il governo economico. Pur con matrici evidentemente diverse, la ravvicinata ciclicità di due situazioni di crisi globali ha permesso una riflessione sulle reazioni insorte nell'ambito specifico dei sistemi organizzativi dei pubblici poteri, evidenziando direttrici molto spesso affini nel far fronte alle emergenze ed ai turbamenti socio-economici. L'analisi giuridica che qui si propone intende ricostruire le linee del percorso (avviato

¹ I contributi che hanno interessato sul piano generale le matrici degli assetti organizzativi si devono principalmente a L. R. PERFETTI, *Organizzazione amministrativa e sovranità popolare. L'organizzazione pubblica come problema teorico, dogmatico e politico*, f. 1, 2019, p. 7; nel f. 2, 2020 sono contenuti: M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti della persona: una proposta ricostruttiva*, in questa *Rivista*, p. 543; A. ZITO, *Il sistema della performance della pubblica amministrazione tra disegno organizzativo e svolgimento della funzione*, p. 599; nel fascicolo 1, 2020 sono contenuti: S. DETTORI, *Coordinamento e dovere d'ufficio nella logica dell'interdipendenza amministrativa*, p. 21; E. CARLONI, *Diritti by design. Considerazioni su organizzazione, autonomia organizzativa e protezione degli interessi*, p. 51; nel fascicolo 1, 2019 sono contenuti: M. C. CAVALLARO, *Immedesimazione organica e criteri di imputazione della responsabilità*, p. 39; D. VESE, *L'efficienza dell'organizzazione amministrativa come massimizzazione dei diritti fondamentali*, p. 279.

Quanto invece alle ricognizioni rivolte ai poteri di regolazione economica e di vigilanza, nel fascicolo 1, 2020 sono contenuti: S. AMOROSINO, *Procedimenti e decisioni amministrative in materia di attività economiche*, f. 1, 2018, p. 7; G. ROMAGNOLI, *Concorrenza e "complementarità" delle vigilanze economiche*, p. 131; A. CLINI, *Funzione monetaria e organizzazione nell'Unione europea*, p. 103; P. PANTALONE, *Regolazione indipendente e anomalie sostenibili al cospetto delle matrici della legalità*, p. 421; D. VESE, *Stato, mercato, nomos. Sulla funzione dell'amministrazione nel sistema produttivo globale*, p. 453; D. MESSINEO, *Quattro osservazioni in tema di proporzionalità nella vigilanza bancaria*, p. 521; inoltre, A. CLINI, *Ordinamento sezionale del credito e diritti fondamentali della persona*, f. 1, 2019, p. 137.

Per i profili organizzativi nell'ambito del diritto societario e bancario, R. CALDERAZZI, *L'organizzazione del capitale nell'impresa bancaria*, f. 1, 2020, p. 143; ID., *La funzione dell'organizzazione nell'impresa bancaria*, f. 1, 2019, p. 261; I. PIAZZA, *L'organizzazione dei soggetti privati incaricati di pubbliche funzioni e riflessi sul regime degli atti*, f. 1, 2019, p. 159.

² Sulle incidenze della crisi pandemica che ha tendenzialmente spostato, seppure per un periodo contingente, il potere decisionale dalla sede parlamentare a quella governativa e dalle autorità decentrate a quelle di centro, e sulle correlate tensioni si veda in questa *Rivista*, il fascicolo 2, 2020, Sezione monografica.

dalla *Rivista* in dialogo con la comunità scientifica³) rivolte ai principali processi di trasformazione dei sistemi organizzativi in risposta ai recenti eventi destabilizzanti.

Come esposto in altra sede⁴, ogni forma di riorganizzazione dei pubblici poteri non può prescindere, nell'impatto sul fenomeno economico, da alcune tendenziali situazioni ricorrenti, che assumono una costante rilevanza nella maggiore parte delle ricerche giuridico-economiche⁵.

Tra i fenomeni che assumono maggiore frequenza, si rileva l'instabilità di ogni forma di governo che cerchi di assicurare per un periodo duraturo un rapporto equilibrato tra l'intervento pubblico e la libertà del mercato⁶: solitamente, le conseguenze delle vulnerabilità di un modello, comporta una reazione volta a rilanciare una contrapposta forma di governo economico, alternando così, a livello organizzativo, ambiti in cui si rinviene il fallimento attribuito all'inadeguatezza dell'intervento pubblico in relazione alle dinamiche del mercato ad ambiti in cui, invece, si collocano gli insuccessi determinati dalla condizione eccessivamente deregolata del medesimo mercato⁷; o ancora, a livello allocativo e dimensionale, si registra l'avvicendamento a

³ La letteratura è oramai molta ampia sulle incidenze della crisi finanziaria globale ed il contenimento perseguito dagli interventi di natura pubblicistica; si veda tra gli altri, F. MERUSI, *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche*, Torino, Giappichelli, 2013; 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 *Mercato e banche nella crisi: regole di concorrenza e aiuti di Stato*, a cura di G. COLOMBINI, M. PASSALACQUA, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, pp. 14 ss.; F. CAPRIGLIONE - A. TROISI, *L'ordinamento finanziario dell'UE dopo la crisi*, Torino, Utet, 2014, pp. 81 ss.; da ultimo, U. Malvagna - A. Sciarone Alibrandi (a cura di), *Sistema produttivo e finanziario post covid-19: dall'efficienza alla sostenibilità*, Pisa, Pacini, 2021.

⁴ Sia permesso il rinvio anche in termini di ricostruzione dell'ampio dibattito dottrinario, ad A. CLINI, *Funzione monetaria e organizzazione nell'Unione europea*, cit., p. 105 ss.

⁵ Le ampie analisi su tali questioni si rinviengono 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*, Torino, Giappichelli, 2018, spec. Cap. III; S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, Mondadori, Milano, 2017; M. LOTTINI, *Principio di autonomia istituzionale e pubbliche amministrazioni nel diritto dell'Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2017.

⁶ Come osservato, il mercato «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.

⁷ Si pensi solamente con riferimento all'ultima crisi finanziaria alle 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*, cit., Cap. I.

forme di regolamentazione risultate eccessivamente accentrate (per salvaguardare una uniformità a scapito delle inevitabili differenziazioni autoctone) verso forme di decentramento troppo dispersive (con i rischi di dissoluzione delle esigenze di omogeneità del sistema)⁸.

L'impatto della crisi, sotto un ulteriore profilo, presenta periodicità sempre più ravvicinate, ma soprattutto interconnesse dalla intera rete di globalizzazione dei flussi che determina una estrema rapidità di reazione dei sistemi economici, oltre che sociali e giuridici⁹.

Come già ricordato, nelle recenti esperienze di crisi, seppure profondamente differenti quanto all'origine delle emergenze (di natura economica la prima e di natura sanitaria la seconda), sono emerse delle reazioni – sia a livello nazionale che sovranazionale – molto simili nel fronteggiare gli effetti destabilizzanti sugli assetti istituzionali. Si è evidenziato difatti come ogni situazione dettata dall'urgenza *«altera i normali rapporti tra gli organi, costituzionali e amministrativi (...) non tollera gli indugi che l'ordinario funzionamento di un collegio impone»*; la necessità di risoluzioni pronte ed efficaci, impone alle istituzioni *«una prontezza di decisione che non si può pretendere da un organo in cui più persone dibattono da posizioni avverse, prima che una maggioranza dei suoi componenti decida»*¹⁰.

Da questi interessanti e interconnesse analisi sui fenomeni di *resilienza* dei sistemi ordinamentali in balia degli eventi di crisi globale e delle scelte riorganizzative per contenere gli effetti destabilizzanti, l'angolo di visuale che qui si intende illustrare è limitato alle incidenze registrate nell'ambito del governo dell'economia ed in particolare nel settore della moneta e del credito all'interno del contesto evolutivo dell'Unione europea.

⁸ Si evidenzia, difatti, nel descrivere i risvolti istituzionali e politici dell'emergenza come nei momenti in cui *«la situazione di necessità e urgenza ha carattere nazionale, il potere decisionale, che è attribuito a regime ad autorità regionali e locali, si sposta al centro»*; G. CORSO, *Emergenza e organizzazione*, in questa *Rivista*, 2020, II, p. 14.

⁹ Per le analisi dedicate alla ciclicità dei fenomeni di crisi, a partire da quella del 1929 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*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 23 ss.

¹⁰ G. CORSO, *Emergenza e organizzazione*, cit., p. 14. Sulla dinamica emergenziale che porta all'idea della necessità come fonte del diritto, con un conseguente scollamento nelle garanzie dei diritti fondamentali per una legittimazione del potere interventista statale, si vedano le considerazioni critiche in L. R. PERFETTI, *Sullo statuto costituzionale dell'emergenza. Ancora sul diritto pubblico come violenza o come funzione dei diritti della persona*, f. 2, 2020, p. 52 ss.

2. Il contesto europeo di regolazione della moneta e del credito.

Nel volgere lo sguardo all'interno del perimetro europeo, le dinamiche emergenziali sopra descritte hanno minato la stabilità dei perni centrali della politica economica e messo in luce la gravità del debito pubblico in molti Stati membri. Il rapporto tra mercato e istituzioni in questi frangenti di instabilità ha nuovamente aperto la discussione sull'intensità dell'intervento svolto dai poteri pubblici e sul livello dimensionale più adeguato nell'allocazione delle competenze. Tra i vari fronti interessati, quelli che rilevano nell'ambito delle analisi giuridico-economiche maggiori attenzioni, concernono il governo della moneta e la regolazione del settore bancario.

I molteplici fattori di debolezza riscontrati a seguito della crisi finanziaria mondiale, con la conseguente crisi greca e quella speculativa contro il debito pubblico dei Paesi più deboli dell'UE, hanno messo a rischio di *default* l'Unione Monetaria, tanto che la corrispondente reazione di contenimento non si è limitata ad adottare strumenti di «*puntellamento*» del sistema (interventi emergenziali), quanto piuttosto – come si rinviene nei periodi di gravi turbolenze –, ha colto l'occasione per avviare un'operazione di riorganizzazione del modello di *governance* proprio sul fallimento dei precedenti assetti istituzionali (interventi strutturali)¹¹. La risposta quindi di politica economica a livello istituzionale non si è limitata ad adottare misure provvisorie, che per loro natura assumono un'efficacia transitoria nei limiti di un ritorno ad una situazione di ordinarietà del sistema; si è scelto, invece, di cogliere l'occasione per modificare in maniera stabile gli assetti relazionali tra Unione e Stati membri, con lo scopo di fortificare il sistema di presidio della moneta, di contenimento del debito sovrano, di stabilizzazione del settore bancario.

¹¹ Si pensi con riferimento al profondo rivolgimento organizzativo del settore bancario, all'interno di tensioni che tradizionalmente contrappongono la protezione di situazioni locali attraverso il ricorso di interventi pubblici nazionali (legati al più ampio sistema di *home country control*), in risposta alle recenti crisi di liquidità e stabilità degli istituti di credito, rispetto al contesto multilivello europeo che presenta l'obiettivo di una *Union banking*, introducendo un inedito modello di accentramento delle competenze di vigilanza e risoluzione bancaria; F. CAPRIGLIONE, *L'Unione Bancaria Europea. Una sfida per un'Europa più unita*, Torino, Utet Giuridica, 2013, *passim*. Ed ancora, alle tensioni registrate nel governo monetario, come dimostrano le recenti dinamiche europee che 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; S. AMOROSINO, *La regolazione pubblica delle attività economiche*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 11 ss.

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 rigide le disposizioni sui deficit di bilancio e quelle sulle modalità di svolgimento dei procedimenti di controllo¹².

Il rilievo delle analisi giuridiche, nell'ambito qui circoscritto agli aspetti organizzativi del nuovo assetto europeo, ha trovato, anche all'interno della ricerca avviata dalla *Rivista*, una copiosa e approfondita disamina delle principali problematiche inerenti al mutamento del sistema e alle prospettive che si pongono per il superamento dei limiti istituzionali svelati dalla crisi economica¹³.

Il proposito che si persegue, quindi, mira a dare conto dei risultati di questa produzione scientifica e del diffuso dibattito conseguente alla crisi finanziaria attraverso la proposta di una ricomposizione delle tematiche emerse – che subiranno, nonostante tutto, imprescindibili semplificazioni nell'economia della seguente sintesi- all'interno di tre componenti che nel loro insieme (e nella loro interazione) descrivono il complesso fenomeno dell'organizzazione: il funzionamento, la funzione ed il fine¹⁴.

¹² Non si è mancato di osservare come questo modello a tendere «*si rileva estremamente vulnerabile quando un Paese si trova a dover reggere, da solo, il collasso delle proprie performances economiche, mentre sul versante della politica monetaria resta ingessato in un sistema unitario, che, quindi, non gli consente di far leva sulla politica dei cambi. Il "binario" della moneta e dei tassi di cambio resta indisponibile per il Paese in crisi, essendo comune agli altri membri dell'UEM, mentre quello della politica economica prende una direzione – dalla destinazione a volte a tinte fosche – che lo isola dal resto della comunità*»; L. TESTA, *Responsabilità democratica della BCE e Internal Review dei suoi atti*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2018, p. 1143.

¹³ Si veda la nota n.1.

¹⁴ Non è certamente questa la sede per addentrarci in una ricostruzione - anche per sommi capi - della rilevanza giuridica dell'organizzazione e del vasto orizzonte che raccoglie le molte figure eterogenee a livello europeo (tema già oggetto di puntuali ricostruzioni, a cui si rinvia: C. FRANCHINI, *L'organizzazione amministrativa dell'Unione europea*, in M. P. Chiti (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2018, p. 205 ss.; ID., *Autonomia e indipendenza nell'amministrazione europea*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 87 ss.; E. CHITI – C. FRANCHINI, *Le figure organizzative*, in G. Della Cananea (a cura di), *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 67 ss.). In queste pagine si seguirà, secondo una interpretazione che trova conferma nelle conclusioni rassegnate, un approccio soggettivo-funzionale, una ricostruzione dei sistemi che compongono, per linee generali, gli assetti organizzativi della *governance* monetaria e di vigilanza bancaria nella loro recente composizione interna alla Bce.

3. Il funzionamento degli apparati organizzativi preposti al governo della moneta e del credito.

Quanto agli studi dedicati al modello di gestione del fenomeno monetario ed alla Unione bancaria (nella loro attuale dimensione sovranazionale¹⁵), si rinviene una comune e predominante attenzione alla descrizione dei meccanismi di governo, con il merito indubbio di spiegare non solo la motricità del sistema ma altresì i limiti legati alle esigenze di rodaggio dei nuovi assetti¹⁶.

Come risaputo, la gestione della funzione monetaria nello spazio europeo viene formalmente affidata ad un'architettura istituzionale rappresentata dal Sistema europeo delle banche centrali (Sebc) e dalla Banca centrale europea (Bce)¹⁷. In termini operativi, il funzionamento del Sebc procede attraverso gli organi decisionali della Bce (Consiglio direttivo, Comitato esecutivo e

¹⁵ La vastità dei contributi sul fenomeno monetario 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; G. PERONI, *La crisi dell'euro: limiti e rimedi dell'Unione economica e monetaria*, cit.; AA. VV., *La moneta tra sovranità statale e diritto internazionale*, Napoli, Esi, 2001.

Quanto al modello di vigilanza bancaria, S. CASSESE, *La nuova architettura finanziaria europea*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, p. 79; 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*, Torino, Giappichelli, 2013.

¹⁶ La stratificazione evolutiva delle discipline nei vari comparti del mercato economico e l'accelerazione impressa dalla crisi finanziaria hanno moltiplicato i centri di regolazione con la necessità di sostenere importanti processi di coordinamento; questi possono sintetizzarsi secondo «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 complementarità o di concorrenza»; G. ROMAGNOLI, *Concorrenza e “complementarità” delle vigilanze economiche*, cit., p. 132. Per la ricostruzione sistematica dei temi di coordinamento amministrativo a livello europeo, E. CHITI – C. FRANCHINI, *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, Il Mulino, 2003, passim.

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

Consiglio generale¹⁸), sicché di fatto il mantenimento della stabilità dei prezzi viene oramai svolto dalla Bce, in sostituzione delle banche centrali nazionali¹⁹.

La piena investitura delle funzioni di politica monetaria nella Bce ha, come detto, sollevato una varietà di questioni sul modello organizzativo e sul suo funzionamento. Tra le questioni più rilevanti – delle quali si è dato conto già in altra sede²⁰ – figura il posizionamento istituzionale della Bce ed i rapporti in materia monetaria con le altre autorità sia nazionali che europee²¹. Quanto al posizionamento istituzionale della Bce non va dimenticato che l'allocatione sovraordinata delle funzioni monetarie sconta un'iniziale anomalia nella creazione inedita di una *moneta sine populo*²². Questa ineludibile condizione, nella convergenza delle diverse divise monetarie europee nell'Euro, ha posto sin dalla nascita la ricerca di un complesso equilibrio tra l'indipendenza della Bce alla

¹⁸ 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. ZILIOLI, M. SELMAYR, *La Banca Centrale Europea*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 103 ss.

¹⁹ F. MERUSI, *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 55 ss.

²⁰ Alla quale si rinvia per la descrizione del funzionamento e per gli approfondimenti in merito alle imperfezioni che condizionano i nuovi apparati organizzativi; A. CLINI, *Funzione monetaria e organizzazione nell'Unione europea*, cit., p. 148 ss.

²¹ La prassi applicativa ha portato ad un ampio ricorso al protocollo di intesa «come strumento di coordinamento dell'azione di più centri decisionali pubblici dotati di poteri conformativi», seppure nei limiti di definizione «del contenuto di adempimenti materiali (termini entro cui trasmettere i pareri richiesti, modalità di scambio di informazioni)»; sarebbe invece auspicabile che l'utilizzo del protocollo si estenda ad 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»; G. ROMAGNOLI, *Concorrenza e «complementarità» delle vigilanze economiche*, cit., p. 134-136.

²² «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 esplicazione 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.

stregua di ogni banca centrale ed il deficit democratico della *governance* che è chiamata ad esercitare²³. Se in una prima fase le garanzie di indipendenza nei confronti delle altre istituzioni europee connotate da una natura più politica del loro ruolo veniva giustificata in forza del diritto primario della UE, attraverso le procedure democratiche nazionali di revisione dei Trattati²⁴, successivamente, invece, sono emerse numerose perplessità sull'ampiezza dei poteri esercitati, non bilanciati da alcun meccanismo di *accountability* democratica (come ad esempio in materia di adozione di atti normativi privi di alcun coinvolgimento del Consiglio o del Parlamento)²⁵. Non meno rilevante risulta il tema del coordinamento tra le varie sedi nazionali ed europee che intersecano le loro competenze con la funzione di stabilità del metro monetario affidato alla Bce²⁶.

In seguito allo scoppio della crisi finanziaria, l'urgenza di una controffensiva ai turbamenti dei mercati ha affievolito l'interesse per i nodi problematici sollevati dal precedente dibattito, per dare spazio ad un corale ed emergenziale sforzo di protezione dell'intero sistema economico e monetario. Lo «*tsunami*» finanziario non è stato arginato con barriere (temporanee) poste a presidio

²³ Con la consueta profondità di pensiero, si è correttamente precisato 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*» G. PASTORI, *Poteri delle banche centrali e principio democratico*, in *Banche centrali e principio democratico*, Napoli, 2007, p. 5.

²⁴ Si tratta come noto dei presidi posti a contenere le indebite influenze o pressioni di Parlamento, Commissione e Consiglio: 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.; per un approfondito studio sulle ragioni di una *Central bank independence*, O. CHESSA, *La Costituzione della moneta*, Napoli, Jovene, 2016, p. 253 ss.

²⁵ 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.; 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 ss.

²⁶ «*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*, cit., p. 1147.

delle strutture organizzative esistenti, in attesa di superare l'onda d'urto per un ritorno all'ordinarietà. La reazione, sulla spinta dell'urgenza, ha invece condotto ad un superamento del modello precedentemente basato sul 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 europeo²⁷.

Una immediata conferma di questo approccio si rinviene nella matrice di riordino della vigilanza bancaria e nel modello che ha portato ad un'inedita catalizzazione a livello europeo dei principali compiti all'interno delle competenze della Bce, in ragione del suo ruolo di soggetto indipendente e, quindi, adeguato al tentativo di non disperdere le attività inerenti la gestione dei flussi di liquidità ed evitare al contempo ogni relazione strumentale con il settore bancario per soddisfare esigenze contenitive del debito pubblico²⁸. Sicché, per arginare la crisi di liquidità e stabilità degli istituti di credito, si è avviato nell'eurosistema un ulteriore processo ascensionale (dopo quello di governo monetario), che ha portato ad un originale modello di accentramento delle competenze di vigilanza e risoluzione bancaria (*Union banking*), progettato 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)²⁹. L'impatto della crisi finanziaria rappresenta dunque l'occasione per segnare il

²⁷ L'eurosistema «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»; E. CARDI, *Mercati e Istituzioni in Italia. Diritto pubblico dell'economia*, cit., p. 327.

²⁸ Interazioni invece presenti in passato nel nostro ordinamento, come rappresentato dal 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*, cit., p.116 ss.

²⁹ 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 gli ultimi studi monografici A. BROZZETTI, *La legislazione bancaria europea*, Milano, Giuffrè, 2020, spec. pag. 66 ss.; M. MACCHIA, *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, Torino, Giappichelli, 2018.

passaggio da un sistema economico «debole» ad uno «rafforzato», basato sulle direttrici di superamento dell'eccessiva frammentazione dei mercati finanziari a livello europeo (giudicata come minaccia all'integrità della moneta unica e all'intero mercato interno) e di conseguimento di un rapporto uniforme con gli istituti di credito (per scongiurare così quegli atteggiamenti meno pignoli da parte dei regolatori nazionali, spesso riservati ai soggetti vigilati). La riforma ha dunque concentrato nella Bce, in aggiunta alle funzioni di governo della moneta unica, anche l'esercizio – tramite il Consiglio di Vigilanza³⁰ – delle principali funzioni di vigilanza sulle banche significative attraverso la c.d. regolazione prudenziale (per garantire la sana e prudente gestione dell'istituto) unitamente alla c.d. supervisione (che contempla le tradizionali competenze autorizzatorie, ispettive e sanzionatorie)³¹.

L'indicazione delle ragioni poste a base di queste scelte sostenute, come appena visto, dalla maggiore parte delle analisi³², presenta anche per il modello di vigilanza bancaria molteplici criticità su come viene a configurarsi il nuovo sistema organizzativo, sia sotto il profilo dei meccanismi di raccordo e coordinamento che, come esposto nel paragrafo seguente, nell'ambito della componente funzionale degli apparati³³.

³⁰ Peralto, con una articolata procedura che ha visto «la creazione del Consiglio di vigilanza all'interno della BCE e del meccanismo di silenzio-assenso da parte del Consiglio direttivo sui progetti completi di decisione elaborati» dal primo, si ricerca un delicato equilibrio tra 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'altro»; D. MESSINEO, *Quattro osservazioni in tema di proporzionalità nella vigilanza bancaria*, cit., p. 530.

³¹ Per le restanti banche – c.d. *less significant* – le funzioni di vigilanza residuano nella tradizionale gestione mantenuta a livello nazionale dalle singole autorità, in collaborazione con la Bce (quest'ultima, tuttavia, può in determinati casi decidere di assumere la vigilanza diretta); 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.

³² Il meccanismo di vigilanza unico 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. Per il dibattito sull'opportunità di fare confluire l'insieme di tali funzioni in un unico soggetto, si vedano M. PACINI, *La "vigilanza prudenziale" tra banche centrali nazionali 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.

³³ Sotto il profilo del funzionamento appare evidente che la scelta di concentrazione è 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).

Sotto un primo profilo generale, si è posto il problema della compatibilità 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 ad un assetto di rapporti tra centro e periferia ispirato a criteri propri dei sistemi gerarchici)³⁴. Nell'ottica più prettamente operativa, si è invece colta una complessità difficilmente armonizzabile all'interno della "nuova" Bce, in materia di vigilanza (si pensi solamente al coordinamento metodologico e operativo dei *Joint supervisory team*, preposti alla vigilanza di un determinato gruppo bancario)³⁵. Tali difficoltà sono incrementate dal fatto che la Bce è priva di poteri normativi in materia di vigilanza, mentre l'adozione di regolamenti è limitata ai profili organizzativi e operativi delle attività affidate³⁶. La complessità organizzativa non agevola certamente l'espletamento coordinato dei compiti, con l'alta probabilità di una sovrapposizione delle competenze sia a livello sovraordinato che nei rapporti con i governi nazionali. L'emersione della prima difficoltà si intuisce negli ambiti di intervento che spettano all'Autorità bancaria europea – che esercita i propri poteri nei confronti di tutti gli Stati membri – rispetto a quelli conferiti a BCE, che esercita la vigilanza solamente verso gli Stati

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.).

³⁴ Come osservato da L. TORCHIA, *Unione bancaria: un approccio continentale?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, p. 13; e difatti, «nell'ambito del Meccanismo, vi è una separazione del lavoro, svolgendo la Banca centrale europea una funzione che può dirsi direttiva, le autorità nazionali un compito che può dirsi esecutivo, che consiste nell'obbligo di fornire informazioni, nell'assistenza e preparazione di provvedimenti e nell'agire secondo istruzioni della Banca centrale»; S. CASSESE, *La nuova architettura finanziaria europea*, cit., p. 80.

³⁵ I *JST* costituiscono una sorta di Conferenza, composta da soggetti appartenenti alla BCE e all'autorità nazionale interessata, preposti alla vigilanza su un determinato gruppo bancario (attualmente 129 sono le banche vigilate: «possono avere un'organizzazione molto complessa e diversificata fra loro e nei gruppi di maggiori dimensioni possono essere articolati in sottogruppi (c.d. Risk team), ciascuno dei quali vigila a livello europeo su un'area di rischio trasversale a tutte le società di un gruppo, nonché riunirsi nelle composizioni ritenute più opportune, eventualmente in seduta plenaria (c.d. full JST)»; B. BRANCOLI BUSDRAGHI, *Il meccanismo unico di vigilanza bancaria: dalla teoria alla pratica*, cit., p. 475.

³⁶ Sono inoltre estranee alla vigilanza, pur rivestendo rilevanza fondamentale, materie come il contrasto al riciclaggio e la tutela del consumatore (*id est*, risparmiatore); B. BRANCOLI BUSDRAGHI, *Il meccanismo unico di vigilanza bancaria: dalla teoria alla pratica*, cit., p. 471; ulteriori dubbi vengono sollevati quanto all'efficacia delle soluzioni proposte sia sul lato dell'effettivo rafforzamento delle tutele a presidio del risparmio, sia sull'effettivo perseguimento di una maggiore stabilità del sistema finanziario globale; S. AMOROSINO, *I modelli ricostruttivi dell'ordinamento amministrativo delle banche: dal mercato "chiuso" alla "regulation" unica europea*, cit., p. 391.

appartenenti all'eurozona³⁷. Quanto poi ai rapporti con le autorità nazionali risulta ancora centrale l'obiettivo di assicurare una parità di trattamento nelle procedure di vigilanza, in conformità alle singole discipline degli Stati membri³⁸. Con riferimento infine ai soggetti vigilati, le esigenze di coordinamento e di uniformità di trattamento sono state ricondotte, anche in questo ambito, all'adempimento di un obbligo organizzativo in veste di una doverosità che investe i soggetti dei poteri attuativi e applicativi delle fonti europee³⁹.

Volendo trarre una prima conclusione sulla base delle analisi appena svolte su entrambi gli ambiti economici in merito al funzionamento degli apparati organizzativi, si possono cogliere due ipotesi di approdo tra loro divergenti: la prima alternativa porta a considerare le criticità come insuperabili e tali per cui i meccanismi delineati non garantiscono un loro corretto funzionamento. Le ragioni espresse, nate per il contenimento della recente crisi finanziaria, non possono quindi che portare alla ricerca di un nuovo modello sulla scorta delle inefficienze registrate sull'assetto giudicato inadeguato e sui blocchi che ne hanno determinato l'abbandono.

In una prospettiva opposta, i meccanismi organizzativi registrano miglioramenti che portano al superamento delle disarmonie evidenziate o ne attenuano l'incidenza, sicché ci si affida al nuovo modello introdotto con due necessarie consapevolezze. La prima costituisce una sorta di cartina di tornasole, nei termini che il sistema organizzativo troverà riprova della sua validità solamente di

³⁷ Le linee di un disallineamento si aggravano se si aggiunge la necessità di un coordinamento anche con le altre autorità europee, quali l'European Banking Authority (EBA) o la Single resolution board (SRB); M. CLARICH, *I poteri di vigilanza della Banca Centrale Europea*, cit., p. 1008.

³⁸ Le incidenze di un regime giuridico parcellizzato si ripercuotono evidentemente sull'operato della BCE, fino a rappresentare difficoltà «insormontabili, se si considera che la BCE è priva di poteri normativi che le consentano di ricomporre il patchwork giuridico», con l'aggravata situazione per cui «le norme che la BCE deve applicare sono talvolta paradossalmente dettate dagli stessi enti che la BCE dovrebbe coordinare, quando la trasposizione delle direttive e l'adozione della normativa secondaria sono delegate dai parlamentari nazionali alle rispettive autorità di vigilanza»; B. BRANCOLI BUSDRAGHI, *Il meccanismo unico di vigilanza bancaria: dalla teoria alla pratica*, cit., p. 467.

³⁹ Gli studi che hanno dedicato una rinnovata attenzione al dovere d'ufficio portano ad una rivisitazione in chiave innovativa di alcuni concetti fondamentali sulla teoria dell'organizzazione e dell'azione amministrativa; M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti della persona: una proposta ricostruttiva*, cit., p. 543; ed in particolare, come regola autonoma nell'obbligo di coordinamento dell'attività amministrativa, S. DETTORI, *Coordinamento e dovere d'ufficio nella logica dell'interdipendenza amministrativa*, cit., p. 21: secondo quest'ultimo A., vi è «una doverosità che anticipa l'agire amministrativo e ne costituisce il presupposto: essa è data dal dovere d'ufficio [...] 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»; sulla doverosità declinata tra i compiti delle autorità di vigilanza, G. ROMAGNOLI, *Concorrenza e "complementarità" delle vigilanze economiche*, cit., p. 138.

fronte alla prossima crisi, che sappiamo essere un fenomeno che si rigenera in maniera ciclica⁴⁰. In questo futuro scenario si potrà apprezzare se la capacità del sistema organizzativo saprà contenere, nell'ambito che le compete, l'onda d'urto degli smottamenti e delle emergenze che si profileranno, dando l'abbrivo, in caso negativo, ad una nuova ricerca di un sistema che eviti il collasso. La seconda consapevolezza, viene a identificarsi con l'eshaustività dell'oggetto assunto dalla maggior parte degli studi dedicati all'analisi dei nuovi sistemi di regolazione bancaria e di governo della moneta, nel loro importante impegno di descrivere il funzionamento e di ricostruire gli ingranaggi di coordinamento all'interno del sistema eurounitario. Occorre rilevare come l'orizzonte di analisi si mostra, nella maggior parte delle ricostruzioni, confinato nella spiegazione ermeneutica degli ingranaggi organizzativi; raramente si allarga verso la correlazione tra il funzionamento e la ricerca della funzione propria della dinamicità organizzativa (come spiegato nel successivo paragrafo)⁴¹; non vi è, infine, alcun accenno a finalità esterne agli obiettivi tecnico-economici verso cui orientare il funzionamento e la funzione delle attività assegnate.

In altri termini, il fenomeno organizzativo non può essere compreso se non nella tensione dinamica delle finalità che orbitano all'esterno dell'oggetto economico, per contenere eventuali derive autoreferenziali degli apparati nel perseguimento di obiettivi assunti in modo indipendente da questi ultimi.

Ecco per quale ragione il dibattito sui limiti del modello, per quanto di estrema utilità per garantire il corretto funzionamento, rischia di inaridirsi in un formale esercizio di analisi, se le *défaillances* del sistema organizzativo restano isolate dalle componenti funzionali e soprattutto finalistiche che lo connotano.

⁴⁰ In tale cornice risulta di grande interesse sottoporre l'organizzazione in quanto tale e la singola unità organizzativa ad un sistema di *performance*, che permetta di valutare per un verso la gestione delle «risorse pubbliche in modo da soddisfare il principio di efficienza e per altro verso generare risultati che forniscano valore aggiunto ai sistemi sociali ed economici e dunque agli attori che in esso operano così da soddisfare anche il principio di efficacia»; A. ZITO, *Il sistema della performance della pubblica amministrazione tra disegno organizzativo e svolgimento della funzione*, cit., pp. 611-612.

⁴¹ Secondo il teorico postulato, oramai acquisito fin dagli anni Sessanta del secolo scorso, che porta ad identificare un'organizzazione in senso dinamico, non essendo tra quest'ultima e l'attività ad essa preposta nessuna separazione netta, bensì una continuità in senso oggettivo (come ricordato a proposito dell'opera di Berti – *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968 – di recente da G. SALA, *A cinquant'anni dalla pubblicazione della Pubblica amministrazione come organizzazione: dal mutamento di paradigma nello studio dei fenomeni amministrativi*, in questa Rivista, f. 1, 2018, p. 507 ss.).

Alcune problematiche tra quelle indicate presentano soluzioni complesse ed equilibri instabili (il raccordo democratico della Bce; il pericolo di contingenze tra politica monetaria e vigilanza bancaria; il coordinamento con le altre Agenzie e istituzioni sia europee che nazionali): ma ciò che rileva non è tanto la perfezione di un meccanismo degli apparati organizzativi, quanto l'assolvimento della funzione ed il perseguimento dei fini indicati dall'ordinamento nonostante le imperfezioni che intaccano le strutture burocratiche.

4. La funzione degli apparati organizzativi preposti al governo della moneta e del credito.

L'analisi della componente funzionale viene svolta seguendo, come nel paragrafo precedente, una linea ricostruttiva degli assetti organizzativi preposti al governo della moneta e quelle rivolte alla regolazione del settore bancario.

Con l'adozione dell'Euro la funzione principale nel governo della moneta viene espressa nel mantenimento della stabilità dei prezzi, 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.

La stabilizzazione affidata alla Bce assume quindi un valore primario e circolare, atteso che risulta non condizionato rispetto alle politiche economiche generali della UE, ma al contrario dovrebbe finalizzarsi in una funzione di sostegno di quest'ultima (come sancito dall'art. 127 Tfue), in termini di crescita dell'economia, dell'occupazione e soprattutto di sviluppo di una società equa e solidale⁴².

La Bce ha quindi assunto il ruolo di soggetto catalizzatore delle funzioni monetarie, non senza sollevare, tuttavia, anche sotto il profilo funzionale, numerose critiche sull'esercizio dei poteri

⁴² Gli scopi espressamente previsti in materia monetaria impongono alla Bce 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»).

conferiti per prevenire fenomeni di inflazione e di deflazione⁴³. Il dibattito più vivace ha riguardato la questione della distribuzione delle competenze tra politica economica e politica monetaria rispetto ad azioni assunte dalla Bce che perseguono obiettivi appartenenti al primo ambito (di spettanza, come noto, al sistema di coordinamento politico tra le istituzioni europee e gli Stati membri). La problematica è stata amplificata in relazione agli interventi adottati dalla Bce nel tentativo di contenere gli effetti della crisi del debito sovrano: quest'ultima, come risaputo, ha avviato delle operazioni molto estese rispetto agli obiettivi e ai gradi di libertà utilizzabili nella politica monetaria, attraverso l'acquisto di titoli del debito pubblico sul mercato secondario (*Securities market programme, Outright monetary transaction, Quantitative easing*)⁴⁴.

Per quanto sia indiscutibile l'idea che alla base di qualsiasi progetto di sviluppo e di crescita origini da una relazione coordinata tra politica economica e quella monetaria⁴⁵, la situazione legata alla crisi finanziaria ha certamente reso meno rigido il rispetto del limite formale dato dall'attribuzione delle rispettive competenze, nonché ha posto con rinnovata urgenza l'esigenza di un riequilibrio dei sistemi di *check and balance*, sbilanciati rispetto alle due funzioni: la *governance* di politica economica, difatti, viene ripartita tra istituzioni europee e governi nazionali, chiamati a convergere nella costruzione di un consenso condiviso e partecipativo; la *governance* monetaria,

⁴³ Sotto il profilo di analisi economica si ritiene che la politica antinflazionistica miri a contenere quella forma di tassa occulta, che grava sui cittadini senza alcuna legittimazione da parte delle assemblee democratiche nella previsione di una formale imposizione tributaria; A. MORSELLI, *Nascita ed evoluzione della Banca centrale europea. Aspetti istituzionali, economici e monetari*, cit., p. 1 ss.

⁴⁴ Nel 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»; 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. Per una disamina sulla natura e sugli effetti giuridico-economici delle 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, 2, 2016; 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.

⁴⁵ La posizione di molti autori risulta da tempo schierata nel sostenere per l'Euro l'impossibilità di sottrarsi a quelle esigenze di fondo che intercorrono tra una moneta nazionale ed il proprio Stato; sicché 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.; in termini, S. CAFARO, *Unione monetaria e coordinamento delle politiche economiche*, cit., spec. p. 12 ss. Per altri, invece, l'individuazione di un netto confine altro non è che un costrutto artificiale G. CONTALDI, *Politica economica e monetaria (diritto dell'Unione europea)*, cit., p. 814.

invece, trova l'esclusiva attribuzione nella Bce che, in forza della sua indipendenza, non viene assoggettata a presidi adeguati alle ipotesi di «sconfinamento» dalle proprie attribuzioni, mediante l'indebita adozione di misure che perseguono scelte di politica economica «mascherata»⁴⁶. Gli studi dedicati a tali questioni, per quanto tutti autorevoli, non hanno tuttavia trovato una chiara via d'uscita all'*impasse* funzionale, ma soprattutto hanno valutato la portata di queste operazioni di politica economica nel circoscritto ambito del funzionamento degli apparati organizzativi o delle prerogative in un certo senso connesse alla funzione monetaria. Si è quindi, sotto il primo profilo, proposto un ulteriore rafforzamento dei controlli democratici per assicurare una più adeguata *accountability* in materia di politica monetaria⁴⁷; ovvero, sotto il secondo profilo, si è elevata la centralità della sopravvivenza dell'Euro come valore assoluto⁴⁸, ovvero si sono giustificate tutte le misure adottate come esplicazione dei c.d. «poteri impliciti»⁴⁹.

Rimane quindi da domandarsi se queste scelte, in ragione delle soluzioni proposte non pienamente soddisfacenti, non vadano scrutinate alla luce di finalità esterne sia al corretto funzionamento dei meccanismi organizzativi che alle componenti tecnico-economiche assorbite dalla funzione, verso cui debbano convergere entrambe le dimensioni assumendo tuttavia una posizione strumentale al conseguimento di finalità superiori e insopprimibili, come cercheremo di spiegare di qui a poco.

Sul versante dell'Unione bancaria europea, i meccanismi di vigilanza e di risoluzione sono stati introdotti con la funzione di perseguire obiettivi di riassetto, tra cui il superamento della

⁴⁶ N. MARZONA, *I (nuovi) confini della politica monetaria*, cit., p. 2 ss.

⁴⁷ Si tratta del sistema del c.d. *Monetary Dialogue*, che prevede l'utilizzo «di strumenti idonei ad assicurare un potenziamento del ruolo delle istituzioni rappresentative in aree decisionali nelle quali il coinvolgimento di queste ultime risultava marginale»; R. IBRIDO, *Il controllo democratico della politica monetaria: equilibri costituzionali e integrazione europea dopo le sentenze OMT*, cit., p. 15; in termini, N. LUPO, *Il ruolo delle burocrazie parlamentari alla luce dei principi generali e dei mutamenti dell'assetto istituzionale, nazionale e sopranazionale*, in *Rass. parl.*, 1, 2012, p. 51 ss.; si tratta per altri di esercitare un potere di influenza come qualcosa di più rispetto alla consultazione e qualcosa in meno rispetto alla codecisione; S. DEL GATTO, *Il metodo aperto di coordinamento. Amministrazioni nazionali e amministrazione europea*, Napoli, Jovene, 2012, p. 271 ss.; o ancora, di assicurare una capacità di influenza sui processi decisionali di politica monetaria con interventi non solamente *ex post*; 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.

⁴⁸ G. L. TOSATO, *L'integrazione europea ai tempi della crisi dell'Euro*, in *Riv. dir. intern.*, 2012, p. 689; A. MANZELLA, C. PINELLI, L. GIANNITI, *Politica monetaria e politica economica nell'Unione europea*, in *Astrid*, 2016, p. 3.

⁴⁹ U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, Cacucci, 2013, p. 70 ss.; per una ricostruzione in termini di compatibilità con il principio di legalità dei poteri impliciti nella sfera di competenza delle Autorità indipendenti, P. PANTALONE, *Regolazione indipendente e anomalie sostenibili al cospetto delle matrici della legalità*, cit., p. 428 ss.

frammentazione dei mercati finanziari, la risoluzione della c.d. *forbearance* sui crediti (dei regolatori nazionali verso i maggiori istituti bancari), il contenimento nell'acquisto di titoli pubblici⁵⁰. Anche in questo ambito la matrice funzionale viene finalizzata al perseguimento esclusivo di obiettivi del sistema economico, per assicurare l'integrità della moneta unica e dell'intero mercato interno.

I profili di criticità emersi a questo riguardo si concentrano soprattutto sull'indipendenza della funzione di regolazione bancaria rispetto alle interferenze che possono intercorrere nell'esercizio delle politiche monetarie⁵¹: l'attribuzione contestuale delle due funzioni in capo alla Bce può portare ad una politica monetaria eccessivamente debole, per evitare effetti indesiderati sulla solvibilità delle istituzioni creditizie o ad altri prevedibili conflitti di interesse⁵². Il corretto svolgimento della funzione di supervisione bancaria dovrebbe essere garantito dalla accentuata tecnicità e neutralità dei poteri svolti dagli organismi competenti a livello europeo. Tuttavia, la «neutralità» non garantisce da sola l'ampia concentrazione di competenze all'interno della Bce⁵³, proprio perché quest'ultima svolge un'attività che non si limita ad un controllo del mercato o a sanzionare i comportamenti difforni, bensì agisce direttamente all'interno degli ordinamenti nazionali per amministrare i settori economici di pertinenza (si pensi al potere di accesso al mercato bancario ed alla revoca della autorizzazione per operarvi)⁵⁴.

L'obiezione di fondo, allora, sembra essere un'altra, nel senso di cogliere nell'esercizio del potere di scelta ampi spazi discrezionali che difficilmente si collocheranno al di fuori del perimetro

⁵⁰ L'allocazione delle competenze *bottom-up* vuole perseguire una piena uniformità dei rapporti con gli istituti di credito, superando così quegli atteggiamenti meno rigidi da parte dei regolatori nazionali che spesso vengono riservati nei confronti delle banche di maggiori dimensioni e limitando, per altro verso, il c.d. rischio morale nel senso di arginare ogni indebito sostegno pubblico a fronte di esigenze di ristrutturazione del debito bancario; V. GIGLIO, *Come saranno affrontate le difficoltà delle banche nell'Unione Bancaria?*, in *Merc. conc. reg.*, 2016, p. 375.

⁵¹ 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 nazionali 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.

⁵² A tal fine è stato preposto il Consiglio di vigilanza, che tuttavia non assicura una piena indipendenza atteso che risulta essere un organo privo di personalità giuridica e non legittimato ad esprimere la volontà della Bce; S. MICOSI, *L'Unione bancaria in costruzione*, in G. AMATO- R. GUALTIERI (a cura di), *Prove di Europa unita. Le istituzioni europee di fronte alla crisi*, Firenze, Passigli Editori, 2013, p. 113 ss.

⁵³ Non poche perplessità sono emerse nel dibattito sulla validità del carattere «neutrale» della regolazione indipendente, soprattutto nel pericolo di esercizio di una intensa discrezionalità del potere «tecnico» che maschera spesso scelte di natura politica; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 128.

⁵⁴ 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 Tfu)»; G. CONTALDI, *Politica economica e monetaria (diritto dell'Unione europea)*, cit., p. 839.

della funzione tecnica (sia essa economica, monetaria o di supervisione), ma che non sono sindacabili rispetto al fine che ne giustifica l'attribuzione e la soggettività organizzativa⁵⁵. Sulla base di esperienze già sperimentate nel nostro ordinamento, il rischio maggiore è quello di avallare un modello nel quale la giustificazione delle scelte si identifica con il fine predeterminato dalla stessa autorità; in altre parole, il rischio è quello di affidare ad un soggetto indipendente, con un mandato operativo «neutrale», la scelta della proporzionalità degli interventi e la qualificazione della predominanza dei fini da perseguire⁵⁶.

L'impressione che si trae, soprattutto in risposta alle emergenze dettate dalla gravità della crisi finanziaria, è quella di una virata verso un modello accentrato che assicuri la massima incisività sul mercato economico, funzionale all'efficienza dei risultati economici, in una supposta sfera «interna» del merito per scelte troppo tecniche (o garantite dal solo decisore «neutrale») per essere sindacabili⁵⁷. E poiché le conseguenze che si traggono dalla storia dei percorsi ciclici ricordati in premessa non preludono a situazioni di stabile equilibrio, si ritiene necessario, per le ragioni che seguono, individuare un bilanciamento con finalità esterne alla matrice tecnico-economica, per come previsto dai principi del Trattato nel richiedere una conformità non condizionata ai valori fondamentali dell'Unione europea, in special modo nel «rispetto della libertà» e «dei diritti umani» (art. 2 Tue).

5. Le finalità degli apparati organizzativi preposti al governo della moneta e del credito.

Aver presentato un'analisi distinta per il funzionamento e per la funzione dei due ambiti centrali della vita economica quale quello del governo monetario e di regolazione del credito, deve trovare ora una ricomposizione in un quadro di insieme. Si è dato conto anche delle criticità che

⁵⁵ Sia consentito sul punto il rinvio ad A. CLINI, *Ordinamento sezionale del credito e diritti fondamentali della persona*, f. 1, 2019, p.137.

⁵⁶ Per tutti, L. R. PERFETTI, *Art. 107 - Autorizzazione*, in *Commentario al Testo Unico bancario*, a cura di F. CAPRIGLIONE, Padova, Cedam, 2012, p. 1402.

⁵⁷ Sul tormentato concetto di merito, tra gli ultimi studi monografici B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, Cedam, 2013.

emergono dalle soluzioni adottate e di molte questioni rimaste ancora aperte, vuoi per la difficoltà di individuare dei raccordi di bilanciamento adeguati, vuoi per le risposte dettate (e giustificate) dalle emergenze finanziarie causate dalla crisi sistemica. Appare con molta chiarezza la dinamica ascensionale e di convergenza verso la BCE di gran parte delle competenze di *governance* in entrambi i settori, che identifica certamente un modello inedito tra le istituzioni europee.

Che cosa dovremmo attenderci se la prossima crisi economica provocherà forti oscillazioni anche a questo modello. È possibile portare il sistema ad un maggiore rafforzamento verticistico? Sarà invece, secondo le considerazioni svolte in premessa, arrivato il momento per un'inversione di tendenza con un neo-decentramento degli assetti istituzionali? E nel frattempo, in preparazione dei prossimi eventi di instabilità, quali sono, tra quelle precedentemente elencate, le criticità che vanno risolte prioritariamente.

La storia giuridico-economica dell'ultimo secolo ci ha nitidamente insegnato che non esistono in assoluto soluzioni migliori o peggiori, né in astratto modelli premiali rispetto ad altri: sono invece da seguire scelte che andranno giustificate, nella loro sostenibilità tecnico-economica, come quelle più adeguate al perseguimento dei fini di rispetto e potenziamento dei diritti e delle libertà fondamentali della persona. È necessario un rovesciamento di prospettiva per uscire da un circuito tutto interno agli apparati organizzativi che rappresenta lo sforzo di Sisifo nel tentativo di costruire e riorganizzare modelli alla ricerca di un equilibrio ideale, per non dire utopico, nell'esclusiva ricerca di un rispetto dei parametri economici.

La pretesa di un'organizzazione da parte dei cittadini che indirizzi la funzione economica (sia essa di mantenimento della stabilità dei prezzi o di vigilanza prudenziale degli istituti bancari) al rispetto delle finalità di garanzia dei diritti fondamentali (e che dunque non si limiti solamente al perseguimento di obiettivi tecnico-economici) rende, in definitiva, comprensibili le proprie decisioni, o per meglio dire, giustiziabili le scelte assunte in nome del demos sovrano⁵⁸.

⁵⁸ L'incapacità ad oggi nel trovare un «salvo riferimento per la responsabilità democratica della Bce ex ante, il costituzionalismo sposta la sua ricerca "a valle", avanzando la pretesa di regole chiare in materia di judicial review ad arginare il rischio di una dispersione della responsabilità giuridica»; L. TESTA, *Responsabilità democratica della BCE e Internal Review dei suoi atti*, cit., p. 1149. Per un modello di *judicial federalism* A. BARONE, *Nomofilachia, Corti sovranazionali e sicurezza giuridica*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, p. 557.

La titolarità dei diritti fondamentali non è difatti concedibile da alcun ordinamento, in quanto sostanza la natura umana, mentre spetta all'ordinamento la protezione di questi ultimi, attraverso le strutture organizzative, strumentali a garantirne la massima tutela. Si afferma dunque la convergenza verso un paradigma alternativo rispetto al quadro esaminato, «fondato sul primato della persona umana e sulla strumentalità ad esso dell'organizzazione amministrativa»⁵⁹.

Riportare al centro di ogni politica economica la tutela dei diritti inviolabili della persona, non solo si iscrive nella piena conformità al dato positivo dei principi sui quali ogni Carta e Trattato si fonda, ma rappresenta una garanzia di stabilità del sistema stesso – rispetto alla dinamicità delle attività economiche – nei limiti in cui quest'ultimo accoglie e si ispira alla realtà verso cui si rivolge⁶⁰.

Le istituzioni europee che si reggono come noto sul principio di attribuzione delle competenze attribuite dagli Stati membri (art. 5 TUE), non si sottraggono alla critica verso l'autoritarismo, che si trincerava nell'assioma di fondo di una sorta di preesistenza del pubblico potere quale espressione di una sovranità sovrastrutturata.

Pertanto, la deriva di un modello organizzativo che si inserisca in un circuito autoreferenziale si troverebbe in netto contrasto con il nostro ordinamento repubblicano, rappresentando forse la più forte reazione di controllo costituzionale rispetto alla nostra scelta fondante, per cui la sovranità non appartiene allo Stato⁶¹. Secondo questa ricostruzione non dovrebbe essere d'ostacolo

⁵⁹ «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.)»; M. MONTEDURO, *L'organizzazione amministrativa: riflessioni sul pensiero di Domenico Sorace*, in questa Rivista, f. 1, 2020, pp. 560-561.

⁶⁰ Ed infatti dalle scelte organizzative deriva, prima ancora di una questione di assetti interni al soggetto, una diretta conseguenza sulla protezione dei diritti che «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)»; E. CARLONI, *Diritti by design. Considerazioni su organizzazione, autonomia organizzativa e protezione degli interessi*, cit., p. 57.

⁶¹ Il tema viene qui semplicemente abbozzato, nella consapevolezza che la teoria dei controlli costituzionali si è rivolta sino ad oggi prevalentemente verso disposizioni del diritto sovranazionale e non certo verso modelli organizzativi: resta tuttavia centrale la questione delle attività e delle decisioni che questi ultimi assumono nei termini di conformità al nostro sistema ordinamentale democratico: la sovranità popolare nei termini ricostruttivi proposti rientra senz'altro tra i principi qualificanti la Costituzione che la Corte Costituzionale ha individuato nel cosiddetto

neppure il contenuto dell'art. 11 Cost. che, come noto, è stato utilizzato dalla Corte costituzionale per procedere ad una progressiva ridefinizione della sovranità in tema di rapporti fra ordinamento nazionale ed ordinamento europeo⁶². Tuttavia, la prospettiva qui proposta permette di cogliere nella disposizione costituzionale chiaramente che l'operazione limitativa di sovranità a parità di condizione viene interposta tra gli «*Stati*» e non tra i «*popoli*». Sicché nella ottica euristica che si sostiene, l'oggetto del contenimento non si rivolge al soggetto originale della sovranità bensì allo Stato, al quale, per le articolate ragioni teoriche contenute nell'insegnamento più volte richiamato⁶³, spettano tutte quelle attribuzioni non funzionali al rafforzamento o mantenimento del suo potere, bensì «*all'attuazione dell'ordine dei diritti inviolabili e dei doveri di solidarietà che costituiscono la funzione stessa dell'ordinamento dell'autorità*»⁶⁴.

La sovranità popolare e i diritti fondamentali permangono come incompressibili causali legittimanti l'ordine positivo e non si esauriscono in esso perché è l'ordinamento e l'organizzazione dell'autorità a dover essere funzionale al godimento dei diritti⁶⁵.

“nucleo duro”, dichiarando la sussistenza di un limite opponibile alla operatività delle norme comunitarie (C. Cost. 27 dicembre 1973, n. 183; 8 giugno 1984, n. 170; 21 aprile 1989, n. 232); A. CARDONE, *Diritti fondamentali (tutela multilivello)*, in *Enc. dir., Ann. IV*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 359 ss.; M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir., Ann. IX*, Milano, Giuffrè, 2016, p. 457 ss.

⁶² Corte cost. 30 luglio 2008, n. 306; S. BARTOLE, *Giustizia costituzionale*, in *Enc. dir., Ann. VII*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 359 ss.; M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir., Ann. IX*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 506 ss.

⁶³ La natura apodittica della sovranità estrapolata dall'art. 1 Cost. è stata oggetto di una oramai nota critica ricostruttiva, secondo un'interpretazione sistematica che porta ad un riallineamento a partire dalla dimensione normativa della persona di tutte le istituzioni repubblicane: «*la sovranità delle persone si esprime primariamente con il trattenersi in esse, attraverso l'esercizio delle libertà e dei diritti fondamentali, senza che ciò avvenga solo con trasferimento allo Stato attraverso il circuito della rappresentanza [...] poiché la sovranità viene esercitata nelle forme fissate dalla Costituzione e quest'ultima riconosce e non pone i diritti inviolabili, non resta che considerare che questi vivono nell'ambito dell'esercizio diretto della sovranità. I titolari della sovranità (le persone), quindi, nel momento in cui costituiscono l'ordinamento e fondano lo Stato trattengono nell'ambito della (loro) sovranità i diritti inviolabili*»; L. R. PERFETTI, *Organizzazione amministrativa e sovranità popolare. L'organizzazione pubblica come problema teorico, dogmatico e politico*, cit., p. 7 ss.; ID., *Pretese procedimentali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 850 ss.; ID., *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir. pubbl.*, 2013, p. 61 ss.; ID., *Sull'ordine giuridico della società e la sovranità*, in *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, Padova, Cedam, 2016, p. 1153 ss.; ID., *Discrezionalità amministrativa e sovranità popolare*, in S. Perongini (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 119 ss.

⁶⁴ L. R. PERFETTI, *Organizzazione amministrativa e sovranità popolare. L'organizzazione pubblica come problema teorico, dogmatico e politico*, cit., p. 30.

⁶⁵ Si allinea a questa impostazione anche la tesi di chi fonda direttamente nell'art. 2 Cost. l'esistenza di «doveri inderogabili» in capo alle pubbliche amministrazioni, volte ad assicurare il nucleo irriducibile dei diritti inviolabili della persona; M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti della persona: una proposta ricostruttiva*, cit., p. 545 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 ECONOMICA PRIVATA DI INTERESSE PUBBLICO

PRIVATE ECONOMIC ORGANIZATION OF PUBLIC INTEREST

SINTESI

Il rinnovato dibattito sull'organizzazione economica privata di interesse pubblico ha portato a soffermarsi sulle ragioni delle deviazioni delle regole nelle organizzazioni, in una rilettura del rapporto tra svolgimento dell'attività d'impresa, organizzazione, ruolo dell'autorità.

Quando l'agire negoziale si intreccia con interessi pubblici, benché si continui ad utilizzare il modello privatistico di diritto comune, la connotazione degli interessi generali di cui diventa portatore incide sulla organizzazione contrattuale e, in alcuni casi, sulla causa stessa del contratto: in tal modo lo strumento societario diventa il punto di convergenza di diversi interessi che non sono più assorbiti dal solo interesse sociale.

Nell'esercizio dell'impresa privata di rilievo pubblico si assiste ad un rapporto dialettico tra autonomia privata e intervento pubblicistico dove l'autonomia privata viene regolata e spesso limitata da regole amministrative.

Le alterazioni dell'autonomia privata nelle organizzazioni economiche private sono regole pubblicistiche applicate a favore di una pluralità di soggetti (i risparmiatori, i consumatori, i giocatori) che vantano diritti inviolabili e che legittimano l'esercizio del potere pubblico.

La scelta della organizzazione determina il modo di svolgimento dell'attività e le scelte organizzative che vengono fatte sono strumentali alla realizzazione di determinati fini.

Quando c'è un esercizio privato di pubbliche funzioni occorre rendere compatibile la realizzazione dell'interesse pubblico con il fine perseguito dal privato, attraverso alterazioni di tipo organizzativo.

La previsione di una organizzazione diversa e più incisiva (sia che si tratti delle regole del capitale in ambito bancario, sia che si tratti delle dettagliate regole procedurali nelle società quotate, sia che si tratti di proteggere il consumatore nel gioco e nella scommessa, sia che ci si riferisca a tutti gli intermediari che operano nel mercato finanziario) consente di superare la contrapposizione degli interesse in quanto la previsione di un insieme di regole che incidono sull'organizzazione di una attività d'impresa sono funzionali alla protezione e massimizzazione dei diritti che quella determinata organizzazione privata di interesse pubblico persegue.

ABSTRACT

The renewed debate on private economic organization of public interest has led to dwell on the reasons for the deviations of the rules in organizations, in a reinterpretation of the relationship between the conduct of business, organization, role of authority.

Although the private-sector model of common law continues to be used, when negotiating action is intertwined with public interests, the connotation of the general interests it becomes the bearer of inevitably affects the contractual organization and, in some cases, the cause of the contract itself: in this way the corporate instrument becomes the convergence point for different interests that are no longer absorbed by the social interest alone.

Within the exercise of private companies of public importance, there is a dialectical relationship between private autonomy and publicistic intervention where private autonomy is regulated and often limited by administrative rules.

The alterations of private autonomy in private economic organizations are publicistic rules applied in favor of a plurality of subjects (savers, consumers, players) who have inviolable rights, and which legitimize the exercise of public power.

The choice of the organization determines the way by which the activity is carried out and the organizational choices that are made are instrumental to the achievement of certain purposes.

When there is a private exercise of public functions, the realization of the public interest must be made compatible with the purpose pursued by the private sector, through organizational alterations.

The provision of a different and more incisive organization (whether it is the rules of capital in the banking sector, whether it is the detailed procedural rules in listed companies, whether it is the protection of the consumer in gambling and betting, whether it is the referring to all intermediaries operating in the financial market) allows to overcome the opposition of interests since the provision of a set of rules affecting the organization of a business activity are functional to the protection and maximization of the rights pursued by certain private organization of public interest.

PAROLE CHIAVE: organizzazione economica privata – autonomia privata – potere pubblico

KEYWORDS: private economic organization – private autonomy – public power

INDICE: 1. L'organizzazione economica privata di interesse pubblico: le ragioni del dibattito. – 2. L'autonomia privata nell'esercizio dell'impresa di rilievo pubblico. – 3. La componente organizzativa dell'attività di impresa. – 4. Le ragioni delle alterazioni organizzative. – 5. Premesse per una lettura delle alterazioni organizzative.

1. L'organizzazione economica privata di interesse pubblico: le ragioni del dibattito.

Il dibattito sull'organizzazione economica privata di interesse pubblico ha suscitato negli studiosi una rinnovata attenzione: assume rilevanza per gli studiosi pubblicisti¹ in quanto il diritto pubblico regola molte delle attività esercitate sul mercato da soggetti privati e l'esercizio di funzioni

¹ B. GILBERTI, *L'amministrare in senso oggettivo tra libertà e funzione. riflessioni a margine di un recente caso in materia di libere università*, in questa *Rivista*, 2019, p. 73, ricorda che il fascino degli studi in materia di organizzazione amministrativa risiede essenzialmente nell'essere questo settore, più di altri, ontologicamente cangiante e mutevole nel tempo.

pubblicistiche viene sovente svolto da soggetti privati²; per i privatisti, giacché investe i rapporti tra contratto e organizzazione nel rapporto societario³.

Si assiste ad una tendenza alla pubblicizzazione: alcuni soggetti di diritto privato vengono ricondotti a regimi pubblicistici in quanto esercitano attività materialmente di pubblico interesse; in altri casi soggetti privati esercitano attività di pubblico interesse attraverso lo strumento della concessione; o vi è una pluralità di soggetti che, in considerazione degli interessi di tipo pubblicistico, sono fortemente regolamentati⁴.

Per altro verso ci sono novità legislative che hanno inciso sugli assetti organizzativi dell'impresa e sulla sua capacità di riorganizzazione di tali assetti, in caso di crisi dell'impresa stessa, e che spingono ad una riflessione sulla dimensione e adeguatezza dell'organizzazione, sulla *business judgement rule*, sulla prevenzione delle crisi⁵.

L'emergenza pandemica ha accentuato la rilevanza del fenomeno: i numerosi interventi emergenziali, nell'ambito del diritto dell'economia, dettati dalla esigenza di attutire le criticità causate dal virus, hanno fatto emergere la presenza di interessi di carattere pubblico e, di conseguenza, la necessità di incidere sulla organizzazione di quei soggetti privati che mirano a

² M. S. GIANNINI, *Esercizio privato di pubbliche attività*, in *Enc. Dir.*, XV, p. 686; F. SATTA, *Esercizio privato di funzioni e servizi pubblici*, in *Enc. Giur.* XIII, 1989, p. 2; A. MALTONI, *Esercizio privato di pubbliche funzioni*, in *Enc. Dir.*, Annali I, Milano, Giuffrè, 2007, p. 570; ID., *Condizioni che consentono di 'equiparare' un'organizzazione privata ad una organizzazione pubblica nell'esercizio di funzioni amministrative e condizioni eteroinposte da cui conseguono effetti conformativi dell'organizzazione di enti privati per la salvaguardia di interessi pubblici 'essenziali'*, in questa Rivista, 2020, p. 161.

³ P. FERRO -LUZZI, *I contratti associativi*, 1971; P. SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, 1974; G. MARASÀ, *Le società*, Milano, 2000; C. ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, Milano, 2012, *passim*; C. ANGELICI, *Attività e organizzazione. Studi di diritto delle società*, Torino, 2007; ID., *Le basi contrattuali della società*, in *Tratt. Colombo Portale*, Torino, 2004, p. 101, evidenzia come si debba elaborare una nozione di "organizzazione" di tipo normativo, ossia nella particolare disciplina di un'attività; F. D'ALESSANDRO, *Il fenomeno societario tra contratto e organizzazione*, in *Giur. comm.*, 2017, p. 487.

⁴ Sul punto, L.R. PERFETTI, *Organizzazione amministrativa e sovranità popolare. L'organizzazione pubblica come problema teorico, dogmatico e politico*, in questa Rivista, 2019, p. 28.

⁵ Il principio di adeguatezza organizzativa assume una valenza sistematica; la crescente rilevanza degli assetti organizzativi trova una conferma anche nel nuovo articolo 2086 del codice civile modificato dal codice della crisi d'impresa dove l'obbligo imprenditoriale di predisporre, nell'esercizio della propria attività d'impresa, di un assetto organizzativo amministrativo e contabile adeguato diventa importante anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi l'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché per consentire l'attivazione senza indugio di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale (per un approfondimento sul punto sia consentito il riferimento a R. CALDERAZZI, *La funzione dell'organizzazione nell'impresa bancaria*, 2019, p. 269, ove riferimenti bibliografici sul principio di adeguatezza organizzativa).

tutelare interessi pubblici⁶: ne sono derivate ulteriori alterazioni nella organizzazione economica privata.

Più in generale l'emergenza ha determinato il dispiegarsi di un meccanismo autoritario⁷ che ha portato ad un monopolio dell'autorità su tutto ciò che è di pubblico interesse: in particolare, nei processi economici, si riafferma la presenza dello Stato come regola nel processo economico, sia nella forma dello Stato imprenditore, sia attraverso soggetti di diritto privato che subiscono modifiche di carattere organizzativo nell'esercizio della propria attività di impresa in considerazione degli interessi che perseguono.

Nel settore del diritto dell'economia ci si è, così, progressivamente allontanati dal modello costituzionale fissato dagli articoli 41 e 43⁸, ispirato alla protezione dei diritti fondamentali, attraverso la moltiplicazione dei centri di regolazione⁹ e la proliferazione progressiva di norme speciali e derogatorie, anche con strumenti di *soft law* e *soft regulation*, con una alterazione del rapporto con lo Stato di diritto¹⁰.

Da un lato lo Stato, al fine di soddisfare determinati bisogni dei cittadini, ritiene necessario assumere nuovi compiti pubblici, pubblicizzando alcuni enti privati¹¹, dall'altro lato, quasi per

⁶ Sui profili giuridici, nell'ambito del diritto dell'economia, sollevati dall'emergenza sanitaria, cfr. A.A. VV., *Sistema produttivo e finanziario post covid-19: dall'efficienza alla sostenibilità. Voci dal diritto dell'economia*, a cura di U. Malvagna e A. Sciarrone Alibrandi, 2020, Pisa; AA.VV., *Il diritto dell'emergenza: profili societari, concorsuali, bancari e contrattuali*, a cura di M. Irrera, 2020, Torino.

⁷ L.R. PERFETTI, *Il Governo dell'arbitrio. Riflessioni sulla sovranità popolare durante la XVIII legislatura repubblicana*, Rubettino, 2021, p. 12, nonché i saggi contenuti nel secondo fascicolo della Rivista P.A. 2020.

⁸ Sul tema, cfr. 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; ID., *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001, p. 175 e ss.

⁹ G. ROMAGNOLI, *Concorrenza e "complementarietà" delle vigilanze economiche*, in questa Rivista, 2020, p.132, interpreta la moltiplicazione dei centri di regolazione con l'evoluzione scoordinata della disciplina dei comparti assicurativo, bancario, mobiliare e la spinta all'adeguamento dei dettami dell'Unione europea; sul punto cfr., altresì, S. AMOROSINO, *Le dinamiche del diritto dell'economia*, Pisa, 2018, p. 34.

¹⁰ Come si è avuto modo di evidenziare gli interventi di *soft law* e *soft regulation* si sovrappongono alle fonti primarie sub primarie mettendo in discussione i paradigmi tradizionali sulle modalità di recepimento all'interno dell'ordinamento nazionale e ponendo problemi di coordinamento di rapporti tra pubblici poteri: R. CALDERAZZI, *La emergenza, pandemia ed intervento dell'autorità sull'impresa bancaria*, in questa Rivista, 2020, p. 242 e ss., ove riferimenti bibliografici sulla crisi della statualità.

¹¹ A. MALTONI, *Condizioni che consentono di 'equiparare' un'organizzazione privata ad una organizzazione pubblica nell'esercizio di funzioni amministrative e condizioni eteroimposte da cui conseguono effetti conformativi dell'organizzazione di enti privati per la salvaguardia di interessi pubblici 'essenziali'*, cit., p. 164.

compensare una fuga dalla organizzazione pubblica,¹² si assiste ad una graduale estensione della nozione di soggetto pubblico o di amministrazione in senso sostanziale che ricomprende anche diversi enti di diritto privato.

Spesso le forme privatistiche sono privilegiate in quanto le organizzazioni private sono in grado di assicurare una migliore efficienza nell'attività rispetto alle organizzazioni pubbliche.

Se non che quando l'agire negoziale si intreccia con interessi pubblici, benché si continui ad utilizzare il modello privatistico di diritto comune, la connotazione degli interessi generali di cui diventa portatore incide sulla organizzazione contrattuale e, in alcuni casi, sulla causa stessa del contratto: in tal modo lo strumento societario diventa il punto di convergenza di diversi interessi che non sono più assorbiti dal solo interesse sociale¹³.

La questione certamente investe il rapporto tra pubblico e privato e la “zona di confine”¹⁴ tra i due ambiti, fenomeno oggi particolarmente attuale, coerentemente con quanto ci ricordava nel 1943 Pugliatti secondo il quale ogni crisi nel campo del diritto riconduce lo studioso alla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato e tanto più la crisi è acuta, tanto più si è inclini a negare la distinzione, senza considerare che l'esigenza razionale del diritto come ordinamento è proprio nella dinamica dei due termini¹⁵.

Se è vero che nessuna organizzazione nasce se non funzionalmente ad uno scopo, ad un obiettivo, ad un'esigenza¹⁶ si tratta di comprendere quali siano le ragioni e gli obiettivi che inducono alla scelta di quella particolare organizzazione.

Per soddisfare tali esigenze la rivista P. A., negli ultimi due anni, ha rilanciato il dibattito sulla organizzazione e, sul fronte del diritto dell'economia¹⁷, in particolare sulle organizzazioni

¹² F. G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, VI, Milano, Giuffrè, 2002, p. 110.

¹³ R. RORDORF, *Le società pubbliche tra inquadramento privatistico e normativa pubblicistica*, in *Magistratura giustizia società*, Cacucci Bari, 2020, p. 310.

¹⁴ Così, S. PUGLIATTI, voce *Diritto pubblico e privato*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1964, XII, p. 696 e ss.

¹⁵ S. PUGLIATTI, *Istituti del diritto civile, Prefazione*, Giuffrè, Milano, 1943, p.

¹⁶ L.R. PERFETTI, *Organizzazione amministrativa e sovranità popolare. l'organizzazione pubblica come problema teorico, dogmatico e politico*, cit. p. 23.

¹⁷ Cfr. i fascicoli 2019, n. 1, 2020, n. 1 e 2, ove ampi riferimenti dottrinali sull'organizzazione ai quali si rinvia, in particolare per i profili del diritto dell'economia, cfr. A. MALTONI, *Condizioni che consentono di 'equiparare' un'organizzazione privata ad una organizzazione pubblica nell'esercizio di funzioni amministrative e condizioni eteroimposte da cui conseguono effetti conformativi dell'organizzazione di enti privati per la salvaguardia di interessi pubblici 'essenziali'*, cit., p. 161; A. CLINI, *Ordinamento sezionale del credito e diritti fondamentali della persona*, 2019, p. 137; ID., *Funzione monetaria e organizzazione nell'Unione europea*, 2020, p. 103; E. CARLONI, *Diritti by design. Considerazioni su organizzazione, autonomia organizzatoria e*

economiche private di diritto pubblico, assunta la prospettiva secondo la quale l'organizzazione è definita dai suoi fini, si è soffermata sulle ragioni delle deviazioni delle regole nelle organizzazioni, in una rilettura del rapporto svolgimento dell'attività d'impresa, organizzazione, ruolo dell'autorità.

2. L'autonomia privata nell'esercizio dell'impresa di rilievo pubblico.

Nell'esercizio dell'impresa privata di rilievo pubblico si assiste ad un rapporto dialettico tra autonomia privata e intervento pubblicistico in cui l'autonomia privata viene regolata e spesso limitata da regole amministrative¹⁸.

Si è già in altra sede evidenziato come, nella legislazione speciale, la menomazione del ruolo volitivo della parte derivi dalla fisiologia delle relazioni e della loro appartenenza ad una categoria socio - economica¹⁹.

Cambia il paradigma dell'autonomia privata che non rappresenta più una volontà libera ma una decisione contornata di regole che intervengono dall'esterno e che servono alla protezione di interessi diversi dal soggetto che decide²⁰.

I soggetti che operano sul mercato e le attività che si compiono fanno emergere l'insufficienza delle norme di diritto comune, l'esigenza di superare le asimmetrie informative e la necessità di trovare una risposta dell'ordinamento alla protezione degli interessi coinvolti: si assiste, così, ad una "invasione" degli spazi di autonomia e libertà delle parti che portano a delle alterazioni della autonomia negoziale e organizzativa.

protezione degli interessi, 2020, p. 511. PIAZZA, *L'organizzazione dei soggetti privati incaricati di pubbliche funzioni e i riflessi sul regime degli atti*, 2019, p. 159; G. ROMAGNOLI, *Concorrenza e "complementarietà" delle vigilanze economiche*, 2020, cit., p. 131; R. CALDERAZZI, *La funzione dell'organizzazione nell'impresa bancaria*, 2019, cit., p. 261; ID., *L'organizzazione del capitale nell'impresa bancaria*, 2020, p. 143.

¹⁸ Sui riferimenti alle ipotesi nelle quali è stato fatto rientrare il fenomeno dell'esercizio privato di pubbliche funzioni, I. PIAZZA, *L'organizzazione dei soggetti privati incaricati di pubbliche funzioni e i riflessi sul regime degli atti*, cit. p. 160, nt. 5.

¹⁹ G. GRISI, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 55 e ss., ricorda le tappe dell'evoluzione dell'autonomia privata, dalla crisi del liberismo economico al superamento del modello dirigistico. Sul tema, v. V. ROPPO, *Il Contratto*, cit., p. 44; G. B. FERRI, *La "cultura" del contratto e le strutture del mercato*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, pp. 22 e ss.

²⁰ Per un approfondimento sul tema 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. 338.

Nella dialettica autorità – libertà le alterazioni dell'autonomia privata dipendono dall'applicazione di regole pubblicistiche, dunque l'esercizio dell'attività d'impresa viene regolato, non dall'autonomia privata, ma da strumenti diversi: la concessione, la regolazione trovano la loro giustificazione nella presenza di dimensioni collettive e incidono sui profili organizzativi che l'impresa svolge.

In considerazione degli interessi che determinate attività di impresa tutelano le regole organizzative che vengono applicate portano ad un superamento del concetto tradizionale di autonomia privata: più in generale il diritto privato del rischio, sovente, in ragione dei soggetti che operano sul mercato e dell'attività svolta, vede una crisi dell'autonomia privata e la necessità di individuare una risposta dell'ordinamento al fine di tutelare i diritti di cui sono portatori una pluralità di soggetti: l'ordinamento cioè individua una necessità di protezione in quanto presente un rilievo pubblico che legittima la previsione di regole organizzative volte a soddisfare la tutela di quelli interessi.

Dunque, le alterazioni dell'autonomia privata, nelle organizzazioni economiche private, sono regole pubblicistiche applicate a favore di una pluralità di soggetti (i risparmiatori, i consumatori, i giocatori nel gioco e nella scommessa) che vantano diritti inviolabili e che legittimano l'esercizio del potere pubblico.

Tale prospettiva consente di affermare che le pretese individuali, contenute all'interno delle organizzazioni economiche private, non vivono nello spazio libero dell'autonomia privata quando l'organizzazione stessa è di interesse pubblico, e, poiché assumono dimensioni collettive, diventano portatrici di pretese più generali²¹, cioè i diritti diventano punto di unificazione.

3. La componente organizzativa dell'attività di impresa.

In ciascun contratto associativo è presente la componente causale e quella organizzativa: la prima segna il tipo di risultato che le parti intendono conseguire, cioè esprime il perché ci si associa,

²¹ Sul tema, v. L. R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir. pubbl.*, 2013, p. 114.

la seconda esprime le regole secondo cui devono prodursi gli atti che costituiscono l'attività di esecuzione del contratto e di realizzazione della causa, cioè esprime il come si produrrà l'attività di realizzazione della causa²².

Il legislatore ha voluto distinguere i singoli contratti associativi sulla base del tipo di risultato perseguito dalle parti, cioè ha privilegiato come criterio di qualificazione la causa²³: è il criterio generalmente utilizzato dal codice civile per individuare ogni tipo di contratto; la conformità dello scopo perseguito nella fattispecie concreta a quello evidenziato nella definizione legislativa del tipo di contratto attesta la meritevolezza dell'interesse perseguito e quindi la liceità della causa (così si legge nella relazione al codice civile).

Il criterio causale è entrato in crisi in considerazione della difficoltà, in alcuni casi, di individuarne la presenza²⁴: o perché è possibile realizzare più scopi con un'unica struttura organizzativa, o perché c'è una utilizzazione indiretta dei tipi, ossia l'utilizzazione di una struttura organizzativa per uno scopo diverso da quello previsto dal legislatore, o per la realizzazione dello stesso scopo attraverso differenti contratti associativi. Da tali considerazioni scaturiscono una serie di problematiche relative alla trasformazione e mutamento della causa dopo la stipulazione del contratto.

Non è questa la sede per soffermarsi sulla causa come criterio di distinzione dei contratti associativi, né tantomeno sulla crisi di tale criterio o sulla sua trasformazione e mutamento all'interno dei contratti associativi: infatti, ai fini dell'indagine, assume rilevanza la componente organizzativa, ossia il come si produrrà l'attività di realizzazione della causa, e soprattutto le ragioni per le quali si interviene sulle regole organizzative nell'esercizio di quella determinata attività.

²² P. SPADA, *La tipicità delle società*, Padova 1974.

²³ Numerosissimi gli studi sul tema: tra i principali T. Ascarelli, *Il contratto plurilaterale*, in *Saggi giuridici*, Milano 1949, p. 282; P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1971, passim; G. MARASÀ, *Le "Società" senza scopo di lucro*, Milano, 1984, passim; ID., *Le società*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, Giuffrè, p. 40; F. GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in *Comm. Infatti cod. civ. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1976, p. 61.

²⁴ Il superamento del criterio causale viene prospettato da G. SANTINI, *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.* 1973, I, p. 151. Il suo saggio è diventato punto di riferimento per la letteratura successiva. Cfr., altresì, G. MARASÀ, *Le "Società" senza scopo di lucro*, cit.; ID., *Nuovi confini delle trasformazioni e fusioni nei contratti associativi*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, II, p. 311.; A. CARRABBA, *Scopo di lucro e autonomia privata. La funzione nelle strutture organizzative*, Napoli, 1994.

Si è già avuto modo di evidenziare quanta importanza il concetto di organizzazione assuma nel diritto societario, sia sotto il profilo dell'utilizzo di diversi modelli organizzativi, nel senso che le imprese utilizzano modelli organizzativi diversi sulla base della forma giuridica prescelta, sia come assetto organizzativo all'interno del tipo prescelto, inteso come un insieme di compiti e funzioni decisionali che incidono sul funzionamento della stessa e che sono funzionali alla tutela degli interessi coinvolti²⁵.

Naturalmente ci si riferisce alle strutture di organizzazioni private a fini di interessi generali in cui si verifica una specifica e parziale modifica eteroimposta della struttura organizzativa dell'ente societario, insieme alla attribuzione all'amministrazione competente di un potere di vigilanza strutturale e funzionale volto ad assicurare il soddisfacimento di interessi pubblici individuati come essenziali.

Diverso è il fenomeno di conferimento a organizzazioni private della titolarità o esercizio di funzioni amministrative dove la doverosità della cura dell'interesse pubblico deriva dalla parziale pubblicizzazione dell'attività del soggetto conferitario privato, mentre non sono imposte modifiche alla sua struttura organizzativa in quanto per il soddisfacimento dell'interesse pubblico e della tutela dei terzi è essenziale preservare il regime amministrativo dell'attività conferita²⁶.

La prospettiva emersa dal dibattito che la rivista P.A. ha ospitato nell'ultimo biennio ha guardato non solo alla valenza sistematica che il principio di adeguatezza organizzativa assume e all'essenzialità della presenza di un sistema organizzativo proporzionato ed efficiente nelle organizzazioni di diritto privato che rivestono un interesse pubblico, ma, soprattutto, alla funzione che il requisito dell'organizzazione assume quando quella determinata attività tutela interessi di rilievo pubblico e alle deviazioni che ne derivano.

Ciò in quanto le scelte organizzative determinano il modo di svolgimento dell'attività e sono strumentali alla realizzazione di determinati fini²⁷.

²⁵ Sia consentito il riferimento a R. CALDERAZZI, *La funzione dell'organizzazione nell'impresa bancaria*, 2019, p. 264 e 265, in particolare nt. 7.

²⁶ A. MALTONI, *Condizioni che consentono di 'equiparare' un'organizzazione privata ad una organizzazione pubblica nell'esercizio di funzioni amministrative e condizioni eteroimposte da cui conseguono effetti conformativi dell'organizzazione di enti privati per la salvaguardia di interessi pubblici 'essenziali'*, cit., p. 177.

²⁷ A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 406, sottolinea i soggetti privati tenuti al perseguimento di un interesse pubblico presentano delle deviazioni nei profili organizzativi rispetto al

Come è stato opportunamente evidenziato²⁸, in un sistema in cui le figure soggettive incaricate della cura di interessi generali sono molteplici diventa utile non scoprire la natura di tali figure ma, in considerazione delle finalità perseguite e degli interessi tutelati, capire quale regime giuridico si applica e cioè quali siano i caratteri organizzativi e funzionali di ciascuna fattispecie.

Dal dibattito sin qui compiuto²⁹ emergono alcune riflessioni: innanzitutto le organizzazioni private sono preferite sotto il profilo dell'efficienza, anche quando perseguono interessi pubblici; lo strumento societario diventa il punto di convergenza di diversi interessi; l'autonomia privata subisce una compressione; l'intervento pubblicistico porta a delle alterazioni di tipo organizzativo.

Accade, infatti, che quando un'impresa privata svolge funzioni di diritto pubblico subisce delle modifiche di tipo organizzativo, in particolare vengono limitate le opzioni organizzative per i soci contraenti nella consapevolezza che gli stessi, organizzandosi liberamente, possano pregiudicare gli interessi pubblici³⁰.

4. Le ragioni delle alterazioni organizzative.

Le argomentazioni sin qui illustrate portano a ritenere che quando c'è un esercizio privato di pubbliche funzioni occorre rendere compatibile la realizzazione dell'interesse pubblico con il fine perseguito dal privato; per realizzare tale obiettivo si possono (*rectius* si devono) verificare alterazioni di tipo organizzativo.

Una pluralità di soggetti di diritto privato, quando esercitano attività di interesse pubblico vengono ricondotti a regimi pubblicistici attraverso diversi strumenti: innanzitutto con la regolazione pubblicistica della loro attività o con controlli e vigilanza di istituzioni pubbliche

modello generale, con una consistente compressione della sfera dell'autonomia privata. Sul punto cfr. anche S. PELLIZZARI, *Soggetti privati che esercitano funzioni procedurali: i rapporti con l'organizzazione amministrativa tra pubblico e privato*, in *Pubblico e privato. Oltre i confini dell'amministrazione tradizionale*, a cura di B. Marchetti, Padova, Cedam, 2013, p. 151 ss.; S. TORRICELLI, *I contratti tra privati come strumenti di regolazione pubblica*, in *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa. Problemi e prospettive*, a cura di G. Falcon, B. Marchetti Padova, Cedam, 2013, p. 213 ss.

²⁸ G. NAPOLITANO, *Soggetti privati «Enti pubblici»?», in *Dir. amm.*, 2003, p. 801.*

²⁹ Per una più completa analisi del dibattito sull'organizzazione v. fascicoli 2019 e 2020 di questa *Rivista*.

³⁰ C. ANGELICI, *Introduzione*, in *Società bancarie e società di diritto comune. Elasticità e permeabilità dei modelli. Incontro di studio del 23 giugno 2016*, cit., p. 759.

sull'attività di impresa: negli enti vigilati l'intervento delle regole pubblicistiche porta ad una alterazione dell'autonomia privata e alla predisposizione di un sistema organizzativo efficiente che, per un verso, costituisce un presidio per clienti e investitori, per l'altro, diventa parametro – per l'autorità di vigilanza – di verifica del rispetto della correttezza, trasparenza, stabilità patrimoniale e contenimento del rischio.

Nel sistema bancario, ad esempio, le autorità di vigilanza europee e nazionali verificano che le soluzioni organizzative siano adeguate alle finalità che le imprese bancarie intendono perseguire³¹.

Non solo ma la rilevanza pubblicistica, propria dell'attività bancaria, finisce per plasmare anche l'interpretazione delle norme dettate dal codice civile, come la giurisprudenza di legittimità ha più volte ribadito³²: ciò significa che le regole in materia di organizzazione e governo societario vengono applicate con una maggiore rigidità in sede contenziosa.

Anche l'organizzazione finanziaria all'interno dell'impresa bancaria costituisce un esempio importante di alterazione organizzativa: una corretta organizzazione dei valori finanziari costituisce espressione del requisito dell'organizzazione attraverso la previsione di una disciplina che viene approntata secondo parametri più stringenti rispetto alla disciplina di diritto comune, con l'introduzione di regole più rigide, giacché la misurazione dei requisiti patrimoniali deve assicurare il rispetto, non già del solo principio di corretto finanziamento dell'attività d'impresa, ma del perseguimento di una sana e prudente gestione³³.

Il patrimonio di una banca e le regole organizzative che lo stesso contiene diventano espressione di un processo evolutivo che mira alla tutela del rispetto del principio di sana e prudente gestione, formula riassuntiva degli obiettivi sottostanti all'intera disciplina dell'impresa bancaria³⁴.

³¹ Sul ruolo delle autorità di vigilanza sull'impresa bancaria, cfr., *ex multis*, S. AMOROSINO, *La regolazione pubblica delle banche*, Milano, 2016; F. Capriglione, *Intervento pubblico e ordinamento del credito*, Milano, 1978; ID, *Regolazione europea post-crisi e prospettive di ricerca del 'diritto dell'economia': il difficile equilibrio tra politica e finanza*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2016, p. 1; M. DE BELLIS, *La regolazione dei mercati finanziari*, Milano, 2012; C. BRESCIA MORRA, *La nuova architettura della vigilanza bancaria in Europa*, in *Banca, Impresa. Società*, 2015, p. 73;

³² Basti pensare alla copiosa giurisprudenza in materia di dovere di agire in modo informato da parte degli amministratori non esecutivi: cfr., da ultimo, Cass. civ., sez. II, 18 settembre 2020, n. 19556, *ilcaso.it*.

³³ Sull'argomento sia consentito il riferimento a R. CALDERAZZI, *La funzione organizzativa del capitale nell'impresa bancaria*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 78 e 112.

³⁴ F. SARTORI, *Disciplina dell'impresa e statuto contrattuale: il criterio della «sana e prudente gestione»*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2017, p. 131, afferma che “sana e prudente gestione” ed “efficienza e competitività del sistema finanziario” costituiscono «gli elementi primari della stella polare che illumina l'agire della vigilanza con riguardo al carattere micro e macro prudenziale». Per una ricostruzione del significato della clausola della sana e prudente gestione e del suo rapporto con

Dunque la determinazione del capitale interno complessivo di una banca, la predisposizione di una struttura organizzativa che prevede un complesso sistema di controlli interni, un ruolo incisivo di tutti i soggetti deputati a garantire l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, l'intervento dell'autorità di vigilanza (che, attraverso una iper regolamentazione, incide sulla organizzazione interna di una banca) perseguono la finalità di tutelare gli interessi che gravitano intorno all'impresa bancaria con il minor rischio possibile, ossia di assicurare una gestione dell'attività bancaria sana e prudente, ovvero di garantire il conseguimento degli scopi che l'art. 47 Cost. si prefigge.

Lo stesso significato delle pretese individuali dei singoli azionisti esprime un valore organizzativo che tiene conto del significato che l'interesse sociale assume all'interno dell'impresa bancaria: la cura della posizione dell'azionista mira al soddisfacimento di un interesse pubblico, il cui obiettivo finale, nell'esercizio dell'attività bancaria, è rappresentato dalla protezione del risparmio; ciascuna pretesa individuale contiene un segmento di interesse pubblico, pertanto vede l'applicazione di una disciplina diversa³⁵.

Anche le società quotate sono assoggettate a regole parzialmente diverse in considerazione degli interessi che gravitano nei mercati finanziari, non solo per quanto riguarda gli aspetti organizzativi endosocietari dove la necessità di una adeguatezza degli assetti organizzativi serve ad assicurare trasparenza, correttezza dei comportamenti e tutela degli investitori, diventando così un principio di valenza sistematica³⁶, ma anche attraverso il controllo del regolatore sul mercato finanziario: la Consob esercita il proprio potere di vigilanza per garantire la tutela dell'investitore,

l'art. 47 Cost. cfr. L.R. PERFETTI, *Art. 107 – Autorizzazione*, in *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. Capriglione, Padova, 2018, p. 1591.

³⁵ Sul punto sia consentito il riferimento a R. CALDERAZZI, *La funzione dell'organizzazione nell'impresa bancaria*, 2019, cit. p. 266, ove riferimenti bibliografici.

³⁶ Sulla rilevanza della adeguatezza degli assetti organizzativi in ambito societario v. G. SCOGNAMIGLIO, *Recenti tendenze in tema di assetti organizzativi degli intermediari finanziari (e non solo)*, in *Studi in onore di Umberto Belviso*, vol. III, 2011, Cacucci, Bari, I, p. 1733; ID., *Gli assetti organizzativi degli intermediari finanziari*, in *La nuova disciplina degli intermediari dopo le direttive MiFID: prime valutazioni e tendenze applicative*, a cura di M. de Mari, Padova, 2009, p. 17; M. DE MARI, *Gli assetti organizzativi societari*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, diretto da M. Irrera, Bologna, 2016, p. 23; ID., *Diritto delle imprese e dei servizi di investimento*, Milano, 2018, p. 44 e ss.; M. IRRERA, *L'obbligo di corretta amministrazione e gli assetti adeguati*, in *Nuovo dir. soc.*, 2009, p. 17; A.M. LUCIANO, *Adeguatezza organizzativa e funzioni aziendali di controllo nelle società bancarie e non*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, p. 318; C. AMATUCCI, *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e business judgement rule*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, diretto da M. Irrera, Bologna, 2016, p. 999; I. KUTUFÀ, *Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società – Liber amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010, p. 709.

l'efficienza del mercato e la trasparenza³⁷, cioè interviene sulla attività d'impresa di intermediazione mobiliare condizionando la prestazione dei servizi di investimento, tanto che gli intermediari sono vincolati al rispetto di regole di comportamento e di profili organizzativi e procedurali al fine di garantire gli interessi che gravitano nei mercati finanziari³⁸.

Quindi, anche nel campo del sistema finanziario, si assume il punto di vista dei bisogni che si intendono soddisfare: l'investitore / risparmiatore / consumatore viene considerato nel suo ruolo di persona portatrice di interessi generali.

Nello stesso senso quando lo Stato consente ai privati l'esercizio dell'attività di gioco con lo strumento della concessione, attraverso la gara, crea una alterazione organizzativa, al pari di tutti i procedimenti pubblicistici³⁹, e trova la sua ragion d'essere nella necessità di trovare una risposta dell'ordinamento, tramite appunto la protezione pubblicistica, ai diritti di cui sono portatori una massa di persone, cioè il pubblico dei giocatori: in altri termini l'intervento statale, che si estrinseca con lo strumento della concessione, trova la sua legittimazione nella esigenza di proteggere un rilievo pubblico. L'intervento del potere politico sul processo economico dell'attività di gioco è giustificato dalla necessità di proteggere i diritti del giocatore e contiene in sé, in tutto o in parte, un interesse pubblico.

4. Spunti per una lettura dell'organizzazione come protezione dei diritti della persona.

La ripresa del dibattito sulla organizzazione privata di interesse pubblico, sia sotto il profilo dell'esercizio delle funzioni pubbliche da parte di soggetti privati, sia sotto il profilo del ricorso a una soggettività giuridica di diritto privato da parte degli enti pubblici, sia per la regolamentazione pubblicistica di alcune attività di impresa, è caratterizzato da un lato dalla presenza dell'interesse

³⁷ L. TORCHIA, *I poteri di regolazione e di controllo dell'autorità di vigilanza sui mercati finanziari nella nuova disciplina europea*, in *Regole del mercato e mercato delle regole. Il diritto societario e il ruolo del legislatore*, Milano, 2016;

³⁸ Sia consentito il rinvio a R. CALDERAZZI, *Poteri della Consob - arti 91 TUF*, in *Codice delle società*, a cura di N. Abriani, Milano, 2016, p. 3060.

³⁹ B. GILIBERTI, *Contributo alla riflessione sulla natura giuridica delle concessioni di pubblico servizio*, in questa Rivista, 2018, p. 112.

pubblico, dall'altro dalla emersione della esigenza del godimento dei diritti individuali, elementi che portano ad una caratterizzazione delle regole e funzioni della organizzazione privata.

La discussione viene collocata nella determinazione dei fini e del loro perseguimento attraverso le organizzazioni (ogni organizzazione ha una natura funzionale) e, conseguentemente, nelle relazioni tra le regole e le funzioni dell'organizzazione e le finalità e gli interessi che si intendono tutelare.

Le riflessioni che ne sono derivate hanno posto le premesse per una diversa dialettica tra libertà imprenditoriale e potere pubblico che mira alla salvaguardia dell'attività d'impresa, in ossequio al dettame costituzionale, ma supera l'approccio riduttivo di ricondurre la organizzazione di questo tipo di attività imprenditoriali nello schema dell'impresa a statuto speciale o di ricondurre tale attività all'apparato pubblico.

Vi sono delle organizzazioni private che, da un punto di vista organizzativo, non possono utilizzare le sole norme di diritto comune, ma richiedono l'applicazione di regole diverse che consentono di concretizzare i fini perseguiti da quella particolare attività imprenditoriale.

Il rapporto tra organizzazione e diritto è complesso in quanto l'organizzazione garantisce i diritti, ma, al tempo stesso, essa viene costruita e giustificata sulla base di quei diritti⁴⁰. Secondo la Corte costituzionale (n. 383 del 1998) «*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*», in quanto l'organizzazione e i diritti si condizionano reciprocamente.

Le considerazioni sin qui compiute sulla stretta correlazione tra diritti e organizzazione hanno altresì dimostrato che l'esigenza di tutelare un determinato diritto fa scaturire l'applicazione di determinate regole organizzative.

Nelle organizzazioni economiche private che proteggono interessi pubblici i rapporti, interni alle società con i soci e esterni con gli stakeholder, sono multiformi e più complessi rispetto alle organizzazioni economiche private che non perseguono interessi pubblici: i rapporti, infatti, sono caratterizzati da una pluralità di pretese che possono essere individuali (v. l'azionista di una banca) o collettive (i terzi risparmiatori o tutte le controparti che interagiscono con la società); sul profilo

⁴⁰ E. CARLONI, *Diritti by design. considerazioni su organizzazione, autonomia organizzatoria e protezione degli interessi*, in questa *Rivista*, 2020, p. 51.

del controllo esogeno si assiste ad un riconoscimento di competenze e poteri incisivi delle autorità di vigilanza.

E però l'elemento importante, punto di approdo per una lettura coerente dell'esercizio dell'attività d'impresa privata che svolge una funzione di diritto pubblico con il dettato costituzionale, nonché premessa per ulteriori riflessioni, è che non emerge una contrapposizione tra le diverse pretese o dei diversi soggetti in quanto la previsione di una organizzazione diversa e più incisiva (sia che si tratti delle regole del capitale in ambito bancario, sia che si tratti delle dettagliate regole procedurali nelle società quotate, sia che si tratti di proteggere il consumatore nel gioco e nella scommessa, sia che ci si riferisca a tutti gli intermediari che operano nel mercato finanziario), anche se – come si è detto – comporta una compressione degli atti di autonoma disposizione, limitando i poteri decisionali e incidendo sull'autodeterminazione negoziale degli attori del mercato, consente di trovare un equilibrio nella tutela dei diversi interessi, superando la loro contrapposizione e legittimando la compressione: ciò in quanto la previsione di un insieme di regole che incidono sull'organizzazione di un'attività d'impresa sono funzionali alla protezione e massimizzazione dei diritti che quella determinata organizzazione privata di interesse pubblico persegue.

II STUDI

PARTE I

SIMONE TORRICELLI

Professore Ordinario di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Firenze

simone.torricelli@unifi.it

TRA PERSONA E PERSONE, DISCUTENDO CON MASSIMO MONTEDURO SU DOVERI E DIRITTI

BETWEEN THE INDIVIDUAL AND INDIVIDUALS, IN DIALOGUE WITH MASSIMO MONTEDURO ON RIGHTS AND DUTIES

SINTESI

Il contributo affronta alcune questioni sollecitate dalla lettura del saggio di Massimo Monteduro. In particolare, l'attenzione si concentra sulla rilevanza del compito dell'amministrazione di dare tutela ai diritti inviolabili, chiedendosi chiedersi quanto la prospettiva della funzionalizzazione ai diritti o addirittura ai diritti inviolabili sia in grado di spiegare l'amministrazione, secondo la tesi che vede nell'amministrazione un veicolo per garantire i diritti delle persone.

Secondo l'autore, nel disegno costituzionale, l'amministrazione sarebbe parte di un progetto più generale e più ambizioso mirato alla creazione di una società nuova, nella quale la garanzia dei diritti inviolabili costituirebbe una sorta di precondizione, essenziale ma elementare. Sempre secondo l'autore, sarebbe nel rapporto tra l'art. 2 Cost. e l'art. 3 Cost. il nodo di un modello di società che tende ad assicurare generali condizioni di libertà anche attraverso la reciproca conformazione delle posizioni delle persone l'una rispetto all'altra, in un contesto in cui la dimensione comunitaria non può mai essere trascurata. Dunque, potrà pur essere che l'art. 2 rappresenti il prisma della solidarietà costituzionale, come presuppone lo scritto, ma non la esaurisce e ne occupa solo una parte.

Secondo Massimo Monteduro, centrale è la persona, ma ci sono anche le altre persone, quelle di oggi e quelle di domani, c'è la comunità. Deve, dunque, prendersi con prudenza l'affermazione per cui riferire i doveri inderogabili alle persone avrebbe come possibile conseguenza interpretarli come un *numerus clausus*, mentre ciò non varrebbe se si riferiscano quei doveri alle pubbliche amministrazioni.

ABSTRACT

The contribution deals with a number of issues raised by reading Massimo Monteduro's essay. In particular, it focuses on the relevance of the administration's task of providing protection to inviolable rights, asking how far the perspective of functionalisation to rights or even inviolable rights is able to explain the administration, according to the thesis that sees the administration as a vehicle for guaranteeing people's rights.

According to the author, in the constitutional design, the administration would be part of a more general and ambitious project aimed at creating a new society, in which the guarantee of inviolable

rights would constitute a sort of precondition, essential but elementary. Again according to the author, the crux of a model of society that tends to ensure general conditions of freedom also through the reciprocal conformation of the positions of individuals with respect to one another, in a context in which the community dimension can never be neglected, would be in the relationship between Article 2 of the Constitution and Article 3 of the Constitution. Therefore, it may be that Article 2 represents the prism of constitutional solidarity, as presupposed in the text, but it does not exhaust it and occupies only a part of it.

According to Massimo Monteduro, the person is central, but there are also other people, those of today and those of tomorrow, there is the community. It is therefore necessary to be cautious about the assertion that referring to mandatory duties to persons would have the possible consequence of interpreting them as a *numerus clausus*, whereas this would not be the case if referring to those duties to public administrations.

PAROLE CHIAVE: doveri inderogabili, amministrazione, diritti inviolabili, comunità.

KEYWORDS: mandatory duties, administration, inviolable rights, community.

INDICE: 1. Cominciando da una domanda comune. – 2. Dovere, dimensione dell'amministrazione e perimetro dell'amministrare. – 3. Tra il fare, il non fare e il far fare. – 4. Doveri non inderogabili? – 5. Diritti inviolabili e altre aspettative, in una comunità che aspiri ad essere giusta.

1. Cominciando da una domanda comune.

A che serve l'amministrazione?

Questa è una delle domande di fondo sottese allo scritto di Massimo Monteduro, il quale si chiede se e come si possa identificare l'esistenza di un legame tra amministrazione e doveri (inderogabili) funzionalizzati al soddisfacimento di diritti (inviolabili). *Ergo*, se l'amministrazione serve a realizzare certi diritti delle persone. E così, argomentando sul crinale dell'esegesi dell'art. 2 Cost., egli formula una proposta ricostruttiva che identifica il senso dell'amministrazione attraverso la sua vocazione di servizio; più specificamente, la strumentalità ai diritti inviolabili consente di spiegare il fenomeno dell'amministrare, dando ad esso uno specifico fondamento legittimante. In questa dimensione e, verrebbe da aggiungere, in questo spazio, si piega il rilievo della politica, si stempera il valore della rappresentanza, si decolora il concetto di interesse pubblico. La sovranità si esprime soprattutto attraverso la primazia della persona.

La poliedricità delle tesi che supportano lo studio consente di avvicinarsi ad esso da diversi punti di vista; è inevitabile, però, che le premesse ideali dalle quali si parte conducano a metterne in luce alcune sfaccettature, lasciandone altre in ombra. E così, in queste note brevi (la cui finalità è solo quella di partecipare ad una discussione sul tema) rimarrà in ombra la dotta dissertazione con cui l'Autore riconduce l'amministrazione ai soggetti destinati di doveri costituzionali inderogabili di cui all'art. 2 Cost, sotto la copertura della quale si attenua la specialità della posizione dell'amministrazione rispetto a quella dei privati, in un ordinamento informato alla tutela dei diritti inviolabili. Emerge in filigrana, nello scritto, una disincantata insofferenza verso le letture più paternalistiche del rapporto tra amministrazione e amministrati. L'amministrazione "che fa il bene di" sembra estranea all'orizzonte culturale di Monteduro, il quale invece ne vincola l'attività innanzitutto a un fine che sta fuori la sua possibilità di scegliere e che si radica direttamente nella Costituzione. Anzi, di amministrati non è proprio più possibile parlare; la persona viene prima e nessuno la amministra.

Si coglie in questo anche il tentativo di spostare il piano degli auspici a quello del dover essere, postulando un'amministrazione che non solo si spera che risponda, ma che non può che rispondere al "dovere" di realizzare certi diritti delle persone. Il dovere è inderogabile, il rapporto indistricabile, il diritto inviolabile. Il legame con la contingenza non è esplicitato ma molto presente in tutto il lavoro, come anche pervade lo studio il bisogno di riaffermare l'esigenza giuridica (se non al fondo anche etica) di garantire in modo universale bisogni di vita essenziali, quale preconditione, sul piano individuale, per il rispetto della persona in quanto tale e, sul piano comunitario, della coesione sociale. La lontananza dall'idea dei diritti finanziariamente condizionati appare siderale.

L'intreccio delle implicazioni, che irradiano tutti i concetti di base del diritto delle pubbliche amministrazioni (potere e dovere, obbligo e pretesa, situazioni soggettive e interessi protetti, attribuzione e imperatività), conduce in un vortice in cui le categorie sono ripensate. Ciò proiettandosi sul portato ultimo delle derivazioni della costruzione della specialità dell'amministrazione, l'interesse legittimo, *"che dialoga, contemporaneamente, con il dovere amministrativo inderogabile (di fonte costituzionale) e con il potere amministrativo autoritativo (di fonte legislativa) il quale "serve" il dovere"*.

D'altra parte, e su questo un secondo elemento su cui merita fare un'osservazione, il fascino dell'idea esposta deriva, oltretutto dal rigore con la quale è sviluppata, da un certo tratto (non fino in fondo chiarito) di assolutezza: non sembra dire, l'Autore, che l'amministrazione ha, tra i suoi compiti, quello di realizzare i diritti inviolabili della persona; sembra invece dire che il compito dell'amministrazione, il suo dovere inderogabile, è in principio quello di realizzare i diritti inviolabili della persona e che questo compito ne qualifica la posizione ordinamentale. Da questo si parte per costruire anche altro.

E qui, però il quadro si fa complesso e, in un discorso che invita alla discussione, qualche nodo appare ancora da sciogliere

2. Dovere, dimensione dell'amministrazione e perimetro dell'amministrare.

“Dovere” è la nozione su cui lo scritto fa perno, nozione che si pone in continuità con quella di “obbligo”: il dovere, scrive Monteduro, deriva per l'amministrazione direttamente dalla Costituzione, per il tramite dell'art. 2 Cost.; l'obbligo è quello che si impone all'amministrazione in via legislativa, in particolare quando la legge eleva la tutela dei diritti oltre il loro carattere inviolabile, assicurandone il livello essenziale o anche andando al di là di esso. Non sembra casuale che il dovere perda la sua connotazione abituale in termini di funzionalità all'interesse pubblico, distinguendosi dall'obbligo, ordinariamente definito sulla base della relazione con l'interesse privato che il suo adempimento mira a soddisfare, in ragione non già di una diversità di contenuto, ma della diversa fonte. L'interesse pubblico ne risulta ulteriormente marginalizzato.

Partire dall'idea dell'amministrazione (in senso oggettivo) come “dovere” esprime la forza dell'idea parallela della sua strumentalità, in un quadro in cui l'amministrazione (in senso soggettivo) viene solidamente inserita nella dinamica istituzionale di uno Stato di diritto. L'amministrazione ha un senso in quanto “deve”: che poi “possa” è un fatto accidentale del tutto servente rispetto ai modi di adempiere al dovere che le è posto. La priorità logica del dovere rispetto al potere (secondo il sintagma “dovere-potere”, che sembra così sostituirsi al più praticato “potere-dovere,” in un

connubio in cui però il potere può non esserci, ma il dovere per forza vi è) ha non poche implicazioni.

In primo luogo, il dovere delinea il perimetro dell'amministrazione e dell'amministrare. È solo l'esistenza di un dovere posto dall'esterno di sé che giustifica l'esistenza di un'amministrazione che abbia il fine di assolverlo. Vi sarà dunque un'organizzazione costituzionalmente doverosa, che risponde all'assolvimento dei doveri inderogabili posti dall'art. 2 Cost. ed una amministrazione eventuale, che l'art. 97 Cost. rende necessaria per l'espletamento degli obblighi che siano poi eventualmente posti dalla legge, non potendosi ammettere l'imposizione di un obbligo che non sia riferito ad una struttura idonea a svolgerlo e accompagnato da una dotazione di mezzi adeguati.

Ma il discorso può essere fatto anche *a contrario*. Ogni ipertrofia che disallinei l'amministrazione rispetto ai compiti che le sono assegnati risulta *contra ius*: insomma, oltre il dovere non può esservi amministrazione. È un discorso, questo, risalente, che ha avuto una sua concreta pervasività in relazione alla previsione di poteri di imperio che non siano sufficientemente giustificabili, anche in termini di proporzionalità, rispetto all'esigenza finale di tutelare un interesse e a quella strumentale di assolvere ai doveri imposti; non ha mai avuto una presa reale per quanto concerne esistenza e dimensione di strutture amministrative ed enti pubblici vari, i cui progetti di razionalizzazione, mai davvero organici ed effettivi, sono stati sempre rimessi a valutazioni politiche contingenti.

Una seconda implicazione è una implicazione in positivo: è quella di configurare un'esigenza di amministrazione, intesa sempre come organizzazione che prende in carico la responsabilità della realizzazione del diritto e come attività che tende a realizzarlo. Interagiscono su questo profilo da un lato la norma di legge che definisce l'attribuzione e che dunque identifica la tipologia di interessi cui un'amministrazione è servente, dall'altro la norma, di livello costituzionale o legislativo, che identifica la situazione passiva del dovere o dell'obbligo, se del caso tramite la proclamazione del diritto.

Nulla di più serve; la discrezionalità degrada ai profili puramente organizzativi, mentre la pretesa alla realizzazione del diritto appare assoluta. E anche la questione dell'omissione legislativa, di cui lo scritto si fa ampio carico, appare da questo punto di vista meno drammatica. Il fatto che ogni interesse sia, per definizione, riferibile all'attribuzione di una amministrazione è l'unico

elemento che rileva, poiché ogni amministrazione ha, nell'ambito della propria attribuzione, una capacità d'agire che consente il generale utilizzo di strumenti di diritto comune tali da consentire di provvedere utilmente ad assolvere al dovere posto. Potranno dunque anche mancare poteri d'imperio, ma non mezzi giuridici che permettano il conseguimento del risultato. Come osserva Monteduro, "il potere amministrativo [è] solo uno, ma certamente non l'unico, strumento possibile per l'adempimento di doveri amministrativi inderogabili".

Ciò non significa, peraltro, che possa serenamente farsi a meno di una legge o che l'omissione legislativa sia trascurabile, perché non è affatto irrilevante, in termini di effettività della pretesa, che i doveri si specificino in obblighi posti dalla legge e che i diritti siano da essa esplicitamente affermati. L'omissione può generare incertezza e dunque conflitto e non si può postulare l'attivazione di un conflitto come strumento ordinario di tutela di un diritto inviolabile (altro è un diritto spontaneamente soddisfatto dall'amministrazione gravata da un dovere, altro è un diritto la cui soddisfazione richiede il passaggio da uno scontro con l'amministrazione e un ordine del giudice di provvedere).

Insomma, il problema dell'inerzia del legislatore non sembra porre problemi teorici, né di rapporto con la sovranità. Con un certo tasso di ingenuità, in effetti, si può considerare che la traduzione sul piano operativo delle forme di garanzia di un diritto che la sovranità espressa nella Costituzione ha già qualificato come inviolabile non ha bisogno del sostegno della legittimazione democratica propria della legge. Per essere più disincantati, prendendo atto degli spazi valutativi che l'operazione di concretizzazione del diritto inviolabile comporta, si può osservare che le amministrazioni sono comunque condotte da apparati politici capaci di assicurare un legame con la comunità di riferimento. Così, accantonato il problema teorico, l'assenza della legge sembra porre un serio problema operativo, tale da rendere difficile, incerto, eventuale, accidentale, il garantire livelli comuni di protezione del nucleo essenziale dei diritti.

3. Tra il fare, il non fare e il far fare.

Un caveat.

Vi è il rischio che una ricostruzione che si fondi sul dovere si traduca nel perorare la tesi di un iperattivismo dell'amministrazione. E, in particolare, vi è il rischio che essa finisca con il riaccordarsi o rafforzare l'idea che l'esistenza di un dovere da assolvere costituisca una priorità giuridica: solo una volta che il dovere sia assolto e il diritto inviolabile garantito emergeranno eventuali spazi per la libertà degli altri. Il dovere, insomma, potrebbe essere considerato dotato di una capacità di conformazione originaria della società (anche quale società economica e dunque mercato), che recede rispetto alla scelta di una presenza pubblica attiva. Solo dopo e solo nei limiti in cui lo consenta la conformazione dipendente dal modo in cui l'amministrazione ha scelto di essere presente nella società, i membri della comunità potranno misurare lo spazio di libertà che residua e pretenderne il rispetto.

Avrei due obiezioni, rispetto a una simile conclusione, entrambe impennate sull'idea della esistenza, nell'ordinamento, di un principio di libertà. La prima. Il punto dal quale partire, nel tessere la tela del rapporto tra amministrazione, libertà e diritti inviolabili, è il riconoscimento della pretesa di ciascuno di poter soddisfare i diritti (anche) inviolabili degli altri tramite l'esercizio delle proprie libertà, come anche, e prima ancora, il diritto di ciascuno di potere operare nell'esercizio delle proprie libertà per soddisfare i propri diritti (anche) inviolabili: solo poi viene l'amministrazione. La seconda. Assumere il contrario significa contraddire le premesse da cui occorre muovere, e cioè vi sia una posizione dell'amministrazione diversa da quella della strumentalità: una posizione che per definizione dovrebbe considerarsi quella del potere.

Per questo mi parrebbe di poter raccogliere le considerazioni di Monteduro precisando che l'esistenza di un dovere non importa per sé, per l'amministrazione, un obbligo di attivarsi, ma solo (e non è poco) la titolarità di una responsabilità circa il conseguimento dell'obiettivo cui è preordinato, dunque circa il fatto che i diritti siano soddisfatti. In questo senso, il dovere non interagisce, mi pare, solo con il diritto da soddisfare; dialoga anche con le libertà di cui i componenti della comunità sono titolari e che, nel loro esercizio, possono assicurare risultati già considerabili come soddisfacenti. Ne deriva una diversa dimensione di pretesa: una pretesa all'assenza o all'astensione.

Dovere uguale responsabilità: con questa equazione si rende chiaro che, innanzitutto, il compito dell'amministrazione è quello dell'astenersi dal fare, che il primo dovere

dell'amministrazione è lasciar fare (non utilizzo l'espressione *laissez o laissez faire*, perché usualmente utilizzata per altro tipo di ragionamento): lasciar fare una comunità che sia in grado di assicurare i diritti delle persone, sia quelli che la Costituzione considera inviolabili, che quelli che la legge o la stessa amministrazione sulla base della propria attribuzione considerano desiderabili.

Ovviamente, per la parte dell'invulnerabilità, tutto ciò che non è garantito dalla società deve essere garantito dall'amministrazione: è il suo dovere inderogabile. Per la parte della desiderabilità, la garanzia ulteriore dei diritti porrà un problema di ragionevole bilanciamento con il sacrificio che ciò impone alla libertà di fare delle persone. Un bilanciamento che la Corte costituzionale non è propensa a compiere, che la Corte di giustizia ha talora surrettiziamente compiuto, di cui quasi non si trova traccia nella giurisprudenza amministrativa, ma che, comunque, è certamente almeno compito della politica effettuare. Ciò anche tenendo conto che la sostenibilità complessiva del riconoscimento di un diritto è la precondizione per la sua effettività e che nulla vi è di peggio della declamazione di un diritto non seguita dalla sua concreta attuazione.

Neppure questo, invero, chiude la questione e vi è un ulteriore passaggio intermedio da compiere prima di arrivare ad ammettere un intervento teso a garantire in via diretta il diritto.

Occorre chiedersi in che modo l'amministrazione assolva l'obbligo in positivo di correzione di meccanismi sociali che danno risultati non conformi a diritto (ove non soddisfino i diritti inviolabili) o non conformi alle scelte compiute (ove non soddisfino obiettivi politici dati). L'idea di un ordinamento che parte dalla libertà, non importa forse anche in prima battuta creare le condizioni perché le libertà possano svolgersi in armonia con le priorità costituzionali e dunque rendere la comunità capace di realizzare i diritti inviolabili e gli altri interessi pubblici?

Se sì, tra il fare e il far fare, quest'ultima opzione viene prima, non già per scelta politica, ma per una esigenza giuridica. Se si vuole, la si può chiamare sussidiarietà, con tutte le sue implicazioni ideali e concrete; seguendo Monteduro, si può dire che questa è una implicazione dell'idea di una amministrazione a servizio.

4. Doveri non inderogabili?

Partire dai doveri, dunque, ha il merito di partire dalla funzione dell'amministrazione, ribadendo la centralità del suo rapporto con i diritti da realizzare. Questo però permette di osservare che tutti i doveri hanno al fondo la stessa tessitura. Se il dovere c'è, esso è, per definizione, inderogabile. Il carattere di inderogabilità, infatti, deriva dalla posizione servente dell'amministrazione innanzitutto rispetto alle fonti del diritto e, in definitiva, dalla natura stessa dello Stato di diritto. Ne segue che riportare l'amministrazione sotto l'ombrello dell'art. 2 Cost., ascrivendola ai destinatari della norma e facendo di essa uno dei soggetti passivi dei doveri inderogabili che quella norma menziona, non sembra togliere o aggiungere niente all'ordinario rapporto che l'amministrazione ha con i doveri anche di altro genere che l'ordinamento le pone.

Va allora forse precisata l'affermazione per cui il dovere inderogabile ha una sua inevitabile correlazione con i diritti inviolabili: può averla, come ha infatti nella prospettiva dell'art. 2 Cost., ma, per esempio, non l'ha necessariamente nella prospettiva dell'art. 3 Cost. che pone doveri inderogabili per la realizzazione di diritti anche non inviolabili e comunque non ce l'ha rispetto a tutte quelle generali funzioni dell'amministrazione che tendono a realizzare diritti che non possono essere definiti come tali.

Anzi, il dovere inderogabile non si lega neppure necessariamente a un diritto, in tutti quei casi in cui le amministrazione si muovono nell'ambito di un rapporto che non è necessariamente binario (non sono cioè preordinata alla realizzazione del diritto di una persona), ma che, attraverso la previsione di poteri discrezionali, si relazionano invece anche con la comunità (o, per usare una parola ancora più connotata, con la collettività), nel quadro di un generale progetto di riequilibrio sociale che si colora in modi diversi a seconda di come la politica decide di orientarlo. Che poi, in fondo ad una esigenza sociale e dunque ad un progetto di riequilibrio, vi siano comunque le persone e che poi, in fondo, soddisfare una esigenza sociale voglia dire creare condizioni di vita più eque, questo è certamente vero (l'interesse pubblico è alla fine sempre l'interesse delle persone, o almeno di una o più persone selezionate secondo criteri politici). Ma ciò rende il rapporto tra dovere e diritto mediato da scelte che impediscono di sapere *a priori* quale interesse diverrà un diritto e cioè sarà selezionato come meritevole.

In questa prospettiva c'è da chiedersi se davvero riflettere sui doveri inderogabili abbia una ricaduta circa la nozione di interesse legittimo. Quella nozione infatti non è invocabile in ogni caso in cui vi sia un diritto inviolabile ai sensi dell'art. 2 Cost. o, per dirla altrimenti, rispetto al nucleo essenziale dei diritti costituzionali (anche quella dottrina, ampiamente richiamata nello scritto, che insiste sul carattere formale dell'interesse pubblico, quale risultante di un processo politico, ammonisce però che la discrezionalità trova un limite esterno nel divieto di ledere gli interessi protetti dei cittadini), mentre quando emerge si connette ordinariamente al dovere inderogabile dell'amministrazione di esercitare la funzione nel rispetto delle regole ordinamentali.

Ma allora: il dovere non è “più” o “diversamente” inderogabile perché si riferisce alla realizzazione di un diritto inviolabile, perché l'inderogabilità non dipende dalla sua relazione con un diritto, ma dalla posizione ordinamentale di strumentalità dell'amministrazione. L'implicazione è che l'elemento caratteristico, nella prospettiva nella quale Monteduro ci proietta, non è l'inderogabilità del dovere, ma, piuttosto, l'inviolabilità del diritto, ed il fatto che l'amministrazione, rispetto a quel diritto, si trova in una posizione che non consente di scegliere, se non per il profilo dell'approntamento dei mezzi per realizzare il diritto inviolabile, dunque esercitando una mera forma di discrezionalità organizzativa.

5. Diritti inviolabili e altre aspettative, in una comunità che aspiri ad essere giusta.

Ribadire la rilevanza del compito dell'amministrazione di dare tutela ai diritti inviolabili intercetta un'esigenza che deriva da una inversione di tendenza: quella per cui sembra arrestarsi il fenomeno di progressivo arricchimento sociale che nel corso del XX secolo ha spinto costantemente in avanti il livello delle esigenze di cui si pretende il soddisfacimento. Le aspettative ad un costante aumento del benessere rende meno importante, almeno in termini quantitativi, il tema dei bisogni di base, del nucleo incompressibile dei diritti. Le aspettative alla decrescita, invece, fanno del richiamo ai diritti inviolabili una coordinata di fondo del processo di riassetto dei rapporti pubblico-privati e tra privati, facendo risaltare il tratto rigido di certe priorità e obbligando

la politica a concentrarsi su altro. Trapela il tema della decrescita sostenibile; l'impegno civico che è sotteso all'operazione emerge in modo marcato.

Se però si fa un discorso più di fondo, occorre chiedersi quanto la prospettiva della funzionalizzazione ai diritti o addirittura ai diritti inviolabili sia in grado di spiegare l'amministrazione, secondo la tesi che vede nell'amministrazione un veicolo per garantire i diritti delle persone. Si può davvero pensare che la funzionalizzazione ai diritti inviolabili indichi una dimensione ideale a caratterizzare il fatto giuridico-sociale dell'amministrare?

Nel disegno costituzionale l'amministrazione è parte di un progetto più generale e più ambizioso che tende alla creazione di una società nuova, nella quale la garanzia dei diritti inviolabili è una sorta di precondizione, essenziale ma elementare. È il rapporto tra l'art. 2 Cost. e l'art. 3 Cost. che disegna sino in fondo il quadro, in un modello di società che tende ad assicurare generali condizioni di libertà anche attraverso la reciproca conformazione delle posizioni delle persone l'una rispetto all'altra, in un contesto in cui la dimensione comunitaria non può mai essere trascurata. Dunque, potrà pur essere che l'art. 2 rappresenti il prisma della solidarietà costituzionale, come presuppone lo scritto, ma non la esaurisce e ne occupa solo una parte.

Ed allora, per non rischiare che il ragionamento diventi di retroguardia, non è inutile ribadire che, accanto e oltre i diritti inviolabili, vi sono gli altri diritti che, in un momento dato, secondo valutazioni di ragionevolezza e sostenibilità e sulle coordinate offerte dalla mediazione politica del momento, l'amministrazione è chiamata a realizzare, tenendo conto anche che i diritti di oggi possono o debbono poter essere sacrificati in funzione dei diritti futuri, secondo un piano di sviluppo solidaristico di natura anche intergenerazionale.

C'è la persona, certo, e Massimo Monteduro ce lo ricorda con forza; ma ci sono anche le altre persone, quelle di oggi e quelle di domani, c'è la comunità. In questo senso, mi pare da prendere con prudenza l'affermazione per cui riferire i doveri inderogabili alle persone ha come possibile conseguenza interpretarli come un *numerus clausus* (perché i doveri comprimono una loro originaria situazione di libertà,) mentre ciò non varrebbe se si riferiscano quei doveri alle pubbliche amministrazioni, visto che anche per queste ultime vi sono limiti di capienza, date le risorse organizzative e materiali, e dato anche il fatto che gli stessi diritti si pongono spesso in conflitto gli uni con gli altri.

C'è insomma, mi pare, un bisogno di coesione che è anche reciproco contenimento delle proprie pretese. C'è insomma, mi pare, che la dimensione comunitaria, che per definizione è convivenza in spazi limitati, qualifica non meno l'amministrazione di quanto non la qualifichi la relazione con diritti già indicati come inviolabili a livello costituzionale.

MARIA CRISTINA CAVALLARO
Professore Ordinario di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Palermo
mariacristina.cavallaro@unipa.it

DOVERI INDEROGABILI DELL'AMMINISTRAZIONE E DIRITTI INVIOLABILI DELLA PERSONA: APPUNTI SUL SAGGIO DI MASSIMO MONTEDURO

MANDATORY DUTIES OF THE ADMINISTRATION AND INVIOABLE RIGHTS OF THE PERSON: NOTES ON THE PAPER OF MASSIMO MONTEDURO

SINTESI

Il contributo affronta alcune questioni sollecitate dalla lettura del saggio di Massimo Monteduro. In particolare, l'attenzione si concentra sulla possibilità di configurare un rapporto tra doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona e sul ruolo del principio di legalità nella definizione dei doveri dell'amministrazione.

ABSTRACT

This article contains some considerations on the essay by Massimo Monteduro. In particular, the focus is on a possible relationship between the mandatory duties of the administration and the inviolable rights of the person and the role of the rule of law in defining the duties of the administration.

PAROLE CHIAVE: doveri inderogabili, amministrazione, diritti inviolabili, diritti sociali, principio di legalità.

KEYWORDS: mandatory duties, administration, inviolable rights, social rights, rule of law.

INDICE: 1. L'art. 2 della Costituzione e i doveri inderogabili della pubblica amministrazione. – 2. Il potere amministrativo tra doveri inderogabili e principio di legalità. – 3. Diritti inviolabili e doveri inderogabili: alcuni scenari.

1. L'art. 2 della Costituzione e i doveri inderogabili della pubblica amministrazione.

Il saggio di Massimo Monteduro¹ offre all'interprete un punto di osservazione inusuale dell'art. 2 della Costituzione. La complessità e l'intensità della riflessione svolta, che guarda alla seconda parte della disposizione e dunque all'adempimento di quei «*doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*», non consentono di concentrarsi sui molteplici spunti che il saggio propone al lettore. E tuttavia, pur volendo soffermare l'attenzione solo su alcuni profili affrontati dal nostro A., proprio la complessità e la profondità del ragionamento svolto impongono di ripercorrerne sinteticamente i passaggi fondamentali, per sottolineare alcuni snodi.

Innanzitutto, l'ambito soggettivo della previsione, cioè il soggetto a cui imputare i doveri inderogabili.

Lungo una traiettoria molto ben articolata, il ragionamento condotto procede dalla necessità di definire il «*perimetro semantico*» dell'art. 2 Cost. sull'estensione dell'adempimento dei doveri inderogabili. Dall'esame delle posizioni espresse dalla dottrina e dalla Corte Costituzionale, l'A. verifica la possibilità di includere anche i soggetti pubblici, in quanto «formazioni sociali», tra coloro che sono tenuti all'adempimento di tali doveri, in una con il richiamo all'art. 98 (oltre che agli artt. 51 e 54): nel senso di considerare lo svolgimento delle funzioni al servizio esclusivo della Nazione come strumento per l'adempimento di un dovere inderogabile. Pertanto, conclude l'A., la visione complessiva del disegno costituzionale consente di ritenere che la Repubblica, nel richiedere l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà ai sensi dell'art. 2, si rivolga «*non solo ai soggetti privati ma anche, per così dire, a sé stessa*», vale a dire, in primo luogo, agli enti pubblici territoriali di cui essa si compone, così come individuati dall'art. 114 Cost. Cosicché, la solidarietà espressa nell'art. 2 diviene «*doverosa tanto per il soggetto quanto per la Repubblica*».

Si potrebbe forse osservare come la prospettiva così tracciata rischi di *resistere*, o forse finirebbe con il *rinunciare*, alla duplice qualificazione della sussidiarietà in senso verticale e

¹ M. Monteduro, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva*, in questa *Rivista*, 2020, 543.

soprattutto orizzontale, che presuppone e si fonda sul principio solidaristico. E ciò, soprattutto, se si accoglie la lettura di Giuseppe Ugo Rescigno, secondo cui la formulazione del principio di sussidiarietà nella nostra Costituzione manifesta che «*si tratta non di un principio o criterio sostanziale, ma di un principio o criterio procedurale: esso non dice a chi spetta il tipo di azione considerato, ma quale ragionamento bisogna fare per individuare il soggetto competente*»²; la lettura di Massimo Monteduro ci dice già che l'amministrazione dovrebbe essere il soggetto competente. E verrebbe anche da pensare che, per altro verso, proprio la possibilità di imputare i doveri inderogabili di cui all'art. 2 Cost. alla pubblica amministrazione, in quanto "formazione sociale", riduce quella linea di demarcazione tra lo stesso art. 2 e il successivo art. 3 che, a garanzia dell'uguaglianza sostanziale, affida alla Repubblica il compito di "rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale" che "impediscono il pieno sviluppo della persona umana". Ma le obiezioni così formulate, delle quali si fa carico lo stesso Monteduro, sono superate dal disegno argomentativo del nostro A. e dalla simmetria che esso contiene, evocata già nel titolo del saggio: perché, una volta ammessa la possibilità, sul piano soggettivo, di imputare i "doveri inderogabili" alle pubbliche amministrazioni, la riflessione successiva è dedicata all'esigenza di individuare il contenuto degli stessi doveri e, stavolta, diviene cruciale affermare la sussistenza di una correlazione, se non di un vero e proprio rapporto giuridico, tra i diritti inviolabili e i doveri inderogabili di cui appunto fa menzione l'art. 2 Cost.

L'intento è cioè quello di dimostrare una capacità fondativa dell'art. 2 Cost., nel disporre in capo alla stessa Repubblica l'onere di garantire, attraverso l'adempimento dei doveri inderogabili, quei diritti inviolabili dell'uomo appena enunciati. Così, in primo luogo si prendono in considerazione le tesi contrapposte: da un lato quella che spinge nella direzione di un catalogo aperto dei doveri inderogabili; dall'altro quella, maggioritaria, che al contrario ne afferma il carattere ristretto, una sorta di *numerus clausus* di doveri inderogabili. Qui l'A. chiarisce un punto rilevante, circa le preoccupazioni espresse dalla dottrina in ordine alla possibile estensione dei doveri inderogabili, osservando come le stesse potrebbero meritare accoglimento, laddove ci si ponesse nella prospettiva tradizionale secondo cui la persona umana è il naturale destinatario della previsione dell'art. 2. Ma le stesse preoccupazioni non troverebbero fondamento accedendo alla

² G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. Pubbl.*, 2002, 14.

tesi, proposta da Monteduro, secondo cui i doveri inderogabili devono essere imputati alle pubbliche amministrazioni. In tal senso, perde anche rilievo l'ulteriore preoccupazione manifestata dalla dottrina, secondo cui riferire il binomio diritti inviolabili - doveri inderogabili al singolo individuo si pone in contrasto con il modello liberale e con il principio di legalità. Infatti, nella prospettiva qui esaminata, i diritti inviolabili e i doveri inderogabili si trovano «*in posizione di "asimmetria soggettiva"*», nel senso che i primi vedono «*come titolare la persona umana e i secondi, invece, le pubbliche amministrazioni*».

La soluzione rappresentata consente inoltre al nostro A. di sottolineare come «*nel configurare tra i doveri inderogabili dell'amministrazione pubblica e i diritti inviolabili della persona umana un rapporto di inerenza e coimplicazione*», non si produce l'effetto di privare i primi di autonomia concettuale né di ridurli «*a mera appendice o pallido riflesso dei secondi*»: al contrario, i doveri amministrativi inderogabili «*non appaiono essere né "echi" né "ombre" dei diritti inviolabili*», bensì «*"motori" di garanzie per l'effettività dei medesimi*».

Per questo, dopo un breve richiamo alla tesi di Santi Romano, su cui si avrà modo di ritornare, l'analisi si concentra sulla relazione diritto/obbligo/dovere, che muove per lo più dalle riflessioni di Hohfeld³ e, attraverso la consapevolezza della complessità dei concetti di "diritto" e di "dovere", si assume la necessità di una loro concezione gradualistica che consente poi di abbracciare l'idea di Waldron, dei diritti che «*generano ondate successive di doveri*»⁴. Ed è così che l'invulnerabilità dei diritti fondamentali fonda e genera un insieme di doveri inderogabili, di cui deve farsi carico la Repubblica, e che con quei diritti si pongono in stretta relazione e, dunque, in equilibrata simmetria.

³ Da cui, secondo M. MONTEDURO, *cit.*, emerge «*la progressiva presa di coscienza della complessità e multidimensionalità dei concetti di "diritto" e di "dovere", della difficoltà di ridurli a relazioni puramente bilaterali tra individui in relazione ad oggetti specifici: problema che si acuisce nei contesti costituzionali, in cui emergono al centro della scena i diritti fondamentali, inviolabili, dell'uomo*», che spinge l'A. a «*concepire gradualisticamente sia il diritto che il dovere, distribuendoli lungo uno spettro, in cui da diritti a più basso grado di specificità si passa via via a diritti a più alto grado di specificità, con doveri che si correlano a tali diritti variando, a loro volta, da un grado più basso (i "doveri in senso stretto", nella terminologia romaniana) a un grado più alto (gli "obblighi", in senso romaniano) di specificità*», 563.

⁴ In questa prospettiva, osserva l'A., «*"i diritti devono essere considerati come generatori non solo di un singolo dovere, ma di ondate successive di doveri" [waves of duties] e "anche un particolare dovere, pensato come associato a un diritto, genera esso stesso ondate di doveri"*; secondo questa tesi, «*"i diritti contrassegnano il modo in cui interessi generano doveri [...] un unico diritto può generare doveri sia negativi che positivi: alcuni richiederanno omissioni mentre altri richiederanno azioni e utilizzo di risorse. Ciò significa che può essere impossibile affermare in maniera certa che un dato diritto abbia carattere puramente negativo [...] o puramente positivo"*» M. MONTEDURO, *cit.*, 565.

A questo punto, il piano della riflessione, pur mantenendo ferma l'attenzione sull'art. 2 Cost., si sposta sulla giurisprudenza della Corte EDU: non perché la stessa possa *«imporre una data interpretazione del testo costituzionale»*, ma solo perché essa possa concorrere *«ad argomentare la plausibilità di una delle interpretazioni rese possibili dalla formulazione dell'art. 2 Cost.»*. In particolare, viene in rilievo un consolidato orientamento della Corte di Strasburgo sulla Convenzione che scorge nella CEDU il riconoscimento dei diritti fondamentali e ne esige il rispetto. Per cui, nell'intento di assicurare la garanzia e il rispetto dei diritti e al fine di scongiurare il pericolo di una loro affermazione puramente teorica, che li collocherebbe su un piano puramente "illusorio", si sottolinea come *«dai diritti dell'uomo scaturiscono doveri positivi degli Stati, che sono implicati dai diritti e quindi sono enucleabili per deduzione giusgenerativa da essi (considerati sia singolarmente che nel loro complesso)»*⁵.

Non v'è dubbio che la carica suggestiva della posizione della Corte EDU potrebbe facilmente far scivolare il ragionamento su un terreno meno solido, dove l'enfasi su una "retorica" dei diritti (fondamentali e/o umani) ne compromette fatalmente la garanzia e la stabilità, riportandoli su quel piano "illusorio" da cui la stessa Corte ha provato a prendere le distanze. Si tratta però di una tentazione alla quale non cede il nostro A., il quale, sia quando si muove su un piano di teoria generale, sia quando affronta il dato di diritto positivo, mantiene sempre un rigore argomentativo funzionale all'esigenza che è possibile scorgere nell'intero sviluppo del saggio: vale a dire, come già osservato, quella di fondare una nuova teoria interpretativa dell'art. 2 Cost., che consenta di imputare in capo all'amministrazione i doveri inderogabili, a garanzia degli stessi diritti inviolabili.

2. Il potere amministrativo tra doveri inderogabili e principio di legalità.

⁵ Con la conseguenza che, prosegue il nostro A., *«escluso ogni potere di ingerenza della Corte sulle decisioni delle autorità nazionali, «la Corte deve vigilare affinché gli Stati adempiano correttamente al loro dovere di proteggere i diritti delle persone» (p. 27). La sintesi rappresentata consente a Massimo Monteduro di osservare come «il sistema CEDU, nel cui seno si è consolidata la teoria della «ingerenza» ai diritti umani delle «positive obligations» quali doveri pubblici (in particolare, amministrativi) di garanzia e protezione attiva dei medesimi diritti da parte degli Stati»*, M. MONTEDURO, *cit.*, 567.

Terminata la ricostruzione teorica sulla configurabilità di doveri inderogabili in capo alle pubbliche amministrazioni, si apre un'ampia riflessione sulle implicazioni della tesi proposta rispetto alla sovranità, alla legalità, ai poteri amministrativi, agli interessi legittimi e pubblici, all'organizzazione, ai vincoli finanziari, alle tutele giurisdizionali.

Tutti temi di grande rilevanza, che, soprattutto nelle riflessioni conclusive manifestano la volontà di trovare il punto di caduta del ragionamento condotto rispetto allo scenario attuale e alla necessità di garantire e tutelare, proprio attraverso la “forza dell'inderogabilità dei doveri”, il “nucleo irriducibile dei diritti”. Anche in tal caso, pur volendo svolgere solo alcune riflessioni su un profilo particolare del ragionamento del professore Monteduro, e cioè quello relativo al rapporto tra doveri inderogabili dell'amministrazione e principio di legalità, sembra imprescindibile ripercorrere le tappe principali del percorso argomentativo svolto, per provare a coglierne i punti di maggior interesse.

Alcuni dei quali si addensano sulle conseguenze che potrebbero prodursi rispetto al raggio di operatività del principio di legalità dell'azione amministrativa, anche per effetto della nuova concezione della sovranità, che emerge dal saggio del nostro Autore e che merita un'attenzione particolare.

La prima parte del ragionamento riprende la relazione diritto – dovere: e come per i diritti inviolabili si parla di un “nucleo irriducibile” e irrinunciabile, che prescinde quasi da un riconoscimento legislativo, ma la cui dimensione e consistenza è, di volta in volta, individuata «dal giudice delle leggi in base a criteri non prefissati, ma comunque riferibili al dato costituzionale», alla stessa maniera esiste un nucleo irriducibile dei doveri inderogabili. I quali, seguendo quella costruzione simmetrica più volte richiamata, sono «i *doveri generali originati dall'art. 2 Cost. a garanzia del nucleo irriducibile dei diritti inviolabili*» e trovano un esplicito fondamento nella Costituzione: sicché la loro “inderogabilità” implica un «*divieto di deroga da parte di qualsiasi atto subordinato alla Costituzione*», potendo semmai il legislatore specificare successivamente il dovere, declinandolo in un preciso obbligo⁶.

⁶ «Il discrimen tra doveri e obblighi costituzionali si colloca, dunque, lungo un preciso crinale: “nella materia costituzionale [...] la locuzione “dovere” viene impiegata per le fattispecie individuate in Costituzione e la parola “obbligo” per le successive specificazioni del dovere costituzionale operate dalla legge», M. MONTEDURO, *cit.*, 578.

Una volta tratteggiata questa linea di passaggio dal dovere all'obbligo, che, nell'opinione dell'A., segna anche l'ambito di intervento del legislatore (successivo, appunto, alla previsione del dovere nella Carta costituzionale), la seconda parte della riflessione pone un interrogativo: «*quale rapporto intercorre tra doveri amministrativi inderogabili e interpositio legislatoris?*». In altri termini, dal momento che i doveri inderogabili dell'amministrazione trovano fondamento nell'art. 2 Cost. e che gli stessi precedono gli obblighi amministrativi poi specificati dalla legge, la questione riguarda la sorte, *id est* la rilevanza giuridica dei doveri fissati dalla Costituzione, laddove non sopravvenga la previsione legislativa che si fa carico di determinarli e specificarli.

Per rispondere al quesito l'A. allarga lo sguardo alla nozione di sovranità che, nelle più recenti ricostruzioni della dottrina, per effetto dell'art. 1 della Costituzione, ha invertito la struttura tradizionale: per cui la sua titolarità in capo al popolo (art. 1) la sottrae allo Stato, invertendo appunto la tradizione ottocentesca⁷. E nel raccogliere la suggestione sintetizzata, l'A. riformula il pensiero della dottrina con un «lessico inconsueto» destinato a lasciare un segno nel dibattito successivo. Osserva, così, che «*tra le "forme" costituzionali della sovranità può operarsi una distinzione tra sovranità espressa e sovranità impressa; vi è, infatti, una porzione di sovranità che la Costituzione richiede al popolo di esprimere con il voto, attraverso il circuito della rappresentanza e della maggioranza che genera la legge e, per il tramite del principio di legalità, fonda il potere amministrativo; vi è, al contempo, un'altra porzione di sovranità popolare che la Costituzione si incarica di imprimere essa stessa, direttamente e permanentemente, in ciascuna delle persone umane le quali sono, nel loro insieme, il popolo, precludendone la delegabilità tramite il voto e, in tal modo, vietando che tale porzione possa essere alla mercé della sovranità espressa nella legge dalle maggioranze contingenti*; la sovranità impressa coincide con i «diritti inviolabili» di cui all'art. 2 Cost.»⁸.

La sintesi finale chiude il cerchio e riallaccia il tema della sovranità alla questione dell'*interpositio legislatoris* rispetto ai doveri inderogabili: giacché la sovranità *espressa* è in posizione complementare rispetto alla sovranità *impressa*, non potendone ridurre la forza, ossia non potendo incidere sul

⁷ «Nel nostro ordine costituzionale la sovranità delle persone si esprime primariamente con il trattenersi in esse, attraverso l'esercizio delle libertà e dei diritti fondamentali, senza che ciò avvenga solo con trasferimento allo Stato attraverso il circuito della rappresentanza [...] poiché la sovranità viene esercitata nelle forme fissate dalla Costituzione e quest'ultima riconosce e non pone i diritti inviolabili, non resta che considerare che questi vivono nell'ambito dell'esercizio diretto della sovranità», M. MONTEDURO, *cit.*, 579. Sul punto il riferimento è a L. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir. Pubbl.*, 2013, 61 ss.

⁸ M. MONTEDURO, *cit.*, 581.

nucleo irriducibile dei diritti inviolabili, ma potendo semmai espanderne l'ambito di operatività. Ciò significa che «*i doveri amministrativi inderogabili sono serventi alla sovranità popolare ex art. 1 Cost., nella sua forma impressa*». L'A. recupera così il significato più antico e «*la vocazione più profonda*» dell'amministrazione, che esercita la propria funzione al servizio degli individui, i quali nel loro insieme rappresentano il popolo «*(il magister) ex art. 1 Cost.*» e dunque sono i soggetti titolari della sovranità.

Qui il percorso si apre a due traiettorie diverse, che segnano la differenza tra la necessità di una previsione di legge funzionale a definire i doveri di solidarietà in capo ai privati e l'esigenza di una *interpositio legislatoris* che definisca i doveri inderogabili dell'amministrazione. Mentre nel primo caso, la riserva di legge è prescritta dall'art. 23 Cost. a protezione della sfera di libertà delle persone (e dunque un dovere di solidarietà nelle forme della «*prestazione personale o patrimoniale*», si può imporre a condizione che sia previsto dalla legge, in quanto siffatto dovere limita inequivocabilmente le libertà dei privati); diversamente, l'A. manifesta dei dubbi in ordine alla possibilità che le stesse conclusioni possano riferirsi anche ai doveri amministrativi inderogabili, che gravano sul soggetto pubblico. Da un lato, perché, l'intrinseca ed evidente differenza tra “persona” e “pubblica amministrazione”, non consente di estendere a quest'ultima il *favor libertatis* e la protezione della riserva di legge di cui all'art. 23 Cost.; dall'altro lato, e soprattutto, perché «*l'imposizione alle pubbliche amministrazioni di doveri inderogabili ex art. 2 Cost. non comprime i diritti inviolabili delle persone bensì, all'opposto, ne garantisce l'incomprimibilità*», in quanto ne assicurano l'effettivo godimento e la garanzia del loro esercizio.

A questo punto, l'A. riprendendo l'osservazione prima formulata, secondo cui «*i doveri amministrativi inderogabili di fonte costituzionale, in quanto proiezioni della sovranità impressa, precedono gli obblighi amministrativi di fonte legale, in quanto proiezioni della sovranità espressa*», per cui gli obblighi sono sussidiari ai doveri, affronta il problema del rapporto tra doveri inderogabili e *interpositio legislatoris*, ipotizzando tre scenari diversi: il primo, fisiologico, nel quale l'intervento del legislatore si colloca in termini virtuosi, in coerenza con le previsioni costituzionali; nel secondo caso, l'intervento di segno contrario postula a suo volta un ambito di intervento della Corte Costituzionale; infine, l'ipotesi più difficile che riguarda la mancata *interpositio legislatoris*.

In tal caso, la *ratio* della stessa ricostruzione che vede nell'art. 2 il fondamento dei doveri amministrativi generali implica il rifiuto verso ogni forma di inerzia legislativa che possa “minacciare” quel nucleo irriducibile dei diritti inviolabili, con la conseguenza che, nella visione del nostro A., la stessa amministrazione, anche in assenza di una precisa previsione di legge, può (o deve?) ugualmente intervenire «*esercitando la propria discrezionalità amministrativa*», in modo da *compensare l'omissione legislativa*. Giunge così a ipotizzare che «*in taluni casi il dovere amministrativo discrezionale emerga in assenza di potere amministrativo discrezionale*». Nel ricongiungere il filo del ragionamento alle categorie del diritto amministrativo, il dovere amministrativo inderogabile entra in relazione con il *potere*, che è visto come uno dei possibili strumenti di adempimento del dovere; poi con *l'interesse legittimo*, che parafrasando una nota formula dottrinale, è qualificata come una situazione soggettiva che dialoga, contemporaneamente, con il potere autoritativo e con il dovere amministrativo inderogabile (di fonte costituzionale)⁹; e infine con *l'interesse pubblico*, interpretato quale sintesi delle garanzie di effettività dei diritti inviolabili¹⁰.

In questo scenario, i doveri amministrativi inderogabili di cui all'art. 2 Cost. *si irradiano* sull'intera amministrazione, conformando l'azione amministrativa, ma interferendo altresì sull'area dell'organizzazione amministrativa.

Ed è qui che si pone la questione della sovranità e il suo nesso con il principio di legalità. Perché, nell'idea di una sovranità che, in quanto incorporata nelle pretese della *persona*, sottrae allo Stato la sua forza autoritativa, c'è sì il ribaltamento della nozione stessa di sovranità, nonché il superamento della tradizionale della autorità dello Stato; ma c'è al contempo un diverso modo di intendere la forza autoritativa della legge, proprio perché essa, nella prospettiva kelseniana, è espressione dell'autorità e della sovranità dello Stato. In altri termini, se per Kelsen «*il potere dello Stato è il potere organizzato dal diritto positivo, è il potere del diritto, cioè l'efficacia del diritto positivo*»¹¹, la sovranità sottratta allo Stato implica anche un ridimensionamento della forza della legge e dunque una diversa visione del principio di legalità. Come, d'altra parte, lo stesso Monteduro ammette,

⁹ Il riferimento è a F. G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990.

¹⁰ M. MONTEDURO, *cit.*, 592.

¹¹ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Ed. Com. Milano 1959, p. 195.

laddove ritiene che i doveri inderogabili dell'amministrazione, postulati nell'art. 2 Cost., possano sprigionare la propria forza vincolante anche in assenza della *interpositio legislatoris*.

Ma allora, se, per riprendere le parole del nostro A., *i doveri amministrativi inderogabili di fonte costituzionale, in quanto proiezioni della sovranità impressa, precedono gli obblighi amministrativi di fonte legale, in quanto proiezioni della sovranità espressa*, ciò vuol dire che la sovranità *impressa* manifesta una forza inversamente proporzionale alla sovranità *espressa*, producendone un arretramento. Nel senso che essa (cioè la sovranità *impressa*), per un verso, è capace di fungere da presupposto fondativo per l'esercizio della sovranità *espressa*; ma, per altro verso, tende ad ampliare la propria funzione, esorbitando dallo spazio che le è assegnato, *id est* la dimensione della persona umana, ove custodire il "nucleo irriducibile dei diritti", e giungendo così a occupare gli ambiti propri della sovranità *espressa*, fino a consentire di ritenere non indispensabile le stesse manifestazioni della sovranità *espressa*, vale a dire la legge.

3. Diritti inviolabili e doveri inderogabili: alcuni scenari.

Le osservazioni così sintetizzate meriterebbero ben altro approfondimento, che probabilmente è solo rinviato, poiché è certo che il saggio di Massimo Monteduro è destinato ad avviare un fecondo dibattito su una pluralità di temi.

In questa sede è possibile solo accennare ad alcuni di essi.

Una prima riflessione muove da quella "asimmetria soggettiva" che l'A. individua nell'art. 2 Cost. e che pone il problema di una relazione tra i diritti inviolabili della persona e i doveri inderogabili dell'amministrazione. Si tratta di una questione che inevitabilmente si riannoda alla ricostruzione di Santi Romano, ripercorsa da Monteduro, ma mantenuta rispettosamente in disparte per il fatto che il «*chiaro Autore*» scriveva le note pagine dei *Frammenti di un dizionario giuridico* «in un contesto *pre-costituzionale*»¹².

¹² M. MONTEDURO, *cit.*, 562.

In realtà, la riflessione di Santi Romano contiene alcuni elementi che possono tornare utili al tema dei doveri inderogabili dell'amministrazione, poiché lungi dall'indurre a «*risolvere negativamente il problema del nesso tra diritti inviolabili e doveri inderogabili in seno all'art. 2 Cost., nel senso di far ritenere i doveri irrelati ed avulsi da un rapporto giuridico con i diritti*», come invece ritiene Massimo Monteduro¹³, al contrario pone le premesse per superare la necessaria relazione tra diritti e doveri e affermare l'esistenza di pretese (che per Santi Romano sono i *poteri*), pur in mancanza del relativo obbligo, riconoscendo altresì la forza vincolante del *dovere* che non si relaziona con uno specifico diritto¹⁴. D'altra parte, secondo Santi Romano, laddove il dovere non sia correlato ad alcun diritto e pertanto rimanga «*fuori l'orbita di ogni rapporto giuridico*», esso potrà essere qualificato come dovere in senso stretto «*senz'altra specificazione*» (così come i «*poteri*» in senso stretto non sono correlati a diritti e dunque non sono elementi concreti di rapporti giuridici¹⁵); mentre i doveri che rientrano nel perimetro del rapporto giuridico e «*appaiono corrispondenti ad altri diritti soggettivi*» possono essere qualificati come obblighi¹⁶. Con la conseguenza che dentro il rapporto giuridico si hanno diritti e obblighi, fuori di esso ci sono *poteri* e *doveri*¹⁷. Ma lo stesso Autore ammette che la stretta correlazione tra obblighi e diritti caratterizza per lo più i rapporti di diritto privato, mentre «*nel diritto pubblico, la figura del dovere disgiunto da un altrui diritto è più frequente e, in taluni casi, più evidente*»¹⁸. Quello del diritto pubblico è invece lo scenario in cui si muove Monteduro, per il quale il *dovere* amministrativo inderogabile può entrare in relazione con i *diritti* inviolabili: e di questa circostanza si dovrebbe tener conto, al fine di considerare la coerenza della soluzione offerta con la tesi romaniana.

¹³ M. MONTEDURO, *cit.*, 561-562.

¹⁴ S. ROMANO, *Doveri. Obblighi*, in *Frammenti di un dizionario giuridico* (1947), Milano, 1983 (Ristampa inalterata), il quale osserva che «l'opinione che ci siano dei doveri, cui non corrispondono diritti, è ormai largamente sostenuta», p. 95, pur riconoscendo che «a difficoltà maggiori dà luogo la categoria dei diritti cui non corrispondono dei doveri», p. 100.

¹⁵ S. ROMANO, *Poteri. Potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, *cit.*, p. 172.

¹⁶ Così ancora S. ROMANO, *Doveri. Obblighi*, *cit.*, p. 105.

¹⁷ Nella sintesi proposta da Monteduro, «i «*doveri*» in senso stretto non sarebbero in correlazione con «*diritti*»; potrebbe semmai accadere che ai doveri «*corrispondano invece dei poteri, che abbiano soprattutto la funzione di assicurare l'adempimento: senonché questi poteri non danno luogo, assieme ad essi, ad alcun rapporto giuridico*»; uno di questi casi si configurerebbe «quando si ha la figura della *funzione* a cui è inerente quella del cd. *potere discrezionale*: in questo caso [...] *potere e dovere si uniscono e si accentrano nello stesso soggetto*»», M. MONTEDURO, *op.cit.*, 563.

¹⁸ S. ROMANO, *Doveri. Obblighi*, *cit.*, p. ..., richiamato dallo stesso M. MONTEDURO, *op.cit.*, 562.

Il punto di divaricazione tra le due prospettive emerge, semmai, nella parte in cui, per Santi Romano, i poteri di cui è titolare il soggetto pubblico, che sono «vincolati all'osservanza di taluni doveri», per la tutela «*di interessi oggettivi o generali*», devono essere definiti come funzioni: sfuggono cioè alla relazione potere/dovere come a quella diritto/obbligo, perché si tratta di poteri «*dinanzi ai quali si profila un interesse legittimo*»¹⁹. Dunque, ancora una volta, la relazione tra diritto e obbligo per Santi Romano rileva all'interno di rapporti giuridici inter-privati, ma assume diversa consistenza nel diritto pubblico: dove il *potere* non si confonde con il *dovere*, potendo semmai essere vincolato alla sua osservanza. Mentre lo sforzo ricostruttivo di Massimo Monteduro è proprio quello di fondare il *potere* dell'amministrazione dentro il perimetro dell'art. 2 Cost.: quindi il *dovere inderogabile* deve essere funzionalmente collegato con il *potere*, inteso come uno dei suoi possibili strumenti di adempimento, e con l'*interesse legittimo*, con cui il potere a sua volta si collega.

Si tratta, però, di una divergenza probabilmente legata, questa sì, alla visione *precostituzionale* della sintesi romaniana, che ovviamente non poteva tener conto del contenuto dell'art. 2. Cost. Ma, nella consapevolezza del diverso modo di interpretare le categorie utilizzate, per altro verso è possibile cogliere un utile spunto nella ricostruzione del Maestro palermitano: perché non v'è dubbio che la relazione tra dovere inderogabile e diritto inviolabile, che Massimo Monteduro coglie nell'art. 2 Cost., debba essere anch'essa caratterizzata da quella minore rigidità della relazione tra diritto e dovere, che Santi Romano riferisce all'ambito del diritto pubblico.

Un'altra questione da affrontare attiene all'evidente collegamento tra l'individuazione dei doveri inderogabili dell'amministrazione e la garanzia dei diritti sociali. Anche se, va detto, tutti i diritti esigono delle prestazioni per la loro tutela e, in fondo, è proprio questa la *ratio* del lavoro di Massimo Monteduro: quella di individuare il fondamento costituzionale di queste prestazioni e qualificarle come “doveri inderogabili”. In tal senso, l'interrogativo da porre attiene al modo in cui si possono conciliare i doveri inderogabili dell'amministrazione, sia pure imposti dall'art. 2 Cost., con i vincoli finanziari, oggi formulati nell'art. 81 Cost., che condizionano fatalmente lo

¹⁹ «I “doveri” in senso stretto non sarebbero in correlazione con “diritti”; potrebbe semmai accadere che ai doveri “corrispondano invece dei poteri, che abbiano soprattutto la funzione di assicurarne l'adempimento: senonché questi poteri non danno luogo, assieme ad essi, ad alcun rapporto giuridico”; uno di questi casi si configurerebbe “quando si ha la figura della funzione a cui è inerente quella del cd. *potere discrezionale*: in questo caso [...] *potere e dovere si uniscono e si accentrano nello stesso soggetto*”», M. MONTEDURO, *op.cit.*, 563, che riprende S. ROMANO, *op. cit.*, p. 97-98.

svolgimento di quelle prestazioni a tutela dei diritti, siano essi diritti sociali ovvero diritti inviolabili in senso più ampio.

Rimanendo all'interno della cornice teorica dei diritti sociali, per quanto il relativo dibattito tenda, da un lato, a qualificarli come posizioni soggettive riconducibili alla categoria dei diritti fondamentali, dall'altro, e coerentemente con questa esigenza, a svincolarli dalla loro tradizionale incompatibilità con il modello dello Stato liberale, è indubbio che la loro protezione e garanzia risenta della intrinseca struttura, che li colloca tra i diritti di prestazione²⁰.

In tal caso, occorre sottolineare come, anche ammettendo l'esistenza di diritti cui non sono correlati degli obblighi specifici, ovvero ammettendo che il dovere esprima una forza vincolante pur non avendo dinanzi a sé diritti determinati, rimarrebbe irrisolto il problema del “miraggio della giustizia sociale”, per riprendere la nota obiezione di Hayek. Secondo il quale, l'intrinseca fragilità dei diritti sociali, che discende appunto dalla difficoltà per gli stessi di essere concretamente azionati, sarebbe legata proprio al fatto che essi *«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»*. Ma soprattutto non giova, secondo Hayek, qualificarli *«come pretese nei confronti della “società”*», perché la “società” non ha il potere di agire, di imporre prestazioni ovvero di “trattare” qualcuno in modo particolare, se non al prezzo di sostituire *«l'ordine spontaneo chiamato società» con una «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»*. In tal caso, però, 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, appunto, il “miraggio” della giustizia sociale²¹.

Al di là dell'adesione o meno alle lucide osservazioni richiamate, la loro attualità è pressoché incontrovertibile, in ragione della piena adesione, in sede europea, ai principi del libero mercato e della libera concorrenza, che innervano la normativa dell'Unione. Ma in fondo, fuori dalla metafora del “miraggio”, la prioritaria prospettiva di assicurare la libertà del mercato può essere perseguita,

²⁰ L. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, cit.

²¹ F. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà*, trad. it. P.G. Monateri, Milano 1982, p. 309-315.

secondo una certa lettura qui condivisa, solo a condizione di mantenere estranea ogni decisione politica, e dunque anche la decisione funzionale a garantire le prestazioni necessarie per la tutela dei diritti sociali, dallo stesso perimetro del libero mercato: perché *«ogni passo in più compiuto dai poteri pubblici rischia di influire negativamente sull'equilibrio e l'efficienza del sistema»*²².

In un certo senso, di questa ragione si sono fatte interpreti le Corti sovranazionali, ivi compresa la Corte EDU, che sicuramente riesce a compensare la visione pragmatica della Corte di Giustizia, assicurando una protezione più adeguata dei diritti (come ricordato dallo stesso Monteduro), ma che in ogni caso si muove pur sempre nella prospettiva di garantire quel contesto e quell'equilibrio dei diritti su cui poggia il mercato medesimo²³. Mentre, se guardiamo all'esperienza interna, probabilmente è questa la ragione che ha indotto la Corte costituzionale a formulare la nota teoria dei controlimiti, il cui scopo potrebbe essere appunto quello di arginare l'onda espansiva di una normativa europea che avrebbe finito con l'imporre, anche al nostro giudice delle leggi, il primato dei principi di matrice europea nel bilanciamento con i diritti costituzionalmente protetti²⁴.

Si tratta di un'operazione ermeneutica alla quale solo in parte la Corte costituzionale ha aderito, laddove ad esempio ha anteposto esigenze di ordine economico, tradotte nel principio dell'equilibrio di bilancio, alla tutela di alcuni diritti. Così, già a partire dagli anni Novanta, il giudice delle leggi ha sostenuto 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»*²⁵; il principio è stato poi ripreso qualche anno dopo, laddove si è affermato che *«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*

²² R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, cit., p. 75 e p. 89.

²³ Così ancora R. BIN, *op. cit.*, per il quale la Corte di Giustizia, è stata istituita per proteggere non tanto i diritti fondamentali, bensì le libertà del mercato; mentre la CEDU, «non è stata concepita come strumento volto a governare gli sviluppi futuri e per adattare le proprie previsioni all'evoluzione della società»; essa, prosegue l'A., «è nata con gli occhi rivolti al passato», p. 98.

²⁴ Per una visione più ampia sulla teoria dei controlimiti, M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2016.

²⁵ Corte cost. sent. n. 455 del 1990; Corte cost., sent. n. 304 del 1994;

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, agli inizi del nuovo secolo, si è affermato 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»²⁶.

Ragione per la quale si è parlato, a proposito dei diritti sociali, come di diritti “finanziariamente condizionati”, a cui dedica un cenno anche Monteduro.

Ebbene, in primo luogo va sottolineato come, più di recente, la Corte abbia 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»²⁷; sino ad affermare 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»²⁸.

In ogni caso, le aperture registrate negli orientamenti della Consulta, che tendono a svincolare la protezione dei diritti sociali da condizionamenti finanziari, potrebbero ricevere una nuova spinta argomentativa proprio grazie alla rinnovata lettura dell'art. 2 proposta da Monteduro. Poiché è indubbio che la via intrapresa dal nostro Autore sia idonea a fornire un ulteriore elemento di protezione dei diritti sociali, che troverebbero nell'art. 2 della Carta costituzionale un più adeguato riconoscimento, non tanto sotto il profilo della titolarità o del contenuto del diritto, quanto soprattutto su versante dell'imputazione del relativo dovere inderogabile in capo alla pubblica amministrazione.

²⁶ Corte cost. sent. n. 111 del 2005.

²⁷ Corte cost. sent. n. 275 del 2016.

²⁸ Corte cost. sent. n. 62 del 2020.

C'è però un punto, nel ragionamento condotto dal nostro Autore, che forse vale la pena di considerare per le implicazioni che esso racchiude.

Si tratta della questione relativa al principio di legalità e del suo rapporto con la sovranità, più precisamente con quella forza soverchiante della sovranità *impressa* che finisce con il comprimere la sovranità *espressa*.

La prospettiva così rappresentata riprende, in un certo senso, un tema già noto sul versante della tutela diritti.

Secondo un diffuso orientamento che fa capo a una certa, autorevolissima, dottrina per lo più civilistica, ma non solo²⁹, la natura inviolabile del diritto postula la sua capacità di essere agito senza il tramite della legislazione positiva: anzi l'intermediazione del diritto positivo viene superata, a fronte della affermazione giurisprudenziale della sua protezione. Il diritto c'è perché riconosciuto dalla Costituzione ed è tutelato dal giudice, senza necessità della mediazione della legge³⁰. Il che a sua volta ha generato l'idea di una giurisdizione da intendersi nel suo significato originario, ossia come *iuris-dictio*, vale a dire come potere di *pronunciare il diritto*, che diviene anche più rilevante della stessa funzione di produzione del diritto (ossia la legislazione)³¹. E per questa via, attraverso una riconsiderazione del ruolo del giudice, non più *bouche de la loi*, ma interprete della realtà, prima ancora che della legge, si giunge ad affermare il passaggio dalla «*logica delle fonti*», il cui contenuto è inevitabilmente statico e per certi versi oggettivo, «*a quella dei principi*», che al contrario esprimono una forza ottativa, oltre che «*prospettica, evolutiva, suscettibile di arricchimenti e implementazioni*»³². Il tutto, come si diceva, in danno della legislazione, che di fronte alla espansione della giurisdizione, subisce un inevitabile indebolimento, da imputarsi sicuramente anche ad altri fattori (quali la crisi della sovranità, appunto, ma anche la debolezza della politica)³³.

²⁹ Si pensi a G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992; ma anche a S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, nonché a N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Giuffrè, Milano, 2017.

³⁰ Cfr. M.C. CAVALLARO, *Riflessioni sulle giurisdizioni*, Milano, 2018, p. 104, per ulteriori approfondimenti bibliografici.

³¹ Sul punto si rinvia a M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Giur. Cost.*, 2012, 3823, per una critica all'orientamento citato.

³² N. LIPARI, *Il diritto civile dalle fonti ai principi*, *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2018, 5.

³³ M. LUCIANI, *op.cit.*

Il percorso così sintetizzato ha prodotto quella che è stata descritta come una «*mutazione genetica dei diritti*»³⁴, che però, nonostante l'autorevolezza dei suoi sostenitori, non necessariamente si è tradotta in una maggiore protezione degli stessi.

Se queste sono le premesse, e ritornando alla questione dei doveri inderogabili dell'amministrazione, si può osservare come, applicando lo stesso schema argomentativo al dovere, se ne dovrebbe dedurre (e in fondo è questa la posizione espressa dal nostro Autore) che il dovere, proprio perché inderogabile, esiste anche in assenza dell'*interpositio legislatoris*. In altri termini, in simmetria con quanto la dottrina ripercorsa ritiene di riferire al riconoscimento dei diritti, che non discendono solo dall'alto, ma «*germogliano quasi spontaneamente*» nella plurale complessità della nostra società³⁵, il dovere inderogabile dell'amministrazione non necessariamente deve trovare fondamento nella legge, ma in quanto correlato alla garanzia di un diritto inviolabile della persona, esso sarebbe da questa direttamente esigibile³⁶.

Visione, questa, che più facilmente si può riferire a quelle attività dell'amministrazione che si manifestano attraverso l'erogazione di servizi, rispetto ai quali il problema maggiore può essere legato alla loro organizzazione. E in effetti è questa la scelta assunta dal nostro Autore, che individua nell'attività contrattuale, come in quella comportamentale, uno degli strumenti che l'amministrazione può utilizzare per l'adempimento di doveri inderogabili in assenza di esplicita previsione legislativa³⁷.

Il rischio tuttavia è che la proliferazione dei doveri inderogabili copra anche spazi di esercizio del potere, rispetto ai quali l'omissione legislativa potrebbe compromettere la stessa garanzia di protezione dei diritti che a quel dovere inderogabile possono essere correlati. Giacché la rinuncia

³⁴ C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano 2015, che tuttavia è per lo più critico rispetto al fenomeno rappresentato, anche perché tale mutazione «passa attraverso una mutazione genetica della giurisdizione, la quale non si limita più a interpretare e applicare la legge ordinaria, funzione alla quale si dia pure per scontato un apporto di *Fortbildung* di quest'ultima, di formazione progressiva e accrescimento di senso, ma si mette in presa diretta con la Costituzione, con questo automaticamente guadagnando una posizione pariordinata a quella del legislatore», p. 29.

³⁵ Così S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 6.

³⁶ M. MONTEDURO, *op. cit.*, 587.

³⁷ M. MONTEDURO, *op. cit.*, 589: ma, in tal caso, la riflessione di Monteduro non si discosta da quanto già rilevato da M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano 1988, p. 783, che riconduceva la forza del principio di legalità all'art. 23 Cost. e dunque alla sola attività autoritativa, superando l'idea di G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge (1924)*, ora in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano 1955, p. 211, per il quale l'amministrazione può fare solo ciò che la legge espressamente consente.

all'*interpositio legislatoris* per la declinazione del pubblico potere, dei relativi modi di esercizio e delle finalità che esso deve perseguire, che in un certo senso è figlia della “prevalenza” della sovranità *impressa* su quella *espressa*, può minare la *ratio* stessa del *principio di legalità*, che ha proprio lo scopo di limitare il potere di disposizione della pubblica amministrazione, a garanzia delle posizioni soggettive dei singoli. Con la conseguenza che il superamento di una tale prospettiva potrebbe comportare la possibilità di affidare alla stessa amministrazione ogni valutazione in ordine all'intervento da attuare, sia pure in ossequio all'adempimento di un dovere inderogabile, costituzionalmente affermato.

Per fare un esempio, nel gennaio del 2021, agli inizi della campagna di vaccinazione anti-Covid, l'Assessore regionale alla Salute della Sicilia ha vietato, con provvedimento, la somministrazione della seconda dose di vaccino per chi, pur non avendone diritto, aveva avuto comunque accesso alla prima dose. La vicenda è stata portata all'attenzione del Tar Sicilia che ha respinto il ricorso³⁸. Ma l'interrogativo si pone a monte: e riguarda l'effettiva esistenza di un potere, espressamente assegnato dalla legge, in forza del quale l'assessore potesse negare la somministrazione della seconda dose del vaccino. In realtà, nel caso considerato l'amministrazione regionale si è mossa in uno spazio non coperto da alcuna previsione legislativa, adottando una decisione unilaterale (che è pur sempre un provvedimento): ma il dubbio che tale decisione possa astrattamente essere ricondotta nell'alveo di una prestazione dovuta (che in realtà viene però negata) a garanzia di un diritto inviolabile, come il diritto alla salute, pare fondato. Il che, probabilmente, rivela la difficoltà stessa di immaginare che l'amministrazione riesca a individuare prima e meglio del legislatore quei doveri inderogabili da tradurre in prestazioni e funzionali alla garanzia dei diritti inviolabili.

Ora, non c'è dubbio che il tempo che stiamo attraversando sia un tempo di trasformazione e di crisi. Fenomeni che probabilmente hanno caratterizzato anche altre stagioni della nostra

³⁸ Tar Sicilia, Catania, 13 febbraio 2021, n. 102, secondo il quale «non risultano evidenze scientifiche di eventuali rischi derivanti dalla mancata somministrazione della seconda dose, se non quello della possibile inefficacia del vaccino, effetto che riporterebbe i ricorrenti alla situazione *quo ante* a quella determinata dall'aver avuto accesso alla prima dose, pur non avendone diritto».

Repubblica, ma che oggi sono sicuramente maggiormente percepibili, se per crisi intendiamo la celerità con cui certi processi si manifestano e il senso di smarrimento che gli stessi determinano³⁹. Viene però da chiedersi se non sia più prudente, in questo tempo di crisi, mantenere ferma la necessità di un principio di legalità dell'azione amministrativa nella sua accezione fondamentale, che ne restituisce la vera essenza, ossia la sua funzione di garanzia e di protezione dei diritti dell'individuo rispetto all'autorità del potere.

³⁹ A.C. JEMOLO, *La crisi dello Stato moderno*, in *La crisi del diritto*, Milano, 1953, p. 94. Per una ricca riflessione su questi temi, sia pure con una diversa visione, L.R. PERFETTI, *Il governo dell'arbitrio*, Soveria Mannelli, 2021.

ANTONIO CASSATELLA
Professore Associato di Diritto Amministrativo
presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Trento
antonio.cassatella@unitn.it

PLURALISMO COSTITUZIONALE E DOVERI DELL'AMMINISTRAZIONE (IN DIALOGO CON MASSIMO MONTEDURO)

CONSTITUTIONAL PLURALISM AND DUTIES OF THE ADMINISTRATION (DIALOGUE WITH MASSIMO MONTEDURO)

SINTESI

Il saggio si misura con le tesi esposte da Massimo Monteduro nel suo recente studio in tema di “Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona”. L'autore affronta, in particolare, le questioni relative alla qualificazione dei doveri giuridici dell'amministrazione e dei loro rapporti con il principio di legalità. Assunto che la legalità amministrativa sia un concetto in endemica crisi – a causa della frammentazione delle fonti, della scarsa qualità della normazione, della fisiologica indeterminatezza dei precetti – si verifica in quale misura l'amministrazione possa integrare le previsioni legali e colmare le lacune del sistema in diretta attuazione della Costituzione. In parziale dissenso rispetto alle tesi di Monteduro, l'autore evidenzia come il principio personalistico e l'art. 2 Cost. possano essere utile base per legittimare l'intervento integratore dell'amministrazione, lasciando tuttavia aperto il problema di coniugare centralità della persona e pluralismo assiologico proprio degli ordinamenti democratici.

ABSTRACT

The essay examines the theses presented by Massimo Monteduro in a recent study on “Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona”. The author discusses the issues relating to the qualification of the legal duties of the administration under the rule of law. Assuming that the rule of law is a concept in crisis - due to the plurality of sources and the indeterminacy of the laws - it is examined to what extent the administration can integrate the legal provisions and fill the gaps in the system in direct implementation of the Constitution. In partial disagreement with Monteduro's thesis, the author highlights how the personalistic principle and art. 2 of the Constitution can be a useful basis for legitimizing the proactive intervention of the administration, while leaving open the problem of combining the centrality of the person and the axiological pluralism of democratic systems.

PAROLE CHIAVE: Legalità amministrativa – principio personalistico – lacune – doveri amministrativi – attività amministrativa

KEYWORDS: Rule of law – human rights – administrative duties – administrative procedure – theory of interpretation

INDICE: 1. Questioni di metodo e merito: i riferimenti culturali del saggio di Monteduro. – 2. Pluralismo assiologico e ruolo dell'amministrazione nella composizione dei conflitti fra valori costituzionalmente rilevanti. – 3. La questione dei livelli minimi di tutela dei diritti inviolabili, tra disciplina sostanziale e standard procedimentali. – 4. I doveri di intervento dell'amministrazione in caso di lacune: il problema delle tecniche di integrazione del diritto positivo. – 5. Osservazioni conclusive: principio personalistico come premessa della tipizzazione delle esigenze individuali e delle prerogative dell'amministrazione.

1. Questioni di metodo e merito: i riferimenti culturali del saggio di Monteduro.

La lettura del recente, denso, saggio di Massimo Monteduro pone una serie di interrogativi circa il ruolo degli apparati amministrativi nell'attuazione dei principi e dei valori stabiliti dalla Costituzione e dalle fonti di diritto europeo ed internazionale. Rispetto all'ampio spettro di temi individuati nel saggio, la questione su cui si intende soffermare l'attenzione concerne la rilevanza del principio personalistico nell'attività amministrativa¹.

Secondo l'Autore, in tutti i casi in cui l'intervento amministrativo sia necessario per garantire la piena realizzazione della personalità, l'art. 2 Cost. rappresenta la fonte di doveri di agire che si concretizzano in misure positive a garanzia della persona. Entro questa chiara cornice assiologica, Monteduro prospetta un corollario e tre differenti "scenari".

Il corollario è rappresentato dal rapporto fra principio di legalità e riserva di legge. Nell'ottica di Monteduro, la riserva di legge sarebbe indispensabile al solo fine di attribuire all'amministrazione poteri autoritativi, non essendo invece necessaria nelle restanti circostanze, in cui la prospettata rilettura dell'art. 2 Cost. non osterebbe ad un intervento diretto dell'amministrazione anche in difetto di norme di attribuzione di funzioni e conseguenti poteri di agire. Su questo sfondo si stagliano i tre diversi scenari, utili a concretizzare i termini del discorso.

Il primo scenario sussiste quando il legislatore, in attuazione dell'art. 2 Cost., attribuisce alla p.a. gli strumenti per agire a doverosa tutela dei diritti individuali. La chiave di lettura proposta

¹ Si fa riferimento ad aspetti trattati soprattutto nei §§ 34-35-36-37-38-39 del saggio di Monteduro, pubblicato in questa Rivista come *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva*, 2020, 2.

dall'Autore implica, nondimeno, un'interpretazione costituzionalmente rafforzata dell'art. 1, comma 1, della l. n. 241/1990 e dell'intero complesso di norme che orientano l'operato dell'amministrazione, da interpretare in necessaria prospettiva personalistica². Questo spiegherebbe la necessità di concepire l'intera amministrazione come una funzione servente alla persona.

Il secondo scenario si riscontra, invece, quando le norme di attribuzione dei singoli doveri di intervento stabiliscono standard di tutela inferiori a quelli esigibili sulla base dell'art. 2 Cost. Gli individui sarebbero pertanto legittimati ad agire innanzi al giudice competente per lamentare gli inadempimenti amministrativi, sollevando contestualmente q.l.c. della norma attributiva del dovere di intervento, così da investire la Corte Costituzionale del compito di valutarne la congruità.

Il terzo scenario concerne, infine, le ipotesi in cui il legislatore non sia già intervenuto a regolare l'esercizio delle funzioni amministrative, il che potrebbe avvenire qualora sorgano nuovi bisogni da garantire mediante l'attuazione degli artt. 2 e 3, comma 2, Cost. In tale frangente, l'amministrazione dovrebbe intervenire a favore della persona anche in difetto di base legale, compensando mediante la propria iniziativa le lacune del diritto positivo (ma non del sistema costituzionale, che abiliterebbe la p.a. ad agire in supplenza del legislatore).

Monteduro precisa la propria tesi enumerando anche le modalità in cui si concretizza l'esercizio del dovere di intervento legittimato dall'art. 2 Cost., rappresentate da forme di esercizio non autoritativo delle funzioni amministrative: piena accessibilità ai beni pubblici da utilizzare in ambito comunitario, erogazione di servizi ed ulteriori attività materiali a tutela e promozione della persona.

La ricca articolazione del saggio e gli ampi rinvii che corredano l'apparato delle note lasciano trasparire i molteplici riferimenti culturali dell'Autore, non solo giuridici ma anche filosofico-politici. Orientandosi attraverso le variegate citazioni sembra tuttavia possibile cogliere la principale genealogia giuridica della tesi, espressiva di una precisa chiave di lettura dei rapporti fra amministrazione e Costituzione.

² Su questi aspetti cfr. anche P. FORTE, *Enzimi personalistici nel diritto amministrativo*, in questa *Rivista*, 2017, 1, 63 ss.

Correndo il rischio di semplificare i riferimenti culturali del saggio, si reputa che esso rappresenti l'evoluzione di una linea di pensiero che, riallacciandosi agli studi recenti di Perfetti³, risale verso la concezione responsabilistica di amministrazione teorizzata da Berti⁴, a propria volta debitrice delle teorizzazioni di Benvenuti sulla necessità di rovesciare il rapporto fra autorità e libertà nella prospettiva di una rinnovata centralità del soggetto come radice dell'intervento amministrativo nella società⁵.

Nell'individuare queste matrici non si scopre nulla di originale, come testimoniano i molteplici saggi che hanno affrontato il pensiero di Benvenuti e dei suoi allievi⁶. Riferendosi a questa linea di pensiero, Monteduro conferma, ad ogni modo, come le moderne riflessioni sulla dimensione sociale dell'amministrazione non possano prescindere da un'interpretazione evolutiva delle norme costituzionali che, in quanto precettive, impongono di rivisitare le ragioni dell'amministrare.

Si può tuttavia intuire come la tesi sia esposta ad una immediata obiezione, consistente nel rischio di far leva sulla vaghezza del testo costituzionale per introdurre nel discorso giuridico considerazioni politiche e morali che condizionano lo svolgersi del ragionamento, dando ad esso una parvenza di linearità che non è garanzia di attendibilità delle conclusioni. Si tratta di critiche analoghe a quelle rivolte nei confronti di Benvenuti e dei suoi allievi da prospettive spesso antitetiche – ma qui convergenti – come quelle di Cassese⁷ e Mazzamuto⁸.

Contro tali critiche si potrebbe replicare altrettanto agevolmente osservando come ogni valutazione giuridica della realtà muova da presupposti assiologici, che incidono sull'articolazione

³ Cfr. L.R. PERFETTI, *Persona, società e amministrazione pubblica*, in *Amministrare*, 2018, 199 ss.; ID., *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2017, 99 ss.; ID., *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. Amm.*, 2012, 309 ss.

⁴ Cfr. G. BERTI, *Diritto amministrativo: memorie e argomenti*, Milano, 2008, *passim*; ID., *Diritto e Stato: riflessioni sul cambiamento*, Padova, 1986, *passim*.

⁵ Cfr. F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994, *passim*; ID., *L'ordinamento repubblicano*, Padova, 1996, *passim*.

⁶ Fra i contributi degli allievi diretti, cfr. da ultimi U. ALLEGRETTI, *Benvenuti e le potenzialità del realismo utopico*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2017, 64 ss.; E. ROTELLI, *Feliciano Benvenuti. Partecipazione e autonomie nella scienza amministrativa della Repubblica*, Venezia, 2011, *passim*. Fra i contributi di Autori non legati alla scuola benvenutiana cfr. A. SANDULLI, *Benvenuti e le nuove dighe del diritto*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2017, 153 ss.

⁷ Cfr. S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971, 138 ss.

⁸ Cfr. M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000, 88 ss.

delle varie teorie, siano o meno costituzionalmente orientate⁹. Percorrendo questa via si rischierebbe però di assorbire il discorso giuridico in quello filosofico-politico, rinunciando ad un'analisi del fenomeno amministrativo da cogliere attraverso gli strumenti a disposizione del giurista, composti dalle tecniche di interpretazione che connettono fra loro gli istituti ricavabili in via induttiva dalla disciplina vigente, scoprendo i significati impliciti in un testo che resta pur sempre dato a priori.

A tal fine, ci si può dunque chiedere se la tesi esposta da Monteduro possa essere riformulata rinunciando ai presupposti assiologici che sono alla base della peculiare lettura dell'art. 2 Cost. prospettata dall'Autore.

Questa rilettura pare scientificamente plausibile, giacché la tesi di Monteduro trova un proprio antecedente storico nella posizione assunta in materia da un giurista laico e sistematico come Donati – fra i mentori dello stesso Benvenuti – in un momento anteriore alla stessa entrata in vigore della Costituzione: si tratta, dunque, di una teoria che può essere giustificata sul piano logico, prima che assiologico.

Nell'affrontare il tema dell'interpretazione analogica delle norme attributive dei poteri amministrativi, Donati riteneva che le disposizioni finalizzate a restringere la sfera giuridica dei cittadini dovessero essere interpretate restrittivamente, sulla base del *favor libertatis* implicito nel sistema costituzionale del primo Novecento. Al contempo, nulla escludeva di ricavare per analogia norme implicite che attribuivano all'amministrazione nuovi doveri, da esercitare a garanzia e tutela delle prerogative individuali¹⁰.

La tesi di Donati va contestualizzata rispetto all'epoca in cui fu concepita¹¹, ma essa mostra con chiarezza come il problema dell'estensione dei doveri di intervento dell'amministrazione preceda logicamente e storicamente la disciplina dell'art. 2 Cost., in quanto espressivo di esigenze di razionalizzazione del potere propria dell'esperienza giuridica maturata entro la cornice dello Stato

⁹ Cfr. A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto di diritto*, Milano, 2008, 260 ss.

¹⁰ Cfr. D. DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico* (1907), in ID., *Scritti di diritto pubblico*, I, Padova, 1966, 184.

¹¹ Cfr. soprattutto G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge* (1924), in ID., *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, 203 ss. Per una sintesi recente dell'evoluzione del principio di legalità cfr. G. CORSO, *Il principio di legalità*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, II ed., Milano, 2017, 15 ss.

di diritto. In tal senso, la necessità di orientare l'esercizio del potere amministrativo a garanzia dell'individuo può dirsi alla base di diverse posizioni ideologiche che hanno contribuito alla stesura della Costituzione: si tratta, infatti, di un assunto che si può porre all'intersezione fra pensiero cristiano-sociale e liberaldemocratico¹².

L'osservazione può essere banale, nella parte in cui nessuna analisi giuridica della rilevanza costituzionale dell'amministrazione può fondarsi su un principio di segno opposto, ossia sull'esigenza di non porre limiti al potere, così da legittimarne l'arbitrio anche a danno della persona. È forse meno banale osservare come, in tal modo, si confuti in premessa l'obiezione di chi voglia criticare la tesi di Monteduro in quanto espressiva di una specifica interpretazione assiologica della Costituzione, dato che il punto di partenza della tesi appare compatibile con ogni concezione democratica del sistema giuridico¹³.

La posizione di Monteduro attualizza, infatti, questioni già messe a fuoco da Autori che avevano preceduto le riflessioni di Benvenuti (come Capograssi¹⁴, Miele¹⁵ ed Amorth¹⁶) il che permette di valutarne positivamente gli sviluppi anche laddove non si condividano le premesse della scuola benvenutiana. Qualsiasi riflessione critica sull'evoluzione del sistema amministrativo finisce, del resto, per porsi l'interrogativo circa il senso dell'amministrare ed il ruolo di apparati, corpi sociali ed individui rispetto all'esercizio di funzioni ripartite su diversi piani organizzativi e territoriali¹⁷.

Il saggio è apprezzabile soprattutto nella parte in cui, postulando una doverosità dell'azione amministrativa a tutela della persona come un *prius* logico rispetto all'esercizio stesso del potere, pone l'accento sul ruolo degli apparati pubblici in un sistema fondato sulla soggezione dell'autorità

¹² Cfr. L. PALADIN, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, Bologna, 2004, 58 ss.

¹³ Cfr. M.S. GIANNINI, *Per uno Stato democratico-repubblicano*, Roma, 2016, 25 ss.

¹⁴ Cfr. G. CAPOGRASSI, *Il diritto dopo la catastrofe*, in *Jus*, 1950, specie 198 ss.

¹⁵ Cfr. G. MIELE, *Umanesimo giuridico*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1945, 103 ss.

¹⁶ Cfr. A. AMORTH, *Lo Stato come fine e lo Stato come mezzo* (1948), in ID., *Scritti giuridici*, III, Milano, 1999, 1219 ss.

¹⁷ Fra gli altri, pur con differenti impostazioni ed attraverso un differente strumentario argomentativo, cfr. da ultimi S. CASSESE, *Amministrazione pubblica e progresso civile*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2020, 141 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Il potere amministrativo e l'assetto costituzionale delle funzioni di governo*, in *Dir. Pubbl.*, 2011, 33 ss.; L. FERRARA, *Individuo e potere. In un gioco di specchi*, in *Dir. Pubbl.*, 2016, 11 ss.; M. RAMAJOLI, *A proposito di codificazione e modernizzazione del diritto amministrativo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2016, 347 ss.

ai canoni stabiliti dalla Costituzione e dalle fonti di diritto europeo ed internazionale di riferimento, rappresentate da Cedu e Carta di Nizza.

Se su queste premesse si può convenire, resta da affrontare il tema del modo attraverso cui legislatore ed amministrazione possono cooperare proattivamente nell'attuazione dei valori sottesi alle carte fondamentali, stabilendo presupposti e limiti di esercizio delle funzioni amministrative. Se è scontato ribadire come legiferare e amministrare siano due tecniche integrate di gestione dei pubblici interessi, resta aperto il tema delle tecniche giuridiche attraverso cui garantire un coordinamento fra due poteri che sono distinguibili, ma non radicalmente separabili.

A tal fine, l'esigenza di un franco dialogo con l'Autore impone alcune riflessioni critiche inerenti al contesto entro cui si colloca ciascuno degli scenari. Sussiste, infatti, una possibile discrasia fra le condivisibili premesse da cui muove Monteduro e le conseguenze delle tesi prospettate.

2. Pluralismo assiologico e ruolo dell'amministrazione nella composizione dei conflitti fra valori costituzionalmente rilevanti.

Il primo scenario descritto da Monteduro solleva alcuni interrogativi in ordine al rilievo da attribuire al principio personalistico in rapporto all'intero sistema giuridico ed amministrativo. Si è già sottolineato come l'Autore suggerisca un'interpretazione costituzionalmente orientata dall'art. 1, comma 1, della l. n. 241/1990. Se l'azione amministrativa è preordinata ad attuare i fini indicati dalla legge, queste finalità possono consistere in una garanzia di tutela e pieno godimento dei diritti inviolabili della persona ai sensi dell'art. 2 Cost.

Occorre tuttavia rilevare come il principio personalistico non sia isolato nel testo e nel sistema costituzionale. Garanzia e tutela dei diritti inviolabili rappresentano più l'effetto dell'azione amministrativa orientata ad attuare la Costituzione che la ragione dell'intervento amministrativo. A

tal fine, si deve infatti tenere conto della pluralità di valori che caratterizza l'ordinamento nella sua stessa evoluzione storica¹⁸.

Questi argomenti sono familiari all'amministrativista, perché riecheggiano la tesi della discrezionalità legislativa ed amministrativa come tecnica di bilanciamento fra valori ed interessi concorrenti o confliggenti¹⁹. Non sembra sufficiente trasformare il potere discrezionale di legislatori ed amministrazioni in un dovere di attuazione dell'art. 2 Cost. per superare il problema rappresentato dalla pluralità dei valori ed interessi insiti nel sistema. Si reputa, anzi, che il pluralismo assiologico sia la ragione che giustifica la necessità di attribuire alla p.a. una responsabilità funzionale volta a risolvere il conflitto scegliendo l'alternativa più idonea rispetto alle circostanze del caso, privilegiando o sacrificando determinati valori ed interessi mediante scelte non arbitrarie²⁰.

Ne discende che pure il valore della persona va situato entro la cornice costituzionale, al fine di stabilire quale sia la condizione reale e concreta dei singoli individui o gruppi che chiedono all'amministrazione di garantire i propri diritti. Tale operazione ermeneutica smitizza, tuttavia, la concezione assolutizzante dell'individuo; non perché si ridimensioni la centralità della persona nel sistema costituzionale, ma in quanto la si pone all'interno di una trama di relazioni complesse.

Al fine di dare concretezza al discorso possono essere utili due esempi.

Durante l'emergenza pandemica si è posto il gravissimo problema di scegliere quali cittadini curare mediante l'uso degli apparati disponibili nei reparti di terapia intensiva degli ospedali e quali persone abbandonare al proprio destino.

Astrattamente, si potrebbe auspicare che le amministrazioni siano in possesso delle attrezzature idonee a curare contemporaneamente tutti i cittadini, ma questo non supporta il medico che si trovi a decidere *hic et nunc* se tentare di salvare la vita ad un anziano o ad un adolescente. Né sembra che gli artt. 2, 3, 32 o 97 Cost. forniscano al medico un sicuro criterio circa l'opzione preferibile in concreto. Se anche il sacrificio di uno dei due pazienti può essere

¹⁸ Rimangono attuali le considerazioni di C. LAVAGNA, *Considerazioni sui caratteri degli ordinamenti democratici*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1956, specie 403 ss.

¹⁹ In una prospettiva di teoria generale del diritto pubblico cfr. M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, 66 ss.

²⁰ Sia permesso un rinvio ad A. CASSATELLA, *La responsabilità funzionale nell'amministrare. Termini e questioni*, in *Dir. Amm.*, 2018, 677 ss.

teoricamente giustificato da uno stato di necessità, non è definito il parametro che guida il medico nelle sue decisioni e nella scelta del “bene-vita” sacrificabile: il diritto alla sopravvivenza dell’anziano e quello del giovane si trovano in insanabile conflitto.

Al fine di supportare i medici, nel corso del 2020 la Siaarti ha raccomandato di applicare un criterio di proporzionalità delle cure, dando priorità al paziente con maggiori possibilità di sopravvivenza, senza fare espresso riferimento all’età del paziente. Si è dunque stabilito che «in un contesto di grave carenza delle risorse sanitarie [si] deve puntare a garantire i trattamenti di carattere intensivo ai pazienti con maggiori possibilità di successo terapeutico: si tratta dunque di privilegiare la “maggior speranza di vita”». Sempre secondo la Siaarti, *«il bisogno di cure intensive deve pertanto essere integrato con altri elementi di “idoneità clinica” alle cure intensive, comprendendo quindi: il tipo e la gravità della malattia, la presenza di comorbidità, la compromissione di altri organi e apparati e la loro reversibilità. Questo comporta di non dover necessariamente seguire un criterio di accesso alle cure intensive di tipo “first come, first served”»*²¹.

Si tratta di una posizione in larga parte condivisa dal Comitato Nazionale di Bioetica, secondo il quale il trattamento dei pazienti dovrebbe seguire un criterio *«appropriatezza clinica»* da stabilire in rapporto alle condizioni del paziente²².

Il secondo esempio riguarda gli individui sottoposti a carcerazione sulla base del regime stabilito dall’art. 41 *bis* della legge sull’ordinamento penitenziario²³.

Il principio personalistico e la funzione rieducativa della pena porterebbero ad escludere che i diritti dei detenuti siano compressi fino al punto vietare il loro trasferimento presso strutture ospedaliere per il trattamento di gravi patologie, applicando il regime di differimento dell’esecuzione previsto dall’art. 147 c.p.

È tuttavia noto come le amministrazioni carcerarie ed i tribunali di sorveglianza abbiano vietato il trasferimento di detenuti afferenti ad organizzazioni mafiose, ritenendo che i diritti al

²¹ Cfr. le *Raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili*, 2020, 5 ss.

²² Cfr. Comitato Nazionale di Bioetica, *I documenti del CNB sul Covid-19*, 2021, 11, benché la soluzione sia stata ritenuta troppo timida da parte di un membro di minoranza, secondo il quale la posizione della Siaarti risulta maggiormente specifica: cfr. *ivi*, 16 ss.

²³ Cfr. A. MARTUFI, *Il “carcere duro” tra prevenzione e diritti: verso un nuovo statuto garantistico?*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2019, 259 ss.

differimento della pena ed alla ospedalizzazione vadano bilanciati con le esigenze di sicurezza e sorveglianza di individui particolarmente pericolosi, anche in rapporto al ruolo ricoperto nella società criminale. Per quanto la Cassazione abbia ritenuto che il divieto di trasferimento non possa risolversi in un trattamento inumano di detenuti di età avanzata e gravemente malati, la materia continua ad essere caratterizzata da una significativa discrezionalità, ripartita fra amministrazione e giudici²⁴.

Questi due esempi mostrano come la doverosità amministrativa individuata da Monteduro possa essere teoricamente desiderabile, ma sia difficilmente attuabile nella sua interezza entro un sistema normativo che si fonda sul conflitto fra valori ed interessi come conseguenza ineliminabile del pluralismo. È un sistema in cui lo stesso concetto di persona sotteso all'art. 2 Cost. acquista rilievo giuridico secondo modalità differenti, spesso frammentate mediante la selezione di "tipi" di individui come destinatari delle singole norme e dell'intervento amministrativo²⁵.

In luogo della persona – colta nella sua pienezza ed individualità – le norme che disciplinano le differenti funzioni amministrative hanno come immediati destinatari tipi di soggetti: i pazienti, i detenuti, gli studenti, i disabili, i migranti. A propria volta, ciascuno di questi insiemi può dar luogo a differenti sotto-tipi, cui attribuire una peculiare rilevanza nell'ambito delle valutazioni discrezionali o tecniche delle singole amministrazioni. Ne discende che le modalità di adempimento dei molteplici doveri amministrativi mutano in rapporto alle qualità ed ai bisogni dei destinatari, da stabilire in relazione con altri valori ed interessi, riconducibili a differenti categorie di individui o gruppi.

L'art. 2 Cost. non fornisce, pertanto, un chiaro criterio orientatore al fine di un'interpretazione evolutiva della disciplina, essendo semmai vero il contrario: sono le leggi e le prassi interpretative seguite dalle amministrazioni e dai giudici a dare un significato concreto al principio personalistico.

La sua declinazione non sembra infatti caratterizzata dall'obiettiva ed immediata individuazione di quanto spetta al singolo individuo, ma sulla preliminare definizione dei modi di

²⁴ Cfr. Cass. Pen., Sez. I, 22 marzo 2017, n. 27766.

²⁵ Sulla rilevanza teorica e pratica del tipo e dell'argomentazione tipologica cfr. C. BEDUSCHI, *Tipicità e diritto. Contributo allo studio della razionalità giuridica*, Padova, 1992, *passim*; A. KAUFMANN, *Analogia e natura della cosa. Un contributo alla dottrina del tipo*, trad. it. Napoli, 2004, specie 61 ss.

esercizio dell'azione amministrativa, sia nelle forme autoritative che in quelle negoziali o materiali: nel primo caso, vengono in rilievo le prerogative partecipative del privato, compendiate nell'art. 41 della Carta di Nizza e nell'art. 6 della Cedu²⁶; nel secondo caso, assumono crescente importanza gli obblighi di correttezza e buona fede che, elaborati con riferimento all'attività di esecuzione dei contratti amministrativi, vanno sempre più assumendo le caratteristiche dei principi generali dell'agire pubblico, in termini ora ribaditi dall'art. 1, comma 3, della l. n. 241/1990²⁷.

Schematizzando il problema, spetta dunque al legislatore stabilire “cosa” spetti a “chi” nel quadro dell'art. 2 Cost. e delle ulteriori disposizioni rilevanti, rimanendo nella disponibilità degli apparati l'implementazione delle modalità di esercizio del potere, in rapporto alle caratteristiche del problema pratico da risolvere: a tal fine, il principio personalistico incide sull'esercizio del potere discrezionale o dell'autonomia negoziale della p.a. integrando l'interpretazione delle norme strumentali (o di azione), ma non quale fonte diretta di norme finali (o di relazione).

3. Il problema dei livelli minimi di tutela dei diritti inviolabili, tra disciplina sostanziale e standard procedimentali.

Il secondo scenario solleva ulteriori interrogativi. Appare certamente suggestivo sostenere che l'art. 2 Cost. imponga allo stesso legislatore di garantire una serie di standard sostanziali minimi a tutela dei diritti inviolabili dell'individuo. Resta tuttavia da chiarire come possano essere determinati i livelli minimi di tutela dei diritti fondamentali e sulla base di quali parametri giuridici la Corte Costituzionale possa valutare se una legge soddisfi o meno tali necessità di tutela.

Su questo sfondo si apre l'ulteriore problema dell'identificazione degli standard di garanzia dei diritti inviolabili cui fa riferimento Monteduro. Tralasciando l'ipotesi che tali diritti corrispondano sul versante dei doveri ai l.e.p. cui fa riferimento l'art. 117, comma 2, lett. m), Cost.

²⁶ Cfr. L. R. PERFETTI, *Pretese procedimentali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, 850 ss.; ID., *Diritto ad una buona amministrazione, determinazione dell'interesse pubblico ed equità*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2010, 789 ss.

²⁷ Cfr. già la monografia ed i saggi raccolti da F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni trenta all'alternanza*, Milano, 2001, *passim*.

– escluso in tesi dallo stesso Autore –, appare evidente come riemerge il problema rappresentato dalla necessità di precisare il concetto di diritto inviolabile e stabilire fino a che punto esso possa variare in rapporto alle necessità di tutela di altri diritti o interessi che aspirano al riconoscimento del medesimo *status*²⁸.

Anche da tale punto di vista, pertanto, la natura “essenziale” di un diritto non può essere definita in termini astratti, ma rappresenta un compromesso fra modelli desiderabili e disponibilità delle risorse, dei mezzi e della stessa capacità progettuale del legislatore e delle amministrazioni, in rapporto ad altri valori ed interessi²⁹.

Le esemplificazioni possono essere anche in tal caso utili a precisare i termini del problema. Si considerano casi in cui è stata prospettata q.l.c. relativa alla pretesa carenza di tutela di diritti individuali nei confronti dell'amministrazione, che si assumeva tenuta a garantire determinate prestazioni.

Il primo esempio concerne la disciplina della fecondazione eterologa, oggetto di una q.l.c. sollevata da vari giudici ordinari nel corso del 2013. Nelle ordinanze di rinvio si sosteneva la tesi per cui il divieto di utilizzare tecniche di fecondazione eterologa gestite dalle competenti strutture sanitarie – stabilito dalla l. n. 40/2004 – sarebbe stato lesivo del diritto all'identità ed autodeterminazione delle coppie, oltre che del diritto alla piena realizzazione della vita privata familiare, con pregiudizio del diritto di formare una famiglia e di costruire liberamente la propria esistenza. A questa tesi si opponeva l'Avvocatura di Stato, evidenziando come le ordinanze si fondassero su meri assiomi e postulati, che non tenevano conto della necessità di vietare la fecondazione eterologa al fine di contenere i rischi derivanti dalla mancanza di un rapporto biologico fra figlio e genitore e dalla lesione del diritto all'identità biologica del nascituro³⁰.

La Corte ha ritenuto fondata la q.l.c. e dichiarato l'incostituzionalità delle previsioni della l. n. 40/2004, ritenendo che il divieto di accedere alla fecondazione eterologa – formulato in termini assoluti – fosse lesivo di una libertà fondamentale di coppia. La sentenza ha tuttavia circoscritto l'accesso a tale tecnica al caso in cui non sussistano altri metodi efficaci e sia stato accertato il

²⁸ Per una ricognizione critica, con riferimento ai le.p. ma in termini riferibili all'ipotesi in esame, cfr. C. PANZERA, *Mediazione politica e immediatezza giuridica dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 2013, 1001 ss.

²⁹ Cfr. C. PANZERA, *op. cit.*, 1003.

³⁰ Cfr. Corte Cost., 10 aprile 2014, n. 162.

carattere assoluto delle cause di sterilità o infertilità della coppia, sulla base di idonee certificazioni mediche.

Senza entrare nel merito politico e morale della questione, ci si può chiedere se il ragionamento della Corte sia compatibile con le tesi di Monteduro. Il fatto che le coppie (e non i singoli individui) possano fare valere nei confronti delle competenti a.s.l. un diritto condizionato alla fecondazione eterologa è senz'altro *più* rispettoso dell'art. 2 Cost. di quanto non lo sia un divieto generalizzato di accesso alla tecnica procreativa. Resta però da chiedersi se ulteriori liberalizzazioni si possano avvicinare o meno all'idealtipo di diritto incompressibile teorizzato da Monteduro: basti pensare alla possibilità di accedere individualmente – e, dunque, in assenza di un partner stabile – alle tecniche di fecondazione eterologa³¹.

Il secondo esempio ha ad oggetto l'erogazione di pensioni garantite ai cittadini italiani, ma non ai cittadini extracomunitari regolarmente presenti in Italia. In passato, numerose disposizioni di legge vietavano all'Inps di erogare misure di sostegno a favore di extracomunitari privi della c.d. carta di soggiorno europea, che attestava la loro regolare presenza in Italia da più di cinque anni.

La Corte Costituzionale ha tuttavia chiarito come la legge non possa negare l'accesso ad una pensione di invalidità a persone prive di carta di soggiorno, fermo il possesso degli altri requisiti stabiliti dalla disciplina applicabile. Secondo la Corte, l'art. 2 Cost. avrebbe infatti imposto all'Inps l'adempimento di doveri inderogabili di tutela che non potevano essere condizionati dall'attribuzione di uno sproporzionato rilievo alla durata della permanenza legale nel territorio dello Stato, trattandosi di un requisito meramente formale e disancorato dalla situazione di bisogno in cui versava l'individuo³².

Anche in tal caso, la soluzione cui è giunta la Corte non discende da un generico riconoscimento della necessità di proteggere i diritti fondamentali, attribuendo alle amministrazioni dei doveri inderogabili di intervento a loro tutela. Si sono dovute superare le obiezioni

³¹ Su questi problemi, in cui le questioni giuridiche si intrecciano con quelle morali e bioetiche, cfr. da ultimi A. FEDERICO, *Il divieto di maternità surrogata e il superiore interesse del minore*, in *Giust. Civ.*, 2020, 647 ss.; A. NICOLUSSI, *Famiglia e biodiritto civile*, in *Europa Dir. Priv.*, 2019, 713 ss.

³² Cfr. Corte Cost., 28.5.2010, n. 187, nonché Corte Cost., 11 novembre 2015, n. 230. In dottrina, cfr. M. VINCIGI, *Verso la parità tra cittadini italiani e stranieri nell'accesso alle prestazioni assistenziali*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2013, 961 ss.

dell'amministrazione, per la quale la limitazione prevista *ex lege* si giustificava in rapporto a proporzionate esigenze di contenimento della spesa pubblica, che, a propria volta, imponevano di graduare le prestazioni di assistenza anche in rapporto alla durata della presenza dello straniero in Italia.

Si può convenire sul fatto che l'erogazione della pensione di invalidità sia *più* compatibile con il principio personalistico di quanto non lo sia l'introduzione di condizioni legate alla mera durata della presenza nel territorio italiano. Al contempo, resta aperto il problema della sufficienza di queste misure rispetto ai bisogni di individuali e dell'equa distribuzione di risorse sempre più scarse ad un numero sempre maggiore di individui in difficoltà³³.

Ad integrazione di quanto osserva Monteduro, ci si può chiedere se fra i diritti inviolabili garantiti dall'art. 2 Cost. possano annoverarsi le pretese procedimentali nei confronti dei pubblici poteri, in termini garantiti a livello europeo dal principio di buona amministrazione riconosciuto dall'art. 41 della Carta di Nizza e dall'art. 6 della Cedu³⁴.

Anche da tale angolazione, tuttavia, emerge come la determinazione del livello adeguato di garanzie procedimentali non sia deducibile automaticamente dall'art. 2 Cost. o da altre norme di principio, ma rappresenti l'esito di un bilanciamento di interessi effettuato dal legislatore e sottoposto al vaglio della Corte Costituzionale.

Con riferimento all'essenziale garanzia rappresentata dal dovere di motivare i provvedimenti, la Corte ha non solo ribadito la rilevanza dell'istituto quale presidio fondamentale della legalità sostanziale dell'agire amministrativo³⁵, ma ha dichiarato l'incostituzionalità di norme speciali che esoneravano l'amministrazione dal dovere di motivare i provvedimenti sfavorevoli³⁶.

In altre occasioni, tuttavia, la stessa Corte Costituzionale ha osservato come il dovere di motivare possa subire delle deroghe per esigenze di buon andamento dell'azione amministrativa,

³³ Su questi problemi e con riferimento a questioni correlate a quella in esame, cfr. G. BASCHERINI, *Obbligo o parità? Ancora in tema di prestazioni assistenziali a favore degli stranieri extracomunitari, ma per l'assegno sociale ci vuole il permesso UE per soggiornanti di lungo periodo*, in *Giur. Cost.*, 2019, 762 ss.

³⁴ Cfr. L.R. PERFETTI, *Diritto ad una buona amministrazione, determinazione dell'interesse pubblico ed equità*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2010, 789 ss.

³⁵ Cfr. Corte Cost., ord., 29 aprile 2015, n. 92.

³⁶ Cfr. Corte Cost., 10 novembre 2010, n. 305.

come accaduto nelle q.l.c. relative all'ammissibilità della motivazione in forma numerica dei giudizi relativi ad esami di abilitazione³⁷.

Se dunque si guarda all'ordinamento reale ed alle prassi interpretative che lo connotano, pare dubbia la possibilità di estrapolare dal solo art. 2 Cost. o dal principio personalistico la misura delle garanzie e tutele dei diritti inderogabili dei cittadini. Il saggio di Monteduro, caratterizzato da una sensibilità giusnaturalistica, rischia di sottovalutare la relatività storica dei fenomeni e gli stessi condizionamenti culturali che incidono sullo sviluppo dei sistemi giuridici, confermando la difficoltà di spiegare in termini astratti ed universali i rapporti fra amministrazioni ed individui.

4. I doveri di intervento dell'amministrazione in ipotesi di lacune legislative.

Il terzo scenario concerne l'ipotesi in cui l'emersione di nuovi bisogni di tutela individuale giustifichi l'intervento dell'amministrazione sulla base dell'art. 2 Cost., in difetto di una cornice legale di riferimento e dell'interposizione del legislatore.

All'Autore non sfugge come la tesi trovi un serio ostacolo se riferita all'esercizio di potestà autoritative dell'amministrazione, che trovano un necessario fondamento nella legge e nei correlati principi di tipicità e nominatività dei provvedimenti. La questione non muta, tuttavia, con riguardo ai provvedimenti ampliativi, soggetti a riserva di legge ed all'interposizione degli atti di programmazione ai sensi dell'art. 12 della l. n. 241/1990³⁸.

Gli interventi dell'amministrazione cui fa riferimento Monteduro si articolano in prestazioni materiali di assistenza, in attività consensuali o contrattuali atipiche ma finalizzate alla cura di interessi meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 1, comma 1 *bis* della l. n. 241/1990 e dell'art. 1322 c.c., o in attività di informazione e supporto che non soggette alle rigide forme dell'attività autoritativa, nel solco delle suggestioni di Berti³⁹.

³⁷ Cfr. Corte Cost., 7 giugno 2011, n. 175.

³⁸ Cfr. G. CORSO, *op. cit.*, 23 ss.

³⁹ Cfr. G. BERTI, *Stato di diritto informale*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1992, 3 ss.

Il saggio ha l'indubbio merito di disancorare il problema dell'intervento della p.a. dalla questione della legalità amministrativa – che condiziona gli studi sui poteri impliciti⁴⁰ – per spostare l'attenzione sulla liceità dell'intervento non autoritativo dell'amministrazione, il cui limite ultimo dovrebbe individuarsi nel *neminem ledere*. Si reputa, tuttavia, che esso muova da un postulato più teorico che reale, consistente nella pretesa assenza di discipline idonee a regolare l'intervento amministrativo.

Senza ripercorrere il dibattito relativo alle lacune dell'ordinamento, può osservarsi come la crescente inflazione normativa e la rilevanza delle discipline di principio contenute nei vari testi unici renda difficoltoso immaginare situazioni in cui l'intervento amministrativo a sostegno di nuovi bisogni sia privo di una minima cornice regolatoria, tale da giustificare un'interpretazione analogica nei termini originariamente prospettati da Donati: materie e discipline trasversali come la tutela dell'ambiente, del paesaggio, della stessa salute trovano nella disciplina statale e regionale i possibili addentellati per legittimare l'intervento dell'amministrazione a tutela di molteplici valori ed interessi⁴¹.

Sul piano della politica del diritto si potrà dunque discutere circa la necessità di riforme utili a garantire un miglior funzionamento degli apparati amministrativi o il pieno coordinamento fra la loro azione e quella di gruppi sociali, ma sul piano del diritto positivo sarà possibile adattare la disciplina vigente alle nuove necessità. A tal fine, si può infatti praticare un'interpretazione estensiva delle norme che individuano le finalità dell'azione amministrativa, specie se formulate mediante clausole aperte o concetti indeterminati⁴².

Si consideri il caso emblematico delle finalità cui è preordinata l'azione dei Comuni ai sensi dell'art. 13 del d.lgs. n. 267/2000. La disposizione è formulata in termini tali da attribuire all'ente locale un ampio margine di intervento non autoritativo a sostegno della persona, senza stabilire un'enumerazione tassativa delle competenze comunali. Anche la recente disciplina del d.lgs.

⁴⁰ Cfr. almeno N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001, *passim*.

⁴¹ Sull'iperfetazione normativa e sulle sue conseguenze cfr. S. CASSESE, *Lo stato presente del diritto amministrativo italiano*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2010, 389 ss., per quanto il problema fosse già lamentato da M.S. GIANNINI, *Le incongruenze della normazione amministrativa e la scienza dell'amministrazione* (1954), in ID., *Scritti*, III, Milano, 2003, 927 ss.

⁴² Resta fermo che, ove tale interpretazione sia impraticabile, spetti al solo legislatore il compito di individuare nuove finalità e modalità di intervento amministrativo: cfr. G. CORSO, *op. cit.*, 17 ss.

117/2017 (c.d. Codice del Terzo Settore) affida ai cittadini il compito di tutelare in via sussidiaria il bene comune, la coesione e la protezione sociale, consentendo di attrarre entro la sfera della materia una serie di attività di interesse generale, formulate in termini elastici.

Dagli esempi formulati emerge come lo scenario indicato dall'Autore non implichi tanto il riconoscimento di una doverosità *praeter legem* dell'intervento amministrativo, quanto la necessità di interpretare le norme attributive delle funzioni amministrative o di compiti riservati al terzo settore in modo da giustificare l'intervento doveroso in settori oggetto di regolazione parziale o frammentaria. La prospettiva personalistica consentirebbe, pertanto, di integrare la disciplina legale di riferimento in modo tale da giustificare l'intervento della p.a. e del terzo settore in termini tali da agevolare tutela e godimento dei diritti.

Da quanto emerso consegue come il terzo scenario si risolva in una variante del primo, dal quale differisce più sul piano quantitativo che qualitativo, in rapporto alle caratteristiche delle operazioni ermeneutiche che consentono di integrare i limiti del diritto positivo senza risolversi in operazioni radicalmente creative di nuove funzioni e competenze⁴³.

Ne discende che anche nei confronti della ricostruzione effettuata possono prospettarsi i medesimi dubbi relativi alla praticabilità del primo scenario. Appare dubbia, in particolare, la possibilità di stabilire a priori gli interventi espressivi di doveri inderogabili: vi sono infatti casi in cui l'intervento potrebbe essere limitato nell'*an* e nel *quomodo*, a riprova del fatto che l'art. 2 Cost. non può essere interpretato in termini assoluti, ma relativi, in coerenza con il pluralismo dei valori che innerva l'intero sistema.

Anche sul punto possono essere opportuni degli esempi.

Il primo esempio mostra come l'art. 2 Cost. non legittimi necessariamente un ruolo proattivo dell'amministrazione a tutela dell'individuo. Nel notissimo caso Englaro, la Regione Lombardia aveva rifiutato la disattivazione dei macchinari che tenevano artificialmente in vita una persona in coma irreversibile, ritenendosi titolare del dovere di garantire l'erogazione delle terapie fino alla morte naturale della paziente; non solo tali decisioni venivano annullate dal giudice amministrativo,

⁴³ Nella dottrina recente, cfr. A. CIOFFI, *Il problema dell'interpretazione nel diritto amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2020, 127 ss.

ma il rifiuto della Regione risultava espressivo di un illecito rifiuto di tutelare il diritto alla salute, inteso come diritto all'autodeterminazione del livello di benessere psicofisico dell'individuo⁴⁴.

Come ribadito dal Consiglio di Stato nella sentenza relativa alla questione risarcitoria correlata al rifiuto della Regione, infatti, allorché il rifiuto di ricevere cure sia oggetto di una scelta consapevole del paziente, «*non c'è possibilità di disattenderlo in nome di un dovere di curarsi come principio di ordine pubblico*», cosicché non può attribuirsi all'amministrazione un dovere inderogabile di salvaguardia della vita⁴⁵.

Il secondo esempio mostra come i doveri di intervento a tutela della persona non siano mai inderogabili, ma soggetti a bilanciamenti che incidono sul livello di esigibilità della prestazione amministrativa.

La posizione dello studente disabile che aspiri ad ottenere un sostegno scolastico può legittimare l'intervento dell'amministrazione nei termini stabiliti dall'art. 2 Cost. e dalla l. n. 104/1992: tuttavia, la legge non definisce in termini univoci la misura del sostegno da garantire, da parametrare alle condizioni dello studente.

La Corte Costituzionale, a questo riguardo, ha chiarito come lo studente disabile sia titolare di un diritto fondamentale ad ottenere un'istruzione adeguata alle proprie condizioni personali. Per quanto la legge possa condizionare l'esercizio del diritto in rapporto alle esigenze organizzative delle istituzioni scolastiche, resta ferma la necessità di garantire il nucleo indefettibile delle prerogative individuali: ne è discesa la declaratoria di incostituzionalità di una disposizione che inibiva le assunzioni di insegnanti di sostegno a tempo determinato⁴⁶.

La giurisprudenza amministrativa ha tuttavia sottolineato come la misura delle ore di sostegno necessarie a garantire il diritto all'istruzione del disabile sia rimessa a valutazioni tecnico-discrezionali dell'amministrazione, da vagliare in rapporto al grado di disabilità ed esigenze di giustizia distributiva nell'allocazione del monte ore degli insegnanti di sostegno. In particolare, si è

⁴⁴ Per una ricostruzione del contesto normativo e delle relative implicazioni cfr. A. D'ALOIA, *Al limite della vita: decidere sulle cure*, in *Quad. Cost.*, 2010, 237 ss.

⁴⁵ Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 21 giugno 2017, n. 3058

⁴⁶ Cfr. Cort. Cost., 26 febbraio 2010, n. 80.

stabilito come non si possano sottrarre risorse *«a chi versa in situazioni di più grave disabilità, mantenendo così il concorso equilibrato di tutti i cittadini all'attuazione del principio solidaristico ex art. 2 Cost.»*⁴⁷.

La giurisprudenza conferma, pertanto, come i concetti di persona, diritti e doveri inderogabili abbiano carattere relativo e storicamente condizionato dall'evoluzione dei valori sottesi ad una Costituzione elastica come quella italiana.

5. Osservazioni conclusive: principio personalistico come premessa della tipizzazione delle esigenze individuali e delle prerogative dell'amministrazione.

A parziale – e provvisoria – conclusione della pur ristretta analisi del saggio di Monteduro, può osservarsi come la rilettura del principio personalistico prospettata dall'Autore conservi una serie di potenzialità messe in luce dalla stessa analisi critica degli scenari individuati.

Si è visto, in particolare, come il principio personalistico non possa essere giuridicamente assolutizzato in un contesto costituzionale contraddistinto da una concezione non univoca della persona e dei gruppi sociali, delle loro aspirazioni e dei loro valori o interessi. Ciò non implica, tuttavia, che la centralità della persona e la necessità di concepire l'azione amministrativa a garanzia dello sviluppo dell'individuo possano essere svelte o ridimensionate: il problema, attiene, semmai, al modo attraverso cui i legislatori – Stato, Regioni e Province autonome – e amministrazioni possono bilanciare i differenti valori in coerenza con il sistema descritto dall'art. 97, comma 3, Cost.

Il ruolo dell'individuo dovrebbe essere infatti considerato dal legislatore al fine di stabilire attribuzioni, competenze e responsabilità degli apparati amministrativi, in rapporto alla sfera di autonomia e responsabilità dello stesso individuo o di un dato gruppo di individui.

La vera posta in gioco sembra tuttavia rappresentata dalla necessità di delimitare il tipo sociale di individuo preso in considerazione dalle singole previsioni normative, e, dunque, le caratteristiche dei destinatari concreti e non ideali delle stesse misure amministrative. Si è già fatto riferimento, a questo riguardo, alla necessità di correlare le prerogative dell'amministrazione – siano esse

⁴⁷ Cfr. Cons. Stato Sez. VI, 26 maggio 2017, n. 2488; Cons. Stato, Sez. VI, 21 aprile 2010, n. 2231. Sul punto cfr. L. BUSATTA, *Oltre il vincolo di bilancio: il nucleo essenziale della salute del disabile*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2020, 879 ss.

autoritative o meno – alle qualità dei soggetti con cui essa si relaziona: studenti, disabili, migranti, come anche imprenditori o investitori.

La questione non è meramente astratta, ma assume rilievo concreto non solo in rapporto all'interpretazione ed integrazione della disciplina vigente, ma anche alla definizione stessa della misura del potere di intervento dell'amministrazione nella società e nel mercato.

Anche in tal caso un esempio può essere utile a cogliere le implicazioni pratiche del problema.

Nell'estate del 2020 la Provincia Autonoma di Trento ha disciplinato in via regolamentare gli orari di apertura e chiusura domenicale e festiva degli esercizi commerciali situati in località non turistiche, introducendo dei limiti all'iniziativa economica privata in astratta attuazione dell'art. 41 Cost.

Nella prospettiva della Giunta provinciale, la chiusura domenicale era giustificata dall'esigenza di tutelare l'identità culturale della popolazione trentina. Si è infatti ritenuto che tale identità «sia legata al rispetto di un principio di matrice religiosa, ma di radicamento sociale, del riposo domenicale e festivo. Questo connotato proprio della tradizione culturale trentina imprime al tessuto urbano degli abitati, nelle giornate festive, una precisa immagine di quiete, di astensione dai commerci».

La Giunta provinciale ha dunque individuato come base giuridica del proprio intervento un determinato tipo di società e di persona, cui si è attribuito il diritto al riposo domenicale quale connotato intrinseco della sua dimensione culturale, rilevante sia ai sensi dell'art. 41 Cost. che – a monte – dell'art. 2 Cost. Ne è disceso il dovere istituzionale della Provincia di tutelare la persona, dato che il riconoscimento della chiusura domenicale e festiva degli esercizi commerciali rappresenta una «misura volta a non impedire il godimento del riposo settimanale congiuntamente ai propri cari, l'adempimento dei doveri di educazione dei figli, la tutela della famiglia, e, in generale, l'espressione della propria personalità in un contesto sociale rispettoso del patrimonio culturale tradizionale proprio della popolazione locale»⁴⁸.

Non è questa la sede per discutere del merito della misura provinciale in rapporto a modelli culturali decorrelati dall'appartenenza dell'individuo a tradizioni locali o in riferimento agli interessi di altri tipi sociali, come gli imprenditori o i lavoratori che vedono nell'impiego domenicale una fonte di reddito e sussistenza. Basti invece osservare come il Trga di Trento abbia affermato come

⁴⁸ I passaggi sono tratti da T.R.G.A. Trento, ord., 1 ottobre 2020, n. 175.

la tipizzazione operata dalla Provincia sia di per sé insufficiente a giustificare la chiusura domenicale, essendo necessario *«rendere percepibile, in termini sufficientemente definiti, l'interesse, anche territoriale, che esige la tutela proposta e l'adeguatezza e proporzionalità della scelta operata»*.

Il giudice amministrativo ha dunque censurato la scarsa attendibilità degli interessi perseguiti dall'amministrazione mediante il regolamento, in rapporto all'analisi socio-economica del contesto provinciale ed alla definizione delle aspettative, esigenze e bisogni dei singoli individui o gruppi. L'esempio addotto non esclude la necessità di concepire l'azione amministrativa in termini personalistici, ma impone un particolare rigore giuridico nell'individuazione delle componenti minime della funzione amministrativa. Accanto alla tipizzazione delle funzioni e delle prerogative degli apparati pubblici, su cui si è concentrata la prevalente dottrina ottocentesca e novecentesca, sembrano aprirsi spazi per riflettere sul rapporto fra dimensione morale e giuridica dell'individuo quale soggetto garantito dall'amministrazione.

SALVATORE DETTORI

Professore Associato di Diritto Amministrativo presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Teramo
sdettori@unite.it

DOVERI AMMINISTRATIVI DI RISULTATO E DOVERI AMMINISTRATIVI DI COMPORTAMENTO (A PROPOSITO DI UN RECENTE SAGGIO DI MASSIMO MONTEDURO)

OUTCOME DUTIES AND BEHAVIOR DUTIES BY PUBLIC OFFICERS (DISCUSSING WITH MASSIMO MONTEDURO).

SINTESI

Il presente contributo si inserisce nel dibattito che in questa Rivista prende le mosse dall'importante saggio di Massimo Monteduro, con cui l'Autore formula una argomentata proposta ricostruttiva sul rapporto tra doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona, ricavando i primi dal nucleo essenziale dei secondi. Nel condividere quindi la prospettiva che fonda l'agire amministrativo sul dovere quale situazione giuridica soggettiva originaria in capo alle pubbliche amministrazioni, nel presente lavoro si analizzano criticamente taluni aspetti della ricostruzione di Monteduro, al fine di mostrare come essa possa risultare applicabile con maggiore possibilità di successo quando si consideri innanzitutto la doverosità dell'agire amministrativo che corrisponde al comportamento che il funzionario pubblico deve tenere in ragione dell'ufficio che ricopre. Viene infatti mostrato, per un verso, come tale doverosità integri il presupposto di ogni ulteriore dovere di chi esercita la funzione, garantendo un approccio alla fattispecie amministrativa unico e funzionale alle esigenze del destinatario dell'agire amministrativo; per altro verso come essa, in ragione del suo fondamento costituzionale, presenti carattere di inderogabilità. La prospettiva offerta, che colloca la doverosità comportamentale in posizione prioritaria rispetto alla doverosità di risultato, risulta così particolarmente apprezzabile quando si consideri l'agire amministrativo volto alla realizzazione di un diritto fondamentale della persona, garantendo l'effettività della norma che pone tale diritto.

ABSTRACT

Monteduro's paper, in this Journal 2/2020, refers public duties at fundamental rights fulfillment, therefore the meaning of public duties is to procure fundamental right's claims achievement. This paper is a discussing one, in the perimeter of a specific *PA persona e amministrazione* initiative about Monteduro's paper and takes its cue from a deep sharing of Monteduro's opinions. The paper is aimed to develop Monteduro's thesis in relation to public officers' duties. In this paper perspective officers' duties are grounded on the general view of public administration as undertaking of task

related to fundamental rights. In such a perspective behavioral obligation are more significant than result-driven orientation once.

PAROLE CHIAVE: Doveri inderogabili – diritti fondamentali – azione amministrativa - performace – dovere d'ufficio

KEYWORDS: Mandatory duties – fundamental rights – administrative behavior – performance – official duty

INDICE: 1. Premessa – 2. Doverosità inderogabile e diritti inviolabili: le principali questioni sul tappeto – 3. La problematica definizione del nucleo indefettibile dei diritti inviolabili – 4. Ulteriori difficoltà del fondamento dell'inderogabilità del dovere amministrativo sulla norma costituzionale – 5. L'esigenza di uno statuto del dovere amministrativo – 6. Un (parziale) cambiamento di prospettiva: dalla doverosità (inderogabile) di risultato alla doverosità (inderogabile) di comportamento – 7. L'autonomia della doverosità di comportamento dalla doverosità di risultato – 8. Il contenuto della doverosità di comportamento – 9. Il fondamento della doverosità di comportamento – 10. Doverosità di comportamento e realizzazione effettiva dei diritti fondamentali.

1. Premessa.

Ho aderito assai volentieri all'invito ad inserirmi nel dibattito che in questa Rivista prende le mosse dal saggio di Massimo Monteduro, con cui l'Autore formula una argomentata proposta ricostruttiva sul rapporto tra doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona¹.

Riflettere sul lavoro di Monteduro mi impone peraltro una precisazione preliminare e una altrettanto preliminare dichiarazione di metodo.

La precisazione è la seguente: condivido pienamente l'esigenza di Monteduro di sondare una prospettiva differente rispetto a quella tradizionale, che definitivamente ribalti l'idea che il potere costituisca la situazione giuridica soggettiva originaria in capo alle pubbliche amministrazioni. La diversa prospettiva in questione è peraltro da tempo oggetto di indagine da parte di attenta dottrina amministrativistica, che, seppure con percorsi talvolta non coincidenti, mira a sostituire la figura del potere con quella del dovere nella spiegazione della capacità di agire delle pubbliche amministrazioni e dunque, in buona sostanza, nella definizione del contenuto dello stesso agire amministrativo². Il mio approccio al lavoro di Monteduro parte da questa premessa condivisa.

¹ M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva*, in *P.A. Persona e amministrazione*, n. 2/2020, <https://journals.uniurb.it/index.php/pea/article/view/2409>.

² Sul tema della doverosità amministrativa si rinvia, limitandosi ai contributi monografici, a F. GOGGIAMANI, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2005; A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2005; A. COLAVECCHIO, *L'obbligo di provvedere tempestivamente*, Torino, Giappichelli,

La dichiarazione di metodo riguarda le modalità di tale approccio.

Nel saggio in questione l'Autore dichiara fin da subito le proprie ipotesi di lavoro, ossia i passaggi fondamentali della riflessione che andrà a svolgere³, ed intraprende un percorso argomentativo che articola in tre parti, corrispondenti alla struttura del contributo: una prima parte dedicata alla questione dell'imputazione alle pubbliche amministrazioni dei doveri inderogabili di cui all'art. 2 Cost., una seconda al problema dell'identificazione di tali doveri inderogabili in relazione ai diritti inviolabili della persona, una terza relativa al problema della perimetrazione dei doveri amministrativi inderogabili. Per ciascuna questione Monteduro procede peraltro con l'enunciazione della propria (ipotesi di) tesi, che sottopone a prova di resistenza e dunque agli argomenti di possibile confutazione già sussistenti nella riflessione della dottrina ovvero ad ulteriori indicati dallo stesso Autore.

Il contributo in esame travalica quindi i confini del diritto amministrativo, per rivolgersi verso il diritto costituzionale, la teoria generale e la filosofia del diritto. E non potrebbe essere diversamente, posto che esso ha ad oggetto categorie fondamentali del sistema giuridico.

Ebbene, a fronte di tale ampiezza di tematiche, devo necessariamente definire un perimetro limitato entro il quale collocare la riflessione che svolgerò nelle prossime pagine. Dichiaro quindi subito il mio obiettivo, che è quello di muovere dalle acquisizioni di Monteduro – e soprattutto dalla sua condivisibile prospettiva che fonda l'agire amministrativo sul dovere quale situazione giuridica soggettiva originaria in capo alle pubbliche amministrazioni – per verificare la possibilità di spingere ancora oltre la riflessione svolta nel denso contributo in esame. Non mi occuperò dunque delle argomentazioni attraverso cui Monteduro giunge ad affermare la connotazione doverosa dell'agire amministrativo, a cui aderisco senza riserve. La mia riflessione prenderà invece le mosse da quanto nel saggio si mette in luce a proposito del fatto che talune manifestazioni

2013; S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016. Monteduro aveva già argomentato sulla condizione di originarietà del dovere amministrativo in M. MONTEDURO, *Il provvedimento amministrativo: natura e caratteri*, in G. CARLOTTI, A. CLINI (a cura di), *Diritto amministrativo*, Tomo primo – Parte sostanziale, Santarcangelo di Romagna (RN), Maggioli, 2014, p. 105 ss.

³ Monteduro anticipa quindi anche la sua ipotesi finale di lavoro, che indica nel saggio nei seguenti termini: «*i doveri inderogabili rappresentano le situazioni giuridiche soggettive fondamentali, primarie ed originarie che connotano le pubbliche amministrazioni, mentre i poteri amministrativi autoritativi sono configurabili come situazioni giuridiche soggettive strumentali all'«adempimento» dei doveri inderogabili*» (p. 544).

dell'esercizio doveroso della funzione amministrativa possano presentare carattere di inderogabilità. Monteduro riserva peraltro tale carattere alla doverosità amministrativa volta alla realizzazione di quello che viene indicato come il nucleo indefettibile dei diritti inviolabili. Si tratta quindi di un'inderogabilità che riguarda non solo una particolare tipologia di diritti – i diritti inviolabili di cui all'art. 2 Cost. – ma anche una porzione circoscritta di tali diritti, ossia quella corrispondente al loro nucleo essenziale.

Ebbene, nelle prossime pagine vorrei provare a mostrare come l'importante prospettiva offerta da Massimo Monteduro possa risultare applicabile – forse addirittura in maniera più feconda o comunque meno problematica – ad una doverosità differente rispetto a quella indicata nel saggio in esame. Al fine di tale dimostrazione, prenderò quindi in esame i passaggi più significativi dell'ipotesi ricostruttiva resa da Monteduro ed in particolare quelli mediante i quali l'Autore definisce il perimetro dell'agire amministrativo inderogabilmente doveroso. Successivamente proverò a modificare tale perimetro, formulando una proposta che – sia ben chiaro fin da subito – avrà bisogno di ulteriori indagini per potersi (eventualmente) ritenere compiuta.

2. Doverosità inderogabile e diritti inviolabili: le principali questioni sul tappeto.

Nella ricostruzione offerta, Massimo Monteduro identifica i doveri inderogabili dell'amministrazione in relazione ai diritti inviolabili della persona. Tra i doveri inderogabili e i diritti inviolabili viene infatti riconosciuto un rapporto di inerenza e coimplicazione, che significa che i primi sono identificabili in corrispondenza dei secondi. Ciò consente a Monteduro di affermare per un verso che l'art. 2 Cost. costituisce fonte diretta dei doveri inderogabili e per altro verso che questi ultimi debbono ritenersi inderogabili ove preservano l'invulnerabilità del “nucleo irriducibile” dei diritti di cui alla suddetta disposizione costituzionale⁴. Nella definizione del perimetro e del contenuto dei doveri inderogabili, nel saggio in esame si precisa infatti che questi

⁴ Monteduro mette quindi mano al rapporto diritti-doveri, agganciando i secondi ai primi, ma soprattutto riconoscendo per gli stessi un diretto fondamento costituzionale. L'agire amministrativo volto alla soddisfazione dei diritti inviolabili è dunque non solo un agire doveroso, ma inderogabilmente doveroso in ragione del suo fondamento. I doveri inderogabili corrispondono dunque ai diritti inviolabili, da questi derivano e rispetto a questi sono speculari.

ultimi sono generati dal nucleo irriducibile ed incomprimibile del diritto inviolabile, la cui protezione e financo la cui stessa sussistenza è garantita dall'operato doveroso delle pubbliche amministrazioni.

La ricostruzione proposta da Massimo Monteduro muove dunque da un chiaro assunto: ossia (i) che i diritti inviolabili posseggano un nucleo essenziale ed indefettibile e (ii) che il presidio di tale nucleo possa essere affidato alla cura delle pubbliche amministrazioni.

Ebbene, sulla validità di tale assunto sorgono talune significative questioni.

3. La problematica definizione del nucleo indefettibile dei diritti inviolabili.

Sia ben chiaro, non è certamente in discussione che nella riflessione tradizionale si faccia menzione del nucleo essenziale o indefettibile dei diritti inviolabili. Siamo infatti dinanzi ad un concetto presente sia nelle ricostruzioni teoriche della dottrina, sia in plurime decisioni della giurisprudenza costituzionale, la cui rilevanza nel nostro ordinamento non può di conseguenza essere messa in discussione.

È noto peraltro che quello di nucleo indefettibile è un concetto che è stato utilizzato con un intento evidente, ossia quello di limitare l'intervento del legislatore ordinario che potesse comprimere, sino a svuotarlo, un diritto inviolabile, impedendone l'effettivo godimento⁵. Il concetto di nucleo indefettibile è stato quindi evocato nella spiegazione del carattere di inviolabilità dei diritti di cui all'art. 2 Cost. al fine di indicare la quota del diritto sottratto alla possibilità di revisione da parte della fonte legislativa, anche costituzionale.

⁵ In tal senso, solo per fare un esempio, Corte cost., 16 dicembre 2016, n. 275 ove, a proposito del diritto all'istruzione del disabile viene osservato che: (i) viene ricordato che esso «è consacrato nell'art. 38 Cost., e spetta al legislatore predisporre gli strumenti idonei alla realizzazione ed attuazione di esso, affinché la sua affermazione non si traduca in una mera previsione programmatica, ma venga riempita di contenuto concreto e reale»; (ii) la natura fondamentale del diritto «impone alla discrezionalità del legislatore un limite invalicabile nel "rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati" (sentenza n. 80 del 2010), tra le quali rientra il servizio di trasporto scolastico e di assistenza poiché, per lo studente disabile, esso costituisce una componente essenziale ad assicurare l'effettività del medesimo diritto». Sul medesimo tema Corte cost., 26 febbraio 2010, n. 80 ha osservato: «È vero che, secondo costante giurisprudenza di questa Corte, il legislatore nella individuazione delle misure necessarie a tutela dei diritti delle persone disabili gode di discrezionalità (da ultimo, ex plurimis, sentenze n. 431 e 251 del 2008, ordinanza n. 269 del 2009). Si deve tuttavia riaffermare che, sempre secondo la giurisprudenza di questa Corte, detto potere discrezionale non ha carattere assoluto e trova un limite nel "[...] rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati" (sentenza n. 251 del 2008 che richiama sentenza n. 226 del 2000)».

Tanto detto, resta fermo il problema oggettivo di definire il contenuto di tale concetto, di cui lo stesso Monteduro ci ricorda il carattere «*imperfetto, tormentato e problematico*». Si tratta peraltro di una questione complessa, che attiene innanzitutto al diritto costituzionale ed alla teoria generale del diritto, i cui tratti problematici fondamentali possono essere però immediatamente percepiti.

La prima difficoltà, a monte di ogni sforzo definitorio, riguarda l'individuazione del soggetto legittimato ad operare una definizione di nucleo fondamentale del diritto, nonché quella del processo utile a tal fine. Nel silenzio del legislatore, neppure la Corte costituzionale ha infatti mai espressamente indicato quale sia, in via generale, il contenuto del nucleo essenziale del diritto inviolabile, limitando il proprio intervento al sindacato concreto sulla legittimità della discrezionalità del legislatore che interveniva sulle garanzie di realizzazione di tale diritto. In tal senso il Giudice delle leggi ha quindi di volta in volta accertato se la legge ordinaria comprimesse o meno il diritto in questione fino a comprometterne illegittimamente il suo nucleo essenziale che, in tal senso, veniva definito indefettibile. Insomma il nucleo essenziale del diritto è stato individuato mediante un accertamento sul caso concreto, in presenza di una norma ordinaria che era andata oltre il confine tollerato dalla norma costituzionale.

In ogni caso appaiono evidenti le difficoltà oggettive che si parano dinanzi all'interprete che si cimenti nell'individuazione del nucleo essenziale di un diritto inviolabile. Innanzitutto questi è posto di fronte all'alternativa tra la possibilità di ricavare il significato del nucleo essenziale in questione dalla disposizione che prevede il diritto fondamentale, disvelando dunque dalla stessa un significato che già esiste, ovvero procedere ad un'attività ermeneutica di tipo creativo.

Sciolta eventualmente tale riserva, si pone un'altra questione di non poco momento, che riguarda la differente tipologia dei diritti che Monteduro considera ascritti alla categoria dei diritti inviolabili, ossia i diritti di libertà, da una parte, ed i diritti cosiddetti sociali, dall'altra. Nel saggio in esame, nel momento in cui si fa menzione dell'agire amministrativo funzionale alla realizzazione dei diritti inviolabili non mi pare infatti vi siano preclusioni in tal senso. È però evidente che qualche precisazione vada compiuta a tal proposito, in ragione del fatto che, a rigore, solo per la realizzazione dei diritti sociali è previsto di necessità il ricorso all'intervento pubblico. Quanto si faccia riferimento ai diritti inviolabili di libertà la questione si presenta invece più complessa, posto che è necessario ulteriormente distinguere tra libertà negative e libertà positive e quindi prendere

posizione sulle relative modalità di realizzazione di tali differenti diritti. Nel primo caso, come noto, il diritto si considererà infatti realizzato a fronte della possibilità per il suo titolare di agire o di non agire senza impedimenti da parte di terzi, mentre nel secondo caso il diritto troverà realizzazione nel momento in cui il titolare è posto nelle condizioni di autodeterminarsi, orientando la propria volontà verso un determinato scopo.

Ebbene, deve ritenersi che anche la definizione del nucleo indefettibile dei richiamati diritti non si sottragga a tale pacifica distinzione. Di conseguenza, l'ambito di intervento dell'agire amministrativo doveroso ritenuto inderogabile in ragione della sua destinazione alla protezione del nucleo indefettibile dei diritti fondamentali dovrà a rigore ritenersi ulteriormente circoscritto ai diritti sociali ed alle libertà positive, posto appunto che per le libertà negative si pone in capo a tutti i soggetti dell'ordinamento – ivi comprese dunque le pubbliche amministrazioni – esclusivamente un dovere di astensione da ogni intromissione che non sia prevista espressamente dalla legge e nei limiti in cui la Costituzione lo consenta.

Tanto detto, la questione si complica ulteriormente quando si ritenga che la medesima libertà possa declinarsi sia in termini di libertà positiva, sia in termini di libertà negativa⁶ ovvero quando si ritenga che anche i diritti di libertà negativa necessitino di un intervento positivo per essere pienamente realizzati e goduti.

4. Ulteriori difficoltà del fondamento dell'inderogabilità del dovere amministrativo sulla norma costituzionale.

Nella ricostruzione offerta da Monteduro la norma costituzionale garantisce il carattere di inderogabilità dell'esercizio doveroso della funzione amministrativa, che dunque, quando diretto al

⁶ In tal senso, di recente, A. ZITO, *La politica pubblica dei trasporti tra libertà di movimento ed interessi sociali ed economici: profili concettuali e sistematici*, in *Nuove autonomie*, 2/2019, pp. 215-226, il quale ha osservato che «nella libertà di movimento sono presenti tutte le declinazioni del concetto di libertà elaborate in sede teorica: la libertà di movimento è infatti libertà negativa in quanto ricevere tutela rispetto a intromissioni da parte di terzi [...]; è libertà positiva in quanto esprime il potere di autodeterminarsi; ma è anche libertà positiva se per tale si intende il potere di realizzare materialmente la volizione grazie alla presenza di condizioni di contesto, messe a disposizione delle istituzioni pubbliche, che tale realizzazione rendono possibile» (p. 220).

presidio del nucleo indefettibile del diritto, risulta sottratto alla legge ovvero, meglio, non necessita di alcuna norma ordinaria per il suo svolgimento. Il riconoscimento della fonte diretta dei doveri nel testo costituzionale comporta infatti – sempre secondo Monteduro – che l'inderogabilità si espliciti in divieto di deroga da parte di qualsiasi atto subordinato alla Costituzione e determini la distinzione tra doveri inderogabili e obblighi di fonte legislativa, dove i primi intervengono quando il nucleo irriducibile di un diritto inviolabile “è minacciato per commissione o omissione” e presentano quale contenuto il “mobilitarsi” dell'amministrazione “per proteggere quel nucleo”. E ciò a prescindere dall'interposizione del legislatore, fonte invece degli obblighi in capo all'amministrazione, i quali pertanto risultano sussidiari ai doveri. Ove sia minacciato il nucleo fondamentale del diritto inviolabile, l'amministrazione sarebbe quindi tenuta comunque ad intervenire in ragione dell'inderogabilità del dovere.

In buona sostanza, secondo Monteduro esiste una doverosità minima, che consiste nella protezione del nucleo indefettibile del diritto inviolabile ed una doverosità più ampia ed eventuale, che corrisponde alla disciplina di dettaglio per la realizzazione del diritto medesimo oltre il suo nucleo essenziale: la prima trae fondamento diretto nell'art. 2 della Costituzione e presenta il carattere di inderogabilità; la seconda trova fondamento nella legge ordinaria ed è eventuale e derogabile.

Ebbene, certamente il punto in questione costituisce il passaggio più arduo nella ricostruzione resa da Monteduro e presenta, di conseguenza, significativi aspetti problematici.

Innanzitutto appare evidente come la teorica in esame impatti con il principio di legalità. Sul punto vengono in particolare in rilievo due questioni. In primo luogo non è chiaro a chi scrive se nel ribaltamento operato da Monteduro tra potere e dovere, l'agire amministrativo di cui si va dicendo trovi fondamento e giustificazione esclusivamente nella Costituzione ovvero anche nella norma ordinaria che si sarebbe detta attributiva del potere e quindi ora, nella diversa prospettiva, del dovere.

In secondo luogo, appare altrettanto problematico riflettere su come l'amministrazione pubblica possa operare per la realizzazione del diritto senza l'intermediazione determinata dalla legge e, di conseguenza, dell'indirizzo politico.

Tale ultima questione assume particolare rilevanza per una serie di significativi argomenti.

Innanzitutto in ragione di quanto osservato nel saggio in esame in merito alla prospettata coincidenza tra il “nucleo irriducibile” dei diritti inviolabili ed il “nucleo duro” dell’interesse pubblico. Una tale prospettiva presuppone peraltro una presa di posizione chiara e netta sul concetto di interesse pubblico, che da Monteduro viene inteso come corrispondente o comunque non alternativo rispetto agli interessi dei privati. Monteduro riferisce in tal senso di una «*sintesi di compatibilità di diritti inviolabili garantiti in condizioni di eguaglianza sostanziale*», il cui nucleo «*coincide in definitiva con lo stesso “nucleo irriducibile” dei diritti inviolabili dei quali l’interesse pubblico, appunto, è formula di sintesi giuridica*». Non si tratta certamente di una novità nella riflessione sul concetto di interesse pubblico. Appartiene infatti alla tradizione più risalente ed alla storia del concetto in questione, l’alternativa tra la considerazione dell’interesse pubblico in termini (più o meno) trascendenti o (più o meno) immanenti rispetto agli interessi dei privati. Così come appartiene alla riflessione della dottrina l’idea che il diritto fondamentale, se è certamente una situazione giuridica della persona, non di meno, nel suo essere tale, diventa rilevante anche nella prospettiva dell’interesse pubblico da tutelare⁷.

In ogni caso, nel momento in cui un determinato interesse è attribuito alla cura di una altrettanto determinata amministrazione pubblica è certamente complicato disconoscere che tale attribuzione debba avvenire attraverso una disposizione normativa che non solo colleghi il fine da perseguire al soggetto che deve operare in tal senso, ma che anche fissi la disciplina di tale operare.

A tal proposito Monteduro ci dice che la pubblica amministrazione dispone «*di una vasta e variegata gamma di strumenti giuridici per l’adempimento dei doveri [inderogabili]*», tra cui colloca il potere autoritativo ed imperativo, la disposizione di beni pubblici, l’erogazione di servizi, la stipula di

⁷ Si tratta, come noto, del passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale nel quale i diritti fondamentali non sono considerati come interessi singoli da tutelare, ma come interesse sociale da perseguire. La cifra di novità nella ricostruzione di Monteduro è invece, a mio parere, l’aver distinto tra una dimensione (o quota parte) dell’interesse pubblico che trova fondamento diretto ed immediato nell’art. 2 della Costituzione e che di conseguenza impone all’amministrazione di agire per la sua inderogabile realizzazione e una differente dimensione (o quota parte) dell’interesse pubblico la cui realizzazione passa per la disciplina dettata dal legislatore ordinario. Di conseguenza, l’agire amministrativo doveroso sarà caratterizzato da una componente di inderogabilità quando sarà volto alla realizzazione (della quota) dell’interesse pubblico corrispondente al nucleo indefettibile del diritto; mentre troverà la propria disciplina nelle regole (derogabili) dettate dalla legislazione ordinaria quando sarà volto alla realizzazione (della quota) dell’interesse pubblico ulteriore e residuo rispetto a quello corrispondente al nucleo indefettibile del diritto.

contratti, l'adozione di comportamenti. Ebbene, si dovrebbe dunque ritenere che il ricorso a tali strumenti possa prescindere da una regolazione che ne stabilisca tempi e modi di utilizzo.

A ciò si aggiunge una ulteriore importante argomentazione. Affidare all'amministrazione ogni valutazione e conseguente decisione in ordine alla modalità di esercizio della funzione per la realizzazione del diritto inviolabile significa, per un verso, rinunciare a collocare l'agire amministrativo nella dimensione strategica data dall'intermediazione politica che interviene tra la scelta legislativa e quella gestionale e, per altro verso, rischiare l'adozione di scelte amministrative estemporanee ed irrealizzabili in quanto non coordinate ed avulse da ogni visione di scenario.

A tale considerazione potrebbe peraltro obiettarsi, da una parte, che ciò che si sottrae all'*interpositio legislatoris* – e dunque anche all'indirizzo politico – è esclusivamente la realizzazione della quota minima del diritto inviolabile corrispondente al nucleo indefettibile del diritto e, dall'altra, che nulla toglie che il legislatore possa comunque intervenire per fissare la disciplina dell'intervento amministrativo.

Ebbene, ritengo che anche tale obiezione non sia sufficiente a fugare le perplessità che si vanno esprimendo sull'esclusione dell'intermediazione normativa ai fini dell'esercizio della funzione amministrativa volta alla realizzazione dei diritti inviolabili. In disparte infatti l'evidenziata difficoltà di definire il perimetro del nucleo essenziale ed indefettibile di tali diritti, resta fermo che anche la realizzazione di tale quota minima di diritto implica comunque la necessità di operare scelte importanti relative alle condizioni, ai modi, ai tempi ed alle risorse dell'intervento pubblico.

E ciò avviene non solo per i diritti di libertà (positiva), come parrebbe a rigore immediatamente comprensibile, ma anche per i diritti sociali, per i quali invece potrebbe sembrare più semplice la giustificazione di un intervento amministrativo che si fondi direttamente sulla disposizione costituzionale, a prescindere dalla regolamentazione normativa primaria.

Si consideri infatti, per fare un esempio, il diritto all'istruzione di cui agli artt. 33 e 34 Cost., il cui nucleo indefettibile è stato affermato corrispondere all'esigenza di organizzazione di «*una struttura che permetta di assicurare sempre e comunque una continuità nell'erogazione delle prestazioni che costituiscono il cardine fondamentale del servizio stesso*»⁸. Ebbene, alla luce di tale definizione appare

⁸ Corte cost., 20 luglio 2016, n. 187.

evidente la difficoltà di affidare all'intervento esclusivo dell'amministrazione la realizzazione doverosa ed inderogabile di quello che è indicato come nucleo indefettibile del diritto. Ed infatti, anche quando vi sia condivisione in merito alla tipologia ed al contenuto delle misure utili alla realizzazione dell'obiettivo posto (e già questo aspetto presenta di per sé notevoli profili di incertezza) numerose restano nel caso di specie le questioni problematiche. Si pensi infatti all'individuazione dell'amministrazione competente all'esercizio della funzione, nonché all'esigenza di inserire i singoli interventi amministrativi nell'ambito di una programmazione che comprenda la definizione delle priorità, l'indicazione delle procedure di attuazione e lo stanziamento delle relative risorse.

Insomma, nel momento in cui il presidio del nucleo indefettibile del diritto sia affidato all'agire amministrativo doveroso appare evidente il valore espresso dall'intermediazione normativa e dal corrispondente indirizzo politico. D'altra parte, tale valore sembra di per sé trovare un espresso riconoscimento costituzionale nella previsione contenuta nell'art. 117, ove al legislatore ordinario è affidata la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale. A parte ogni possibile accostamento tra i richiamati livelli essenziali ed il nucleo indefettibile dei diritti inviolabili, questione sulla quale non argomento, resta comunque ferma ed evidente la volontà del legislatore costituente di affidare la realizzazione di diritti all'intermediazione della normativa primaria.

5. L'esigenza di uno statuto del dovere amministrativo.

I descritti aspetti problematici discendono a mio parere dal fatto che, collocandosi nella prospettiva del dovere quale situazione giuridica soggettiva originaria in capo all'amministrazione, si ribalta il punto di vista dell'osservazione del fenomeno giuridico che corrisponde all'esercizio della funzione amministrativa. L'attenzione dell'osservatore è infatti immediatamente diretta verso il dovere, nel cui prisma viene apprezzato il fenomeno giuridico.

Tale prospettiva si porta peraltro dietro talune inevitabili conseguenze, relative alle condizioni per il legittimo esercizio della funzione doverosa. La prima è determinata dall'esigenza di

definizione dei confini e dei limiti del dovere amministrativo. Così come accade nella dimensione del potere, anche in quella del dovere è infatti impensabile, almeno in via di principio, che quest'ultimo possa estendersi all'infinito, senza trovare quindi limite o contenimento. La seconda è data dall'esigenza di definire il contesto nell'ambito del quale la funzione doverosa è esercitata. La terza attiene al contenuto del medesimo dovere, nonché ai suoi caratteri ed elementi essenziali.

In altre parole, nel momento in cui la finalità pubblica si realizza in ragione del dovere amministrativo, quest'ultimo necessita di uno statuto giuridico, che indichi i presupposti, le condizioni ed i limiti del suo utilizzo nell'ambito del nostro ordinamento.

Quanto detto vale anche – e forse a maggior ragione – quando il dovere si caratterizzi in termini di inderogabilità e dunque, per vocazione, non incontri limiti se non nel perimetro della sua applicazione ovvero, appunto, in uno statuto giuridico che regoli l'attività in cui lo stesso si esplica.

In assenza di uno statuto giuridico del dovere quale situazione giuridica originaria in capo ad una pubblica amministrazione – e venuto meno quello del potere in ragione del cambio di prospettiva – l'esercizio della funzione amministrativa doverosa risulterà slegata da qualsiasi contesto di riferimento, se non addirittura irrealizzabile.

Insomma, il carattere di inderogabilità che la teorica in esame riconosce in capo al dovere amministrativo rischia paradossalmente di costituire la causa della mancata realizzazione del diritto che l'amministrazione sarebbe invece tenuta a presidiare e garantire. Ciò in quanto l'esercizio della funzione risulterebbe ostaggio del medesimo dovere che, incontrollato e indisciplinato, costringerebbe l'amministrazione alla realizzazione di un risultato che, quand'anche possibile, non risponderebbe ai canoni di efficacia ed efficienza che debbono permeare l'agire amministrativo. Il ribaltamento di prospettiva tra potere e dovere rischierebbe in definitiva di non portare alcun frutto degno dello sforzo ricostruttivo compiuto: si passerebbe infatti da una doverosità come presupposto per l'esercizio del potere⁹, ad una doverosità in cui l'amministrazione è certamente tenuta ad attivarsi per la cura dell'interesse pubblico, ma in tale attivarsi non è in grado di garantire la migliore soluzione possibile per la piena ed effettiva realizzazione del diritto. Si concretizzerebbe così il paradosso per cui la previsione costituzionale del diritto inviolabile non troverebbe

⁹ Sul punto si rinvia a L.R. PERFETTI, *La pubblica amministrazione come dovere*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 3965 ss.

soddisfazione nonostante il presidio dato dall'esercizio doveroso ed inderogabile della funzione amministrativa.

6. Un (parziale) cambiamento di prospettiva: dalla doverosità (inderogabile) di risultato alla doverosità (inderogabile) di comportamento.

Sembra che a questo punto ci si trovi dinanzi ad un'*impasse* difficilmente superabile. La mancanza di uno statuto del dovere amministrativo pare impedire – almeno in ragione delle questioni sopra argomentate – la possibilità di qualificare l'agire amministrativo in termini di doverosità inderogabile.

In realtà, a parere di chi scrive, così non è, a condizione però di un cambiamento di prospettiva, che dell'agire amministrativo doveroso valorizzi la dimensione comportamentale, ossia quella volta a garantire la definizione del migliore contesto ambientale in cui la decisione sarà assunta e, di conseguenza, la massimizzazione dell'attenzione verso il titolare del diritto per la cui realizzazione l'amministrazione opera.

Si tratta quindi di approcciare la questione problematica posta dalla vicenda amministrativa in una prospettiva diversa rispetto a quella del risultato (la realizzazione del diritto inviolabile), che ponga invece al centro della medesima vicenda il comportamento amministrativo utile alla realizzazione del risultato.

Tale operazione si ritiene utile per due ragioni: (i) innanzitutto perché si ritiene che la doverosità di comportamento possa più facilmente qualificarsi in termini di inderogabilità; (ii) in secondo luogo perché si ritiene che anteporre la doverosità di comportamento a quella di risultato risolva talune delle questioni problematiche che impediscono a quest'ultima di potersi completamente apprezzare nei termini indicati nella ricostruzione di Monteduro.

La componente di doverosità di cui si va dicendo integra infatti il presupposto di ogni ulteriore dovere di chi esercita la funzione, ponendosi in tal senso quale *præ* logico nel processo decisionale amministrativo. Egualmente prioritario è l'approccio doveroso alla singola fattispecie che preservi e garantisca l'unicità della stessa e dunque le esigenze del destinatario dell'agire

amministrativo. Si tratta quindi di una componente di doverosità che si aggiunge, completandola, a quella volta alla produzione del risultato, e che garantisce però l'efficacia della norma per la cui attuazione l'amministrazione agisce. È una doverosità di mezzo, "di approccio" alla fattispecie e dunque di comportamento, che, a parere di chi scrive, partecipa della medesima natura di inderogabilità che Massimo Monteduro ha mostrato come propria dell'agire doveroso delle pubbliche amministrazioni volto alla realizzazione dei diritti inviolabili della persona.

7. L'autonomia della doverosità di comportamento dalla doverosità di risultato.

La prospettiva che si va sondando muove peraltro da un presupposto che in questa sede si è assunto, ma che appare evidente possa essere oggetto di contestazione. Ho infatti dato per acquisito che nell'ambito dell'agire delle pubbliche amministrazioni possano distinguersi diverse manifestazioni di doverosità e segnatamente una "doverosità di comportamento", da una parte, e una "doverosità di risultato", dall'altra.

Diversamente, potrebbe ritenersi che tale distinzione non sia possibile o comunque sia utile solo a fini classificatori e quindi descrittivi del fenomeno. In tal caso, si avrà che nell'ambito dell'esercizio della funzione amministrativa volta alla realizzazione del diritto inviolabile rientreranno anche quei doveri di comportamento che orientano inevitabilmente le decisioni assunte dall'amministrazione. Tale opzione, quando applicata alla costruzione in esame, porterebbe quindi ad affermare che nell'ambito dei doveri inderogabili che trovano fondamento e contenuto nell'art. 2 della Costituzione sarebbero ricompresi anche i doveri comportamentali di cui si va dicendo.

A favore di questa soluzione potrebbero militare interessanti considerazioni tratte dall'ermeneutica del dato costituzionale: va infatti ricordato come nella struttura dei diritti inviolabili sia stato riconosciuto non solo "un aspetto difensivo", attinente all'impossibilità che il diritto possa svuotarsi in ragione della limitazione di cui possa essere eventualmente oggetto, ma un elemento propositivo, che trova espressione in «una serie di obblighi positivi di intervento, e non solo di astensione, dei pubblici poteri, obblighi finalizzati a dare la maggiore attuazione possibile all'interesse sotteso al

diritto fondamentale»¹⁰. In una direzione simile di approccio alla fattispecie, con specifico riguardo ai diritti sociali, è stato quindi osservato che questi «*pur non essendo diritti individuali, sono però “a godimento individuale”*», posto che le prestazioni per la loro attuazione «*non sono cioè svolte nel generico interesse pubblico, ma nell'interesse individuale dei singoli destinatari*». Essi non sono quindi “diritti formali”, «*ma diritti sostanziali, che comprendono e dunque pretendono il godimento effettivo ed efficiente del servizio o della prestazione forniti (l'istruzione, la salute, etc.)*»¹¹.

Ebbene, tali considerazioni potrebbero portare ad affermare che la realizzazione del diritto inviolabile implichi precise modalità funzionali a garantire l'efficacia della norma che pone il suddetto diritto attraverso la massimizzazione dello sforzo di attenzione alle peculiarità del caso singolo da parte dell'amministrazione che agisce.

Nonostante tali argomenti, ritengo comunque preferibile la soluzione che, con riguardo all'agire amministrativo per la realizzazione dei diritti inviolabili, distingue tra la doverosità di risultato e quella di comportamento. Ritengo peraltro tale opzione preferibile proprio in ragione di quanto argomentato da Massimo Monteduro circa il fondamento dei doveri inderogabili delle pubbliche amministrazioni. Al di là delle perplessità finora espresse, mi riferisco in particolare all'oggettiva difficoltà di ritrovare nell'art. 2 della Costituzione elementi che consentano di giustificare l'inderogabilità del dovere amministrativo oltre la funzione di realizzazione del nucleo essenziale del diritto inviolabile. E ritengo altresì che neppure si possa giungere a conclusioni

¹⁰ G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2010, pp. 111-112, secondo cui l'invioabilità «*non coincide con un perimetro di assoluta «indecidibilità», ma piuttosto con un ambito in cui devono invece essere prese molte decisioni, che devono essere finalizzate alla maggior protezione possibile del diritto: un diritto è inviolabile, dunque, quando i pubblici poteri sono tenuti a predisporre la maggiore attuazione possibile*». L'Autore, che richiama peraltro l'espressione *indecidibilità* di L. Ferrajoli, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, Laterza, 2001, indica «*una possibile lista degli «obblighi di intervento» dei pubblici poteri a favore di un diritto fondamentale*», tra i quali evidenzia «*l'imposizione di divieti di discriminazione, di interferenze ecc.; l'adozione di misure istituzionali per sanzionare adeguatamente le violazioni di un diritto; l'istituzione di apparati mandati a rendere effettivo il diritto stesso; l'imposizione di obblighi positivi di intervento, o di misure di prevenzione e protezione*».

¹¹ G. AZZARITI, *Forme e soggetti della democrazia pluralista. Considerazioni su continuità e trasformazioni dello Stato costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 159 ss., il quale assegna ai pubblici poteri non solo la funzione corrispondente alla erogazione dei servizi connessi ai diritti sociali, bensì «*una funzione di direzione e vigilanza al fine di assicurare l'effettività del conseguimento del diritto*» (p. 162). Azzariti osserva quindi, ad esempio, che il diritto all'istruzione implica, per una sua effettiva realizzazione, che in ogni istituto di istruzione si garantisca «*l'articolazione, la completezza e la ricchezza culturale necessari ad una società (in questo senso sì) pluralista e che trova fondamento nella libertà dei singoli*». In tal senso, «*la preventiva esaltazione di alcuni separati saperi, e la conseguente marginalizzazione o ghettizzazione di altri e diversi, non appare in grado di assicurare il risultato della effettiva soddisfazione del diritto sociale all'istruzione*».

differenti nel momento in cui si valorizzi l'autonomia concettuale dei doveri rispetto ai diritti, posto che anche in questo caso resta fermo che il dovere amministrativo trae il proprio carattere di inderogabilità dall'inviolabilità del diritto.

8. Il contenuto della doverosità di comportamento.

La distinzione tra doverosità di comportamento e doverosità di risultato risulterà più chiara quando si rifletta sul contenuto della prima (e quindi delle differenze con quello della seconda).

Ebbene, nell'ambito della doverosità di comportamento si riconduce quell'agire amministrativo che corrisponde al rispetto di regole (di comportamento) ulteriori e differenti rispetto a quelle procedimentali volte alla realizzazione del dover essere provvedimentale. Ci si riferisce quindi a regole che non riguardano la doverosità dell'agire amministrativo immediatamente funzionale alla soddisfazione dell'interesse pubblico o privato attraverso la decisione provvedimentale, ma a quelle meta-regole che impongono all'amministrazione un comportamento caratterizzato dall'attenzione al singolo problema amministrativo e dunque alle esigenze di ciascun destinatario dell'azione amministrativa, inteso quest'ultimo non come parte di un rapporto giuridico tra soggetti in contrapposizione, ma come elemento, unità imprescindibile e fondamentale dell'interesse che l'amministrazione ha in cura.

Non si tratta dunque di regole di risultato, né di regole di procedimento: non viene infatti in rilievo alcun dover essere, né finale (la decisione provvedimentale), né strumentale (la disciplina del procedimento amministrativo). Le regole di cui si va dicendo sono quelle che trasformano l'esercizio della funzione nell'agire per servire la persona, quando la realizzazione di questa passi attraverso l'operato delle pubbliche amministrazioni. Ed è evidente che la valorizzazione di tale tipologia di regole comportamentali sarà possibile esclusivamente quando l'esercizio della funzione si collochi in una prospettiva di doverosità in cui l'attività amministrativa non è più (immediatamente) percepita nella dimensione del potere, inteso quale situazione giuridica soggettiva originaria e fondamentale.

Ebbene, tali regole consentono di collocare ciascuna vicenda amministrativa nell'ambito del più ampio scenario di riferimento, considerandone gli elementi di peculiarità e di unicità. Ciò in ragione dell'atteggiamento richiesto all'amministrazione che agisce, che deve essere volto a garantire l'effettiva soddisfazione dell'interlocutore, non in termini di erogazione del bene della vita a cui lo stesso aspira attraverso la legittima decisione provvedimento, ma di attenzione nell'adozione della medesima decisione ad assicurare quell'approccio al caso singolo che distingue ogni fattispecie dalle altre e la consegna all'amministrazione come unica.

È il comportamento amministrativo che fa da contraltare alla tipicità del provvedimento, alla rigidità dell'esercizio della funzione imbrigliata nel tempo dall'incapacità di disfarsi della dimensione autoritativa del potere. Si potrebbe dire che si tratti di una vera e propria contaminazione, della liberazione, dell'affrancamento dell'amministrazione dai limiti in cui è stretta dal potere, senza però perdere il contatto con la forza ed il vincolo del principio di legalità. Questo però non è più letto nella dimensione del potere, ma in quella del dovere, che consente tale affrancamento e ammette – anzi vincola – l'amministrazione alla cultura della diversità, dell'eccezione e quindi, in ultimo della libertà di agire per la soddisfazione dei bisogni del singolo, in una dimensione, come detto, di servizio alla persona.

Riprendo quindi un'idea già espressa in altri scritti, ossia che le regole di cui vado dicendo possano ritenersi direttamente corrispondenti al comportamento a cui il funzionario pubblico è doverosamente tenuto in ragione dell'ufficio che ricopre. Mi riferisco quindi alle regole del dovere d'ufficio, che integra una doverosità "a prescindere", una doverosità presupposta ed indifferente rispetto a quella che connota l'esercizio della funzione volta a garantire la realizzazione dell'interesse pubblico ovvero il bene della vita nei confronti del privato che lo richiede ovvero ancora tutti e due, se si segue la prospettiva di Monteduro che vede coincidere il nucleo indefettibile del diritto inviolabile con quello del corrispondente interesse pubblico.

Sono regole che esprimono una doverosità che prescinde dallo scopo dell'agire e che si colloca in una dimensione differente, in cui viene in rilievo un rapporto diretto tra il soggetto che agisce per la pubblica amministrazione e il destinatario di tale azione, un rapporto non mediato dal dover essere procedimentale. Sono regole di comportamento che quindi non si mischiano e non si

confondono con le regole di risultato, ma che costituiscono il presupposto indefettibile ed inderogabile di queste.

9. Il fondamento della doverosità di comportamento.

Si tratta a questo punto di accertare quale sia il fondamento della doverosità di comportamento di cui si va dicendo. Dichiaro quindi subito il mio convincimento: (i) ritengo che la doverosità in questione, al pari della doverosità di risultato ricostruita da Monteduro, integri una situazione giuridica soggettiva primaria ed originaria in capo alle pubbliche amministrazioni; (ii) ritengo che tale componente di doverosità dell'esercizio della funzione, sempre al pari della doverosità di risultato, abbia un fondamento costituzionale; (iii) ritengo che tale fondamento si ritrovi in particolare negli art. 54 e 97 della Costituzione.

L'ancoraggio all'art. 54 Cost. deriva dalla coincidenza tra le regole comportamentali a cui deve sottostare l'agire amministrativo ed il dovere d'ufficio del funzionario pubblico. Ciò, ovviamente, a patto che si condivida che il dovere d'ufficio presenti una dimensione costituzionale e che questa si possa rinvenire nella previsione contenuta nell'art. 54, comma 2, Cost., e dunque nella *disciplina ed onore* a cui deve corrispondere l'esercizio doveroso dell'attività svolta dai cittadini a cui sono affidate funzioni pubbliche¹².

D'altra parte, le regole di comportamento a cui l'amministrazione è tenuta prima ed a prescindere dal dovere di realizzazione del risultato amministrativo costituiscono la garanzia del buon andamento amministrativo e dunque di una buona amministrazione¹³.

¹² Per una riflessione più approfondita sul fondamento costituzionale del dovere d'ufficio, si consenta di rinviare a S. DETTORI, *Esercizio legittimo del potere di revoca e doveri di comportamento della pubblica amministrazione*, in *Diritto Amministrativo*, 4/2017, p. 861-910, in particolare p. 894 ss. In questa sede ci si limita quindi ad evidenziare come la possibilità di riconoscere nel dovere d'ufficio il fondamento delle regole di comportamento del funzionario pubblico richieda il superamento delle ricostruzioni tradizionali, che collocavano la *disciplina ed onore* nell'ambito del rapporto tra il funzionario e l'organizzazione amministrativa, a favore di una diversa prospettiva ermeneutica che invece in tali elementi riconosca il contenuto qualificante la capacità e l'attitudine del funzionario pubblico a esercitare la propria doverosa funzione nei confronti della collettività degli amministrati (p. 897).

¹³ A. ZITO, *Il "diritto ad una buona amministrazione" nella Carta europea dei diritti fondamentali e nell'ordinamento interno*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2002, pp. 179-198.

Si vuole in particolare fare riferimento ad una nozione di buon andamento che, acquisita nella sua evoluzione piena portata giuridica, ha assunto funzione di garanzia di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa¹⁴. Considerato in tale dimensione, il buon andamento costituisce un principio che impone all'amministrazione il ricorso agli strumenti ed ai mezzi più adeguati al fine del conseguimento del risultato amministrativo, che, inteso in questa prospettiva, diviene perfetta sintesi tra l'esigenza di realizzazione dell'interesse pubblico e la massima attenzione all'unicità della vicenda concreta. Il risultato è una nozione di buona amministrazione *«che è qualcosa di ben diverso dal perseguimento “a tutti i costi” di un risultato celere ed economicamente vantaggioso, che ha invece piuttosto a che fare con il grado di soddisfazione del cittadino-utente (o come si suole ormai affermare con una terminologia diversa ma equivalente con la “qualità della prestazione”), stante la prioritaria e insopprimibile esigenza dell'amministrazione di tutela di diritti, di situazioni giuridiche soggettive - a cominciare dalle più deboli - di concreti beni della vita, di imparzialità e di trasparenza»*¹⁵.

10. Doverosità di comportamento e realizzazione effettiva dei diritti fondamentali.

Intesa nel senso sopra indicato, la doverosità di comportamento costituisce dunque il *prins* logico rispetto all'esercizio della funzione amministrativa, qualsiasi sia l'obiettivo che con essa si debba perseguire. In tale dimensione, la doverosità in questione presenta dunque sempre carattere di inderogabilità. La sussistenza di tale connotazione dell'agire amministrativo appare peraltro particolarmente evidente quando questo sia funzionale alla realizzazione di un diritto fondamentale della persona. E ciò sia in quanto si tratta di garantire il godimento di quelli che il nostro

¹⁴ È nota l'evoluzione che ha interessato il principio di buon andamento, il quale da originaria considerazione in una dimensione metagiuridica, è stato progressivamente riconosciuto come principio relazionale, dapprima nell'ambito dell'organizzazione amministrativa come espressione di un'esigenza di raccordo tra soggetti appartenenti a diversi livelli di governo, e successivamente come precetto funzionale espressione di volta in volta dell'economicità, dell'efficienza e dell'efficacia amministrativa.

¹⁵ M. SPASIANO, *Il principio di buon andamento: dal metagiuridico alla logica del risultato in senso giuridico*, in *Ius publicum*, Network Review, Aprile 2011, in www.ius-publicum.com, p. 33. Sul rapporto tra *performance* amministrativa ed interesse 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.

ordinamento indica come diritti fondamentali, ma soprattutto perché attraverso l'osservanza delle regole di comportamento si consente l'effettiva realizzazione di tali diritti, ovvero se ne giustifica la stessa sussistenza quando ci si ponga in una prospettiva giusrealista¹⁶. Monteduro ha certamente ben in mente la questione della realizzazione effettiva dei diritti inviolabili, di cui però afferma una doverosità non inderogabile, ma derivata da quella inderogabile e che deve quindi transitare attraverso un'*interpositio legislatoris*, non trovando immediato riscontro nella Costituzione¹⁷.

¹⁶ La tematica dell'efficacia (o effettività) della norma e, ancora di più, quella della corrispondenza tra validità ed effettività normativa costituiscono questioni centrali nel dibattito giuridico che, con riferimento ai diritti fondamentali, hanno impattato significativamente sulla definizione del rapporto tra tali diritti e le loro corrispondenti garanzie di attuazione e dunque, in ultimo, sulla stessa definizione del perimetro entro cui i medesimi diritti potevano (e possono) dirsi esistenti. Semplificando al massimo, le posizioni espresse in dottrina possono ridursi all'alternativa tra l'inclusione o meno delle garanzie in questione nel suddetto perimetro di definizione dei diritti fondamentali, distinguendosi per un approccio normativistico o giusrealistico alla riflessione giuridica: secondo il primo, il diritto comunque esiste nel momento in cui sono rispettate le regole di produzione normativa, mentre per il secondo l'esistenza del diritto necessita del riconoscimento del carattere di effettività della norma e dunque della presenza di garanzie per la sua attuazione. Condivido peraltro quanto osservato circa le implicazioni che nella definizione di una teorica dei diritti inviolabili si pongono a livello epistemologico nella scelta tra i richiamati approcci alla luce del fatto che i diritti in questione sono generalmente rappresentati a livello positivo attraverso formulazioni di principio caratterizzate da genericità e vaghezza: così M. JORI, *Aporie e problemi nella teoria dei diritti fondamentali*, in E. VITALE (a cura di), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 81. Quando poi ci si riferisca a quei diritti fondamentali la cui realizzazione implica l'agire dei pubblici poteri – e quindi innanzitutto ai diritti sociali – appaiono evidenti i dubbi posti dai sostenitori dell'approccio giusrealistico sulla possibilità di ricomprendere tali fattispecie nella stessa categoria di diritti, proprio a causa della loro fisiologica ineffettività. In tal senso, D. ZOLO, *Libertà, proprietà ed eguaglianza nella teoria dei 'diritti fondamentali'*, in E. VITALE (a cura di), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, cit., p. 64, che peraltro rinvia a D. ZOLO, *La strategia della cittadinanza*, in ID. (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Roma-Bari, Laterza, 1994, pp. 29-35.

¹⁷ La prospettiva in cui si colloca Monteduro parrebbe quindi potersi accostare a quella indicata nella riflessione di Luigi Ferrajoli, il quale lascia distinti i diritti dalle loro garanzie, ammettendo così la possibilità di esistenza di diritti fondamentali a prescindere dalla loro concreta attuazione (*rectius* dalla sussistenza delle regole per la loro attuazione), ma definendo l'assenza di tali regole alla stregua di una lacuna normativa che i pubblici poteri hanno l'obbligo giuridico di colmare. Così L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in E. VITALE (a cura di), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, cit., pp. 30-31, secondo cui è la «*struttura nomodinamica del diritto moderno che impone, in forza del principio di legalità quale norma di riconoscimento delle norme positivamente esistenti, di distinguere tra i diritti e le loro garanzie*», pena la caduta «*in una forma di paradossale giusnaturalismo realistico*». In ragione di tale prospettiva, su un piano teorico, si avrà che «*il nesso tra aspettative e garanzie non è un nesso empirico ma un nesso normativo, che può essere contraddetto dall'esistenza delle prime e dall'inesistenza delle seconde; e che quindi l'assenza di garanzie dev'essere considerata come un'indebita lacuna che è obbligo dei pubblici poteri, interni ed internazionali, riempire*». Ferrajoli aveva peraltro già precisato nel medesimo contributo che «*è compito della legislazione colmare*» le lacune determinate dall'assenza di garanzie di attuazione per i diritti fondamentali (p. 11) ed ulteriormente osservato che «*le violazioni dei diritti ad opera dei pubblici poteri contro i loro cittadini devono essere concepite come indebite antinomie che è obbligatorio sanzionare come atti illeciti o annullare come atti invalidi*» (p. 31). Anche Monteduro affida infatti al legislatore ordinario il compito di provvedere alla realizzazione del diritto mediante l'indicazione delle modalità utili a tal fine, sebbene nella sua ricostruzione l'intervento del legislatore si configuri come situazione derivata rispetto al dovere (inderogabile) che trova fondamento (diretto) nella norma costituzionale. In tale prospettiva è infatti sul dovere che possono innestarsi successivi obblighi o poteri, entrambi come situazioni derivate: i primi in quanto posti da fonte legislativa e dunque sussidiari ai doveri; i secondi in quanto strumentali ai doveri, nel senso che l'amministrazione vi

Si è invece proposto un ribaltamento di prospettiva, che colloca la doverosità comportamentale in posizione prioritaria rispetto alla doverosità di risultato, in quanto atteggiamento consustanziale al dovere d'ufficio del funzionario pubblico e quindi presupposto necessitato nell'ambito di qualsiasi manifestazione dell'agire amministrativo. Così, quando tale agire sia volto alla realizzazione di un diritto fondamentale della persona, il perseguimento di un risultato effettivo presupporrà un atteggiamento doveroso dell'amministrazione, questo assolutamente inderogabile, volto alla acquisizione e rielaborazione dello scenario di contesto, a garantire il coordinamento con i soggetti (pubblici e privati) i cui interessi rilevano nella fattispecie e soprattutto un'attenzione alla concreta soddisfazione dei bisogni della persona titolare del diritto. Ma non solo. A ben vedere, nella prospettiva che si propone la doverosità di comportamento può presentare carattere ugualmente inderogabile sia per i diritti sociali, sia – e forse a maggior ragione – per quelli di libertà. Ed infatti mentre per i diritti sociali l'intervento pubblico potrebbe dirsi scontato in ragione della stessa natura di tali diritti, quando si considerino le libertà (negative o positive) potrebbe risultare particolarmente interessante affermare che nel momento in cui sia condivisa la necessità di un intervento pubblico al fine della loro realizzazione, tale intervento debba svolgersi attraverso modalità che impongono al soggetto che opera per la pubblica amministrazione un inderogabile dovere di comportamento.

ricorrerà, imponendo la propria volontà, quando debba fare fronte ad una opposizione alla realizzazione dell'interesse pubblico.

II STUDI

PARTE II

FRANCESCO DIMICHINA
Assistente presso la Banca d'Italia*
francesco.dimichina@bancaditalia.it

BREVI CONSIDERAZIONI SUL TEMA DEL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SUGLI ATTI DELLA BANCA D'ITALIA

SHORT PAPER RELATED TO THE JUDICIAL REVIEW OF ADMINISTRATIVE COURTS ABOUT DECISIONS TAKEN BY THE BANK OF ITALY

SINTESI

Gli atti della Banca d'Italia, in quanto autorità amministrativa indipendente, devono ritenersi sindacabili *funditus* dal giudice amministrativo, che può vagliarne la ragionevolezza, nonché la fondatezza dei presupposti in fatto, con il solo limite, discendente dal principio pur temperato della separazione dei poteri, di non potersi sostituire all'amministrazione con proprie autonome valutazioni. In questo senso depongono anche recenti precedenti della giurisprudenza amministrativa, sia nell'ambito dei giudizi sugli atti dell'Autorità di vigilanza in materia bancaria, che in materia di autorità amministrative indipendenti in genere. Un'eccezione al limite predetto è costituita dal sindacato in materia di sanzioni, che di recente si è tentato di ridisegnare - con precipuo riferimento a quelle irrogate dall'Autorità antitrust - nei termini di una verifica di maggiore o minore attendibilità della decisione. Si tratta, tuttavia, di un orientamento ad oggi isolato. I limiti al sindacato del giudice amministrativo così sintetizzati, in *subiecta materia*, non sono da ritenere in contrasto con la consolidata interpretazione dell'art. 6, CEDU in materia di diritti civili. Invero, in tale contesto, la “*weak version*” del principio di “*full jurisdiction*” è legata all'applicazione differenziata del principio della divisione dei poteri, in particolare tra giudiziario ed esecutivo, nei paesi aderenti alla CEDU.

ABSTRACT

The aim of the paper is to understand which limits are related to the judicial review of the administrative courts and their jurisdiction in the Italian administrative experience, especially with reference to the supervisory decision of the Bank of Italy. Since that the Bank of Italy is now considered as an independent administrative authority, Italian law doesn't require a substitutive review of the merits of administrative decisions. Also the art. 6 European Convention on Human Rights (ECHR) doesn't require a substitutive review of the merits of administrative decisions regarding civil rights. This assumption is related to the concrete application of the principle of separation of powers.

PAROLE CHIAVE: sindacato giudiziale – Banca d'Italia – autorità amministrative indipendenti - discrezionalità amministrativa – piena giurisdizione.

KEYWORDS: judicial review – Bank of Italy - independent administrative authority - administrative discretion – full jurisdiction.

INDICE: 1. Premessa: recenti sentenze e autorità del settore bancario. - 2. La natura giuridica della Banca d'Italia. - 3. Il sindacato sugli atti delle autorità indipendenti: recenti approdi. - 4. Il sindacato del giudice amministrativo sugli atti della Banca d'Italia. - 5. Secondo la CEDU è necessario un sindacato di tipo sostitutivo sugli atti dell'Autorità di vigilanza?

1. Premessa: recenti sentenze e autorità del settore bancario.

È possibile che, a distanza di oltre vent'anni dalla fondamentale sentenza del 9 aprile 1999, n. 601, del Consiglio di Stato, sez. IV¹, la giurisprudenza amministrativa continui a sposare la tesi del sindacato cd. estrinseco a fronte di provvedimenti delle autorità indipendenti che costituiscono esercizio di discrezionalità tecnica?

Di recente, tale orientamento è stato riproposto con forza dal Tar Lazio, sez. II *bis*, nella sentenza del 10 febbraio 2020, n. 1770², con la quale è stata rimessa alla Corte Costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell'art. 72, co. 9, del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (T.u.b.), nella parte in cui subordina l'eseribilità dell'azione di responsabilità nei confronti dei commissari straordinari, della banca in amministrazione straordinaria, alla previa autorizzazione della Banca

* Il contenuto della pubblicazione riflette esclusivamente le opinioni dell'autore e non intende quindi rappresentare posizioni ufficiali della Banca d'Italia.

¹ In *Dir. proc. amm.*, 1, 2000, 182 ss., con nota di M. Del Signore, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*; in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 12, 1179 ss., con nota di D. De Pretis, *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*; in *dir. proc. amm.*, 1, 2000, 212 ss., con nota di P. Lazzara, *"Discrezionalità tecnica" e situazioni giuridiche soggettive*; in *Foro amm.*, 2, 2000, 422 ss., con nota di L. R. Perfetti, *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*; in *Foro it.*, 2001, 3, 9, con nota di A. Travi.

² In *Banca borsa tit. cred.*, 3, 2021 (in corso di pubblicazione), con nota di F. Dimichina, *È ancora necessaria l'autorizzazione dell'Autorità di vigilanza per l'esercizio delle azioni civili nei confronti degli organi della banca in amministrazione straordinaria?*; in *Dir. banc. fin.*, 1, 2021, 131 ss., con nota di A. Nigro, *L'amministrazione straordinaria bancaria e il problema delle tutele: esiste (finalmente) «un giudice a Berlino»?*; in *Riv. trim. dir. econ.*, 1, 2020, 2, 46 ss., il quale pur condividendo l'orientamento espresso dal Collegio, non manca di notare che *"È certamente vero che il giudice amministrativo tende da tempo a ritenere che gli atti delle c.d. autorità indipendenti (e tale è la Banca d'Italia) siano sempre connotati da discrezionalità tecnica e, conseguentemente, a priori sottratti al sindacato giudiziale sotto il profilo dell'eccesso di potere [...] Ma è altrettanto vero [...] che talvolta lo stesso giudice amministrativo si è discostato da quella logica"*, ivi, 145, nt. 36, come si evidenzia nel presente scritto; in *Riv. trim. dir. econ.*, 1, 2020, 2, 46 ss., con nota di F. S. Porcelli, *L'azione di responsabilità avverso i commissari di banche in crisi. Questioni di legittimità costituzionale*, il quale, preso atto della delicatezza delle questioni sottese ad un'eventuale declaratoria di illegittimità, propende in ultima analisi per l'intervento del legislatore, ivi, 64.

d'Italia³. Tale articolata decisione, sul cui contenuto non è possibile soffermarsi in questa sede, sostanzialmente fonda⁴ il complesso percorso argomentativo sulla base dell'assunto, acriticamente riproposto⁵, secondo cui: «*Il sindacato dell'adito giudice, a parere del Collegio, deve limitarsi ad un controllo di tipo estrinseco, ad una valutazione di manifesta infondatezza sul diniego autorizzatorio della Banca d'Italia*»⁶, per giunta dopo aver rilevato che vanno considerati altresì «*i limiti del sindacato giurisdizionale in relazione a provvedimenti che costituiscono esercizio di discrezionalità tecnica*»⁷.

Come si avrà modo di constatare nel prosieguo, si tratta di un assunto non isolato e che, peraltro, trova tuttora riscontro con riguardo ad altre autorità indipendenti⁸.

Com'è noto, con la predetta sentenza del 1999 il supremo Consesso della giustizia amministrativa ha da tempo chiarito che al giudice amministrativo, in sede di giudizio di legittimità, è esclusivamente preclusa la valutazione diretta del merito amministrativo, ovvero «*dell'interesse pubblico concreto relativo all'atto impugnato*». Con il merito, invece, non va confusa la discrezionalità tecnica (*rectius* valutazioni tecniche). Si verte in tale campo, secondo la predetta decisione, qualora

³ Per supposto contrasto con gli articoli 3, 24, 28, 47, 97, 101, 102, 103, 111, 113 e 117, co. 1, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), nonché in virtù degli artt. 11 e 117 Cost., sia con riferimento all'art. 34, par. 1, lett. e) della dir. 59/2014/UE (BRRD), sia in relazione all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE). Curiosamente queste ultime disposizioni non risultano riportate però nel dispositivo della sentenza.

⁴ Il tema viene presentato già al punto 3.3 della sentenza per giustificare la reiezione delle censure al provvedimento impugnato, ma in realtà era già stato avanzato – dallo stesso Relatore – in sede di ordinanza cautelare (Tar Lazio, sez. II *bis*, ord. 22 maggio 2018 n. 3015). Tale profilo viene poi ripreso per sostenere la violazione dell'art. 97 Cost. (§ 12 della sentenza), nonché con riferimento all'art. 24 Cost. (§ 16 e 17). La questione è poi strettamente collegata al supposto contrasto con l'art. 6 della CEDU (§ 20) e 47 della CDFUE (§ 21).

⁵ Citando testualmente quanto affermato da TAR Campania, Napoli, sez. I, 20 giugno 2002, n. 3684 (con note di L. Iannotta, *In tema di condizionamento dell'azione di responsabilità patrimoniale nei confronti di agenti amministrativi per danni causati ai terzi*, in *Foro amm. TAR*, 10, 2002, 3328 e ss. e G. Napoletano, *Note sull'autorizzazione della Banca d'Italia all'esercizio delle azioni civili nei confronti degli organi dell'amministrazione straordinaria delle banche* in *Banca borsa tit. cred.*, 5, 2006, 574 e ss.).

⁶ §3.3 della decisione.

⁷ §3.4 della decisione.

⁸ Così ad esempio D. VESE, *Sul sindacato del giudice amministrativo sulle decisioni dell'AGCM. Pienezza della giurisdizione e tutela dei diritti*, 45, in *Judicium*, 22 novembre 2019, www.judicium.it, secondo il quale: “*giurisprudenza e dottrina assai recenti sono tornate a limitare significativamente il sindacato del giudice amministrativo sugli atti dell'autorità antitrust, facendo sovente riferimento proprio al binomio sindacato esterno/sindacato debole*”. Peraltro, da un punto di vista complessivo circa lo stato della giustizia amministrativa, va rilevato che quello del “*diniego di giustizia quanto alle valutazioni tecniche laddove ragionevolmente sindacabili*” costituisce uno dei “*pericoli*” del processo amministrativo individuati da L. R. PERFETTI, *Cerberio e la focaccia al miele. Ovvero dei pericoli del processo amministrativo e delle sue mancate evoluzioni*, in *Il processo*, 2, 2020, 429 e specialmente 458. Tali pericoli, principalmente di tipo endogeno alla giurisprudenza amministrativa (con l'eccezione di quelli legati alla “*pessima qualità della nostra legislazione*”, *ivi*, 443), si vanno ad aggiungere (*ivi*, 429) a quelli, per così dire esogeni alla stessa, individuati da R. VILLATA, *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravvivranno ai «Cavalieri dell'Apocalisse»?*, in *Riv. dir. proc.*, 1, 2017, 106 ss.

l'amministrazione, al fine di provvedere alla cura dell'interesse pubblico in una circostanza concreta, debba fare applicazione di una regola tecnica cui una norma giuridica fa rinvio. In tal caso, l'impiego di una norma tecnica può implicare la ponderazione di elementi di fatto che possono essere apprezzati in modo vario, soprattutto qualora la regola faccia riferimento a concetti indeterminati o richieda valutazioni opinabili. Nondimeno, «una cosa è l'opinabilità, altra cosa è l'opportunità». La *quaestio facti*, presupposto di legittimità del provvedimento amministrativo, tuttavia «non si trasforma – soltanto perché opinabile – in una questione di opportunità, anche se è antecedente o successiva ad una scelta di merito». Anzi il *proprium* della giurisdizione di legittimità andrebbe rinvenuto, secondo la decisione in parola, proprio nel «potere di accertare i presupposti di fatto del provvedimento impugnato» in ciò differenziandosi dal giudizio di legittimità tipico del ricorso in Cassazione.

Tale storica e altresì dirompente sentenza⁹, seppur in parte criticata¹⁰, è stata salutata con favore dalla dottrina, anche in considerazione del fatto che essa implica «uno statuto più coerente delle valutazioni tecniche: pienamente sindacabile è, infatti, l'esercizio di discrezionalità tecnica, cosa differente dal merito e dalla valutazione discrezionale collegata all'interesse pubblico, opinabile, sottratta al pregiudizio positivista della certezza del risultato scientifico, oggetto di una revisione giudiziale non meramente formale ed estrinseca dell'iter logico, ma tale da consentire la verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche»¹¹.

Da allora, peraltro, la giurisprudenza ha percorso vari passi avanti nella direzione della «caduta del tabù della sostanziale intangibilità delle determinazioni delle autorità creditizie», già auspicata dalla dottrina circa un ventennio fa¹², giacché come è stato evidenziato di recente: mentre nella concezione originaria della giustizia amministrativa, il giudice valuta il rapporto tra amministrazione e cittadino attraverso il filtro costituito dalla validità dell'atto, oggi il «codice del processo amministrativo accoglie

⁹ In realtà gli esiti della decisione erano stati anticipati dalla precedente sentenza del Tar Lombardia, 12 maggio 1997, n. 586, in *Foro amm.*, 6, 1997, 1727 ss., con nota di L. R. Perfetti, *Il sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*.

¹⁰ Nella parte in cui «conclude per l'erroneità della decisione dell'amministrazione non sulla base della ripetizione della valutazione secondo le regole del sapere tecnico, ma sulla scorta di un ragionamento giuridico», così L. R. PERFETTI, *Ancora sul sindacato*, cit., 440.

¹¹ Ivi.

¹² A. NIGRO, *Amministrazione straordinaria delle banche e giurisprudenza amministrativa: ritorno al passato?*, nota a Cons. giust. amm. Sicilia, 19 marzo 2002, n.145, sez. giurisd., in *Banca borsa e titoli cred.*, 2003, 1, 103 e ss., secondo il quale: «a mio avviso, la forza stessa delle cose determinerà prima o poi la caduta del tabù della sostanziale intangibilità delle determinazioni delle autorità creditizie ed imporrà l'adozione da parte della giurisprudenza amministrativa di linee analoghe a quella che emergeva dalla sentenza del Tar Sicilia. Del resto, nel recentissimo passato non si sono forse visti cadere (e cadere di schianto) tabù, analogamente creati dalla giurisprudenza, che sembravano destinati a durare in eterno, quale, per ricordare solo qualche esempio, quello della irrisarcibilità degli interessi legittimi?».

finalmente un'idea di giurisdizione preordinata alla tutela di pretese sostanziali». Ne consegue, dunque, che la cognizione del giudicante non dovrebbe arrestarsi ad una piena conoscenza del fatto, ben potendosi estendere alla verifica della legittimità nell'uso della discrezionalità tecnica. Ciò comporta, pertanto, una riduzione del perimetro del cd. merito amministrativo, confinato alla scelta operata dall'amministrazione, mentre il sindacato può giungere al punto di verificare se la scelta concreta della pubblica amministrazione costituisca quella maggiormente attendibile e non appena una scelta plausibile¹³.

Ad ogni modo, da tempo la dottrina segnala la necessità che il sindacato sulle valutazioni delle Autorità di vigilanza in materia bancaria sia incisivo¹⁴.

Ciò premesso, mentre esula dai fini del presente scritto la ricostruzione *funditus* della questione dei limiti al sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche in genere¹⁵,

¹³ In questi termini F. PATRONI GRIFFI, *La giustizia amministrativa nel 2020, Relazione tenuta in occasione della cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario 2020*, Roma, Palazzo Spada, 5 febbraio 2020, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 1, 14. Tale intervento, peraltro, fa eco a quanto affermato dall'Ufficio Studi, massimario e formazione del Consiglio di Stato, nel documento “*Autorità indipendenti e sindacato giurisdizionale*”, secondo il quale: “*La giurisprudenza amministrativa ha iniziato da tempo un percorso evolutivo che la ha condotta da un iniziale atteggiamento “timido” nell'esercizio del sindacato ad un sindacato pieno, che ha superato il vaglio e i parametri della Corte europea dei diritti dell'uomo. [Invero,] Nessun limite oggi sussiste per il giudice amministrativo per procedere ad una piena verifica dei fatti e anche ad un sindacato pieno sulle analisi economiche e sulle valutazioni tecniche compiute dalle Autorità, oltre al sindacato di merito sulle sanzioni, compreso il potere di rideterminarle*”, in www.giustizia-amministrativa.it, 1.

¹⁴ Così ad esempio, a proposito del sindacato sull'uso del criterio della “sana e prudente gestione”, F. SARTORI, *Disciplina dell'impresa e statuto contrattuale: il criterio della “sana e prudente gestione”*, in *Banca borsa e titoli cred.*, 2017, 2, 142-143; nonché già prima A. ANTONUCCI, *sub art. 5*, in Costa (a cura di), *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Torino, Giappichelli, 2013, Tomo I, 39-40.

¹⁵ Su cui, oltre gli scritti citati nella nota 2, si v., *ex multis*, V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1967; M. C. CAVALLARO, *La rilevanza delle valutazioni tecniche nel procedimento di formazione del provvedimento amministrativo e i profili del sindacato giudiziario. Il caso delle ordinanze di necessità*, in *Giustamm.it*, 1° agosto 2012; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 463 ss.; F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, Giuffrè, Milano, 2005; ID, (voce) *Discrezionalità tecnica (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, ann., II, Milano, Giuffrè, 2008, 471 ss.; M. CLARICH, *Le autorità indipendenti tra regole, discrezionalità e controllo giudiziario*, in *Foro amm. TAR*, 11, 2002, 3858 ss.; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, Cedam, 1995; F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, 3 ss. e, specialmente, Padova, Cedam, 2017, 423 ss.; D. J. GALLIGAN, *Discretionary Powers: A Legal Study of Official Discretion*, 2^a ed., Clarendon, Oxford, 1990, la traduzione italiana col titolo *La discrezionalità amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1999, è stata curata da F. Innamorati; M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale nella pubblica amministrazione: concetto e problemi*, Milano, Giuffrè, 1939; B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, Cedam, 2013, specialmente 294 e ss. e, con particolare riferimento alla giurisprudenza dei giudici europei, 101 ss.; L. MACCARI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle questioni tecniche*, in questa *Rivista*, 1, 2020, 535; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, Giuffrè, 1985; B. G. MATTARELLA, *Discrezionalità amministrativa*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2003, vol. II, 1996; F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011; C. MORTATI, (voce) *Discrezionalità*, in *Nss. Dig. It.*, vol. V, Torino, Utet, 1968, 1108 ss.; N. PAOLANTONIO, *Discrezionalità tecnica e giurisprudenza pratica*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2002, 2587 ss.; G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amm.*,

l'obiettivo che ci si pone è piuttosto quello indagare gli specifici limiti al sindacato del giudice amministrativo sugli atti della Banca d'Italia¹⁶.

1987, 3165 ss.; L. R. PERFETTI, *La responsabilità amministrativa alla prova della distinzione tra politica ed amministrazione e dell'evoluzione della dinamica delle posizioni soggettive e della discrezionalità amministrativa*, in *Nuovo governo locale*, 1995, 167; ID, *Il sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, cit.; A. PIRAS, (voce) *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, Giuffrè, 1964, 64 ss.; G. POLI, L. FERRARA, *La discrezionalità amministrativa e l'autonomia privata davanti alla legge*, in questa *Rivista*, 2, 2018, 353; F. G. SCOCA *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1045 ss.; S. TORRICELLI (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità*, Torino, Giappichelli, 2018, che, oltre a ricostruire il tema con riguardo all'ordinamento nazionale, contiene ampi riferimenti comparatistici; A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2, 2004, 439 ss.; P. VIRGA, *Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica*, in *Jus*, 1957, 95 ss.

¹⁶ Non rientra, pertanto, nell'ambito della presente indagine la questione dei limiti al sindacato sugli atti della Banca d'Italia emanati nell'esercizio della potestà sanzionatoria, che inerisce il sindacato del giudice ordinario, al quale "va riconosciuta la giurisdizione sia in ordine al provvedimento amministrativo sanzionatorio in materia bancaria che [...] ai relativi atti amministrativi e regolamentari presupposti" (Cass. civ., SS.UU., 18 febbraio 2021, n. 4365, in www.italgiure.giustizia.it/sncass). Il tema è stato recentemente oggetto del convegno intitolato "*Le sanzioni della Banca d'Italia e della CONSOB: i recenti orientamenti interni e sovranazionali*", 17 ottobre 2019, i cui contributi sono stati riportati nel supplemento 2/2020, di *Riv. trim. dir. ec.* (E. BINDI, *Le sanzioni della Banca d'Italia e della Consob: i recenti orientamenti interni e sovranazionali. Introduzione*, 4 ss.; A. URBANI, *Vigilanza bancaria e sanzioni*, 23 ss.; M. CLARICH, *Sanzioni delle Autorità indipendenti e garanzie del contraddittorio*, 40 ss.; P. LUCCARELLI, *Profili critici dei procedimenti sanzionatori Consob e Banca d'Italia: analisi e riflessioni sul difficile ruolo del difensore tra prassi consolidate e il favor giurisprudenziale nei confronti delle Autorità di vigilanza*, 47; A. PISANESCHI, *Le sanzioni amministrative della Consob e della Banca di Italia: gli indirizzi delle giurisdizioni sovranazionali e le problematiche applicative interne*, 81; W. TROISE MANGONI, *L'impugnazione delle sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia e dalla Consob: l'insoddisfacente qualificazione dei vizi attinenti alla motivazione del provvedimento nella prospettiva giurisprudenziale del giudizio sul rapporto*, 98 ss.; E. R. DESANA, *Ne bis in idem e close connection: recenti evoluzioni*, 118; F. MUCCIARELLI, *Le ricadute domestiche della giurisprudenza 'europea' sul ne bis in idem*, 162; N. VETTORI, *Le garanzie individuali nei confronti del potere sanzionatorio di Consob nella 'confusione' fra vigilanza e sanzione*, 185). Quanto, invece, ai rimedi nei confronti degli atti delle autorità di vigilanza europee in materia bancaria, tra gli altri, si rinvia a S. ANTONIAZZI, *La tutela amministrativa dell'operatore economico europeo nei settori bancario e finanziario*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2020, 344 e ss.; S. W. BLAIR, G. CHENG *The role of judicial review in the EU's financial architecture and the development of alternative remedies: The experience of the Board of Appeal of the European Supervisory Authorities*, in AA. VV., *Judicial review in the Banking Union and in the EU financial architecture*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza Legale*, vol. 84, Roma, Banca d'Italia, giugno, 2018, 17 ss.; C. BRESCIA MORRA - *The Interplay between the ECB and NCAs in the "common procedures" under the SSM Regulation: are there gaps in legal protection?*, ivi, 79; S. CASSESE, *A European Administrative Justice?*, ivi, 9; M. MACCHIA, *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, Torino, Giappichelli, 2018, specialmente 208 ss.; A. MAGLIARI, *Sindacato sulla discrezionalità e decisioni di vigilanza della BCE. Nota a Tribunale UE, sez. II, 13 luglio 2018, n. 733*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 1, 82 ss.; L. S. MORAIS, L. T. FETEIRA - *Judicial Review and the Banking Resolution Regime. The evolving landscape and future prospects*, AA. VV., *Judicial review in the Banking Union*, cit., 53 ss.; R. SMITS, *Interplay of administrative review and judicial protection in European prudential supervision. Some issues and concerns*, ivi, 29 ss.; M. VENTORUZZO, *European Rules and Judicial Review in National Courts: Challenges and Questions*, ivi, 71 ss. L'indagine circa il tema del sindacato degli atti della BCE ha ricevuto un rinnovato impulso all'indomani della sentenza del Bundesverfassungsgericht 5 maggio 2020, ricorsi riuniti 2 BvR 859/15; 2 BvR 1651/15; 2 BvR 980/16; 2 BvR 2006/15, circa la legittimità del c.d. "Public Sector Purchase Program-PSPP". La sentenza è stata variamente annotata, si rinvia tra gli altri a I. BORRELLO, *La governance economica dell'Unione nel mirino della Corte costituzionale tedesca* in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2020, 481 ss. e, in particolare, 483 ss.; M. LEHMANN, *The End of 'Whatever it takes'? - The German Constitutional Court's Ruling on the ECB Sovereign Bond Programme*, 6 maggio 2020, in *Oxford Business Law Blog*, www.law.ox.ac.uk; A. CIANCIO, *The 5 May 2020 Bundesverfassungsgericht's Decision on the ECB's public sector purchase program: an attempt to "break the toy" or a new starting point for the Eurozone?*, in *federalismi.it*, n. 16, 27 maggio 2020 ed L. F. PACE, *Il BVerG e la sentenza sul programma PSPP*, ivi; R. D'AMBROSIO, D. MESSINEO (edited by), *The German Federal Constitutional Court and the Banking Union*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza Legale*, vol. 91,

Punto di partenza per un'analisi della questione non può che essere, quindi, quello di verificare la natura giuridica dell'Autorità di vigilanza predetta. Dunque, appurato che si tratta di un'autorità amministrativa indipendente, verrà indagata la profondità del sindacato sugli atti di tali autorità in genere, per poi soffermarsi sull'analisi di alcuni precedenti giurisprudenziali che hanno interessato specificamente la Banca d'Italia. Da ultimo, verrà sinteticamente verificata la conformità dei limiti al sindacato del giudice amministrativo, sugli atti in parola, con le disposizioni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU).

2. La natura giuridica della Banca d'Italia.

L'abbrivio dell'indagine non può che essere costituito, come accennato, dall'esame della natura giuridica della Banca d'Italia.

Già da tempo considerato come una «*complessa [...] figura giuridica soggettiva*»¹⁷, l'Istituto di via Nazionale fu istituito nel 1893 in seguito alla fusione della Banca nazionale del Regno, della Banca nazionale toscana e della Banca toscana di credito e fu poi trasformato da società per azioni privata in ente di diritto pubblico con la legge bancaria del 1936. Inizialmente, invero, la sua organizzazione interna era «*rimasta quella originaria [...] ricalcata essenzialmente su quella della società per azioni*»¹⁸, della quale presentava altresì altri profili, al punto che secondo una tesi isolata, seppur autorevole, si trattava al più di una «*società anonima anomala*»¹⁹.

Roma, Banca d'Italia, 7 ss. Anche l'Ufficio Stampa della Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha brevemente commentato la decisione, sottolineando di essere l'unico Giudice ad avere giurisdizione per valutare la conformità di atti delle istituzioni dell'Unione al diritto europeo, *Press Release* n. 58/20, 8 maggio 2020, in www.curia.europa.eu. La "reazione" della Corte Costituzionale tedesca si iscrive all'interno di un moto più complesso che caratterizza una fase recente del dialogo tra corti nazionali e internazionali, nell'ambito della cd "terza onda" individuata da D. LUSTIG – J. H. H. WEILER, *Judicial review in the contemporary world - Retrospective and prospective*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 16, n. 2, April, 2018, 315 ss. e specialmente 319, secondo i quali "The third wave has two principal facets. In part it displays the emergence of national courts as an instance of control and judicial review of transnational and international governance and adjudication; in part it gives expression to a new identitarian seam in constitutional discourse".

¹⁷ GIUS. FERRI, (voce) *Banca d'Italia*, in *Enc. dir.*, V, Milano, Giuffrè, 1959.

¹⁸ GIUS. FERRI, *op. cit.*

¹⁹ Il riferimento è alla tesi del MESSINEO menzionata da GIUS. FERRI, *op. cit.*; nonché da F. CAPRIGLIONE, (voce) *Banca d'Italia*, in *Enc. Dir.*, agg., vol. I, Milano, Giuffrè, 1997, 243 ss., che richiama altresì la tesi del FOLCO, sottolineando

La S. C. di Cassazione, nondimeno, già nei primi decenni del '900 l'aveva qualificata come «*Ente od Istituto pubblico soggetto a tutela e vigilanza dello Stato*», in considerazione della «*sua preminente funzione di pubblico interesse*» nonché «*per le delicatissime e altissime mansioni che le sono affidate*»²⁰. Anche il legislatore, pochi anni dopo, cristallizzava tale giudizio con l'art. 20, co. I, del R.D. 12 marzo 1936, n. 375, espressamente statuendo che la «*Banca d'Italia, creata con L. 10 agosto 1893, n. 449, è dichiarata Istituto di diritto pubblico*».

Più recentemente la Banca d'Italia è stata ritenuta, in dottrina, come una sorta di modello *ante litteram* di autorità amministrativa indipendente ed inoltre, per sottolinearne le molteplici peculiarità, è stato affermato che si tratterebbe di un ente con «*sfaccettatura "triangolare": [giacché] come banca centrale è un'autorità indipendente comunitaria; come autorità antitrust nei confronti delle imprese bancarie [era²¹...] un'autorità indipendente nazionale; come autorità di vigilanza non è un'autorità indipendente, anche se da un punto di vista funzionale svolge una funzione identica a quella delle autorità indipendenti*»²². Ultimamente, poi, è stato evidenziato che, dopo esser stata altresì considerata un «*organo a rilevanza costituzionale*», oggi, quale parte integrante del Sistema europeo di banche centrali, essa opererebbe «*come il braccio operativo periferico di un'istituzione comunitaria*»²³: la BCE.

Ad ogni modo, nel 2005 la l. n. 262 ne ha confermato la qualifica di Istituto di diritto pubblico²⁴, ribadendo altresì la necessità di assicurarne l'indipendenza²⁵, come imposto dall'art. 131,

però che si tratta viceversa di un «*ente sicuramente pubblico*», come lo definisce P. DE VECCHIS, (voce) *Banca d'Italia*, in *D. disc. pubbl.*, vol. II, Torino, Utet giuridica, 1987, 159 ss.

²⁰ Cass. del Regno, SS. UU., sent. 26 marzo 1925, in *Foro it.*, 1, 1925, 837-840, con nota di S. Lessona, *Competenza per le controversie sul rapporto di impiego di enti pubblici istituzionali*. Il caso concerneva un avventizio assunto in servizio dall'Esattoria comunale di Firenze, allora gestita dalla Banca d'Italia che ne aveva altresì ratificato l'assunzione, salvo poi dispensarlo dal servizio tre anni dopo con provvedimento poi impugnato. La sentenza è altresì citata da O. CAPOLINO, *Le autorità*, in E. Galanti (a cura di), *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, in *Trattato di diritto dell'economia diretto da E. Picozza*, E. Gabrielli, vol. V, Padova, Cedam, 2008.

²¹ Tale funzione è oggi esercitata dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

²² F. MERUSI, PASSARO, (voce) *Autorità indipendenti*, in *Enc. dir.*, agg. VI, Milano, Giuffrè, 2002. Del resto già il GIANNINI, *Sulla natura giuridica e sulle attribuzioni della Banca d'Italia*, in *Banca borsa e titoli cred.*, 12, 1949, 358, a metà del secolo scorso, riteneva che «*giuridicamente la Banca d'Italia rivest[isse] più figure soggettive*».

²³ M. CLARICH, voce *Autorità di vigilanza sul mercato finanziario: a) profili generali*, in *Enc. dir.*, ann., V, Milano, Giuffrè, 2012, 155.

²⁴ Così anche I. BORRELLO, voce *Banca d'Italia*, in *Enc. Giur.*, Roma, 2009, 5. Sul punto si v., altresì, G. BEFANI, *L'evoluzione pubblicistica del «governo delle banche» tra stato e mercato*, in questa *Rivista*, 2, 2018, nt. 27, 436 - 437.

²⁵ In particolare all'art. 19, co. III. Del resto, secondo M. PELLEGRINI, *La Banca d'Italia e il problema della sua autonomia (dalla traslazione della sovranità monetaria alla perdita della supervisione bancaria?)*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 4, 2018, I, 485, il processo di integrazione europea ha rafforzato l'autonomia della Banca d'Italia, dal momento che «*mentre prima del*

del Trattato sul Funzionamento dell'UE²⁶, così omologandola parzialmente, secondo la dottrina, al modello delle autorità indipendenti²⁷. Dal canto suo, inoltre, la Suprema Corte di Cassazione, anche di recente, non ha dubitato della natura di ente pubblico ribadita dalla legge²⁸.

Quindi, premesso che non sussistono più incertezze circa la natura di ente pubblico dell'Istituto di via Nazionale, dottrina²⁹ e giurisprudenza³⁰ oggi convergono altresì nell'inquadrare la stessa tra le cd. autorità amministrative indipendenti, pur non mancando di rilevarne le peculiarità³¹. D'altro canto, quella delle autorità indipendenti è una categoria multiforme.

Peraltro, considerato che a mente dell'art. 6 del t.u.b., come modificato dal d.lgs. 14 novembre 2016, n. 223, «*La Banca d'Italia, nell'esercizio delle funzioni di vigilanza, è parte del SEVIF e del MVU e partecipa alle attività che essi svolgono*»³², ne discende che, com'è stato autorevolmente evidenziato, nella nuova architettura finanziaria europea, al pari di quello che avviene agli «Stati sovrani» nel mondo globale, tale Autorità - in quanto autorità nazionale di vigilanza - se è privata di alcune funzioni, ovvero limitata nell'esercizio di altre, tuttavia, è oggi titolata ad esprimere il proprio orientamento anche con riferimento alle questioni relative agli altri Stati dell'Unione bancaria³³.

Trattato di Maastricht [...] l'autonomia della Banca d'Italia era nella disponibilità del legislatore ordinario, oggi invece è irrigidita – rectius, rafforzata – nei Trattati europei, sicché risulta assai più difficile restringerne i margini di operatività».

²⁶ Sul punto si rinvia, da ultimo, a R. FORMISANI, *sub art. 4*, in R. Costi – F. Vella (a cura di), *Commentario breve al testo unico bancario*, Padova, Cedam, 2019, 34.

²⁷ M. CLARICH, *loc. ult. cit.*

²⁸ Cass. civ., SS. UU., 21 luglio 2006, n. 16751, in *Corriere Giur.*, 2006, 9, 1202 e ss., con nota di V. Carbone (a cura di), *Osservatorio - Corte Di Cassazione - Decisioni - Emissione Di Moneta - Criteri Di Determinazione Del Risarcimento Per Equivalente*, in *Europa e diritto privato* con nota di L. Palermo, *Restituzione del reddito da "signoraggio monetario" (nei rapporti tra Banca centrale europea e Banca d'Italia)*, in *Europa e diritto privato*, 3, 2007, 883 e ss.; in *Foro it.*, vol. 130, n. 2, 465 ss., con nota di H. Simonetti, *Brevi note sulla natura giuridica della Banca d'Italia all'interno del sistema europeo delle banche centrali*; in *Giur. comm.*, 5, 2007, 1008 e ss., con nota di G. Tiscione, *Il reddito monetario quale moderno signoraggio dell'Eurosistema*.

²⁹ Così da ultimo, M. CLARICH, *Sanzioni delle autorità*, cit., 46-47.

³⁰ Cfr., tra le altre, TAR Lazio, Roma, sez. I, sent. 9 agosto 2005, n. 6157. La sentenza del TAR è citata da S. DEL GATTO, *Poteri pubblici, iniziativa economica e imprese*, Roma, Romatre-Press, 2019, 158, nonché da E. GALANTI, *Discrezionalità delle autorità*, cit., 66.

³¹ In questo senso anche O. CAPOLINO, *op. cit.*, 200.

³² Sul punto v., tra gli altri, E. BARONCINI, *sub art. 6*, in R. Costi, F. Vella (a cura di), *Commentario*, cit., 54.

³³ Così S. CASSESE, *La nuova architettura finanziaria europea*, in *Giorn. dir. amm.*, 1, 2014, 82. In senso analogo M. PELLEGRINI, *op. cit.*, 479.

3. Il sindacato sugli atti delle autorità indipendenti: recenti approdi.

Com'è noto, in virtù delle peculiari caratteristiche proprie delle cd. autorità amministrative indipendenti³⁴, negli anni, è sorto un intenso dibattito sulla loro natura giuridica. Di recente, la

³⁴ La letteratura sulle autorità indipendenti è sterminata. Pertanto, senza pretesa di esaustività, e con riferimento limitato agli scritti di carattere generale della dottrina italiana, si v. G. AMATO, *Le autorità indipendenti nella Costituzione economica*, in AA. VV., *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le autorità indipendenti*, Milano, Giuffrè, 1997, 3 ss.; S. AMOROSINO, *Le autorità di regolazione dei mercati finanziari e della concorrenza: gli elementi strutturali per un modello comune*, in *Scritti in onore di G. Guarino*, I, Padova, Cedam, 1998, 71 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, Torino, Giappichelli, 2019; ID, *Le autorità amministrative indipendenti. Virtù e vizi di un modello istituzionale*, in *Analisi giur. econ.*, 1, 2020, 51 ss.; A. CAGLI, *Il quadro normativo delle amministrazioni pubbliche indipendenti*, in *Foro amm.*, 1991, 1627 ss.; S. CASSESE, *Poteri indipendenti, Stati, relazioni ultrastatali*, in *Foro it.*, 1996, V, 7 ss.; ID, *Cbi ha paura delle autorità indipendenti?*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 1999, 471 ss.; ID, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 601 ss.; R. CHIEPPA, G. CIRILLO (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti*, in G. Santaniello (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, Cedam 2010; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, il Mulino, 2005; ID, *Alle radici del paradigma regolatorio dei mercati*, in *Riv. regol. mercati*, 2/2020, 230 ss.; M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, in *Amministrare*, 2000, 89 ss.; M. D'ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, il Mulino, 2010; L. DESIDERIO, *Autorità cc.dd. indipendenti e mercati finanziari*, in AA.VV., *Scritti in memoria di De Vecchis*, I, Roma, Centro Stampa della Banca d'Italia, 1999, 331 ss.; P. DURET, *Le autorità indipendenti: ovvero dei personaggi in cerca di autore*, in *Jus*, 1996, 197 ss.; C. FRANCHINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1988, 549 ss.; S. A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, Giappichelli, 1999; R. GAROFOLI, *Procedimento, accesso e autorità indipendenti*, in *Foro amm.*, 1998, 3335 ss.; G. GHETTI, *Autorità amministrative indipendenti e amministrazione tradizionale*, in *Scritti in onore di G. Guarino*, cit., II, 443 ss.; G. GIRAUDI – M. S. RIGHETTINI, *Le autorità amministrative indipendenti. Dalla democrazia della rappresentanza alla democrazia dell'efficienza*, Roma - Bari, Laterza, 2001; G. GRASSO, *Spunti per uno studio sulle autorità amministrative indipendenti: il problema del fondamento costituzionale (Italia, Francia, Stati Uniti d'America)*, in *Quaderni regionali*, 1993, 1303 ss.; R. LOMBARDI, *Autorità amministrative indipendenti: funzione di controllo e funzione sanzionatoria*, in *Dir. amm.*, 1995, 629 ss.; GIUS. LOMBARDO, *Le autorità amministrative indipendenti come poteri dello Stato nei conflitti di attribuzione*, in *Quaderni costituzionali*, 1998, 271 ss.; G. LONGOBARDI, *Le "amministrazioni indipendenti": profili introduttivi*, in *Scritti per M. Nigro*, II, Milano, Giuffrè, 1991, 173 ss.; ID, *"Amministrazioni indipendenti" e posizione istituzionale dell'amministrazione pubblica*, in *Studi in onore di V. Ottaviano*, I, Milano, Giuffrè, 1993, 525 ss.; M. MANETTI, (voce) *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, in *Enc. giur.*, IV, agg., Roma, Treccani, 1997; ID, *Autorità indipendenti: tre significati per una costituzionalizzazione*, in *Politica del diritto*, 1997, 657 ss.; E. MARTINELLI, *Autorità indipendenti e politica*, in *Amministrare*, 2000, 127 ss.; F. MERUSI, *Eguaglianza e legalità nelle autorità amministrative indipendenti*, in *Principio di uguaglianza e principio di legalità nella pluralità degli ordinamenti giuridici*, Associazione dei costituzionalisti, Annuario, 1998, Padova, Cedam, 1999, 149 ss.; F. MERUSI - M. PASSARO, (voce) *Autorità indipendenti*, cit.; M. MORISI, *Le autorità indipendenti in Italia, premesse per una riflessione metodologica*, in *Queste istituzioni*, 1996, 103 ss.; G. NAPOLITANO – A. ZOPPINI, *Le autorità al tempo della crisi*, Bologna, il Mulino, 2010; G. NAPOLITANO, *Autorità indipendenti e tutela degli utenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 1, 1996, 14 ss.; ID, *La rinascita della regolazione per autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2012, 229 ss.; S. NICCOLAI, *I poteri garanti della Costituzione e le autorità indipendenti*, Pisa, Edizioni ETS, 1996; S. NICODEMO, *Funzioni normative delle autorità indipendenti?*, in *Dir. econ.*, 1998, 341 ss.; PASQUINO, *Le autorità non elettive nelle democrazie*, in *Il Mulino*, 4, 2001, 596 ss.; M. PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti come organismi "neutri". Tra falsi problemi ed equivoci dottrinari*, in S. Panizza (a cura di), *Il contributo della giurisprudenza costituzionale alla determinazione della forma di governo italiana*, Torino, Giappichelli, 1997, 252 ss.; ID, *Autorità o amministrazioni indipendenti? L'ambito semantico e l'identità concettuale*, in *Autorità indipendenti e principi costituzionali. Atti del Convegno di Sorrento, 30 maggio 1997*, Padova, Cedam, 1999, 187 ss.; A. PATRONI GRIFFI, *Autorità indipendenti e tutela giurisdizionale nella crisi dello Stato*, in *Rass. diritto pubbl. eur.*, n. 1-2, 2015, 1 ss.; ID, *Le strettoie della porta incidentale e la legittimazione delle autorità amministrative indipendenti dopo la sentenza n. 13/2019 della Corte costituzionale sull'Agcm: alcune*

giurisprudenza amministrativa³⁵, ribadendo precedenti orientamenti, ne ha affermato la indubbia natura di pubblica amministrazione in senso stretto³⁶. A tale questione si è agganciata quella, strettamente connessa, circa la sindacabilità degli atti emanati da dette autorità.

Semplificando al massimo si può affermare che, da ultimo, le opposte posizioni circa l'intensità del sindacato del giudice amministrativo su tali atti (ovvero se di tipo "estrinseco" o "intrinseco", o in quest'ultimo caso se "forte" o "debole"), sono state superate dal Consiglio di Stato³⁷, che ha evidenziato la necessità di realizzare un sindacato che consenta in ogni caso al giudice amministrativo di verificare se il fine che la legge assegna all'autorità sia stato retamente perseguito, pur senza giungere a sostituirsi ad essa³⁸. Tale indirizzo è stato condiviso anche dalla Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite³⁹, che ha ribadito la tesi secondo la quale, nel sindacare la legittimità dei provvedimenti delle autorità indipendenti, il giudice amministrativo può verificare direttamente i fatti posti a fondamento dell'atto impugnato sino a valutarne i profili tecnici⁴⁰, fermo restando che

considerazioni, 3 luglio 2019, in *federalismi.it*; G. PERICU, *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle autorità indipendenti*, in *Dir. amm.*, 1996, 1 ss.; I. PORTELLI, *Sulle Autorità indipendenti. Una controversia in sordina*, in *Queste istituzioni*, 1998, 147 ss.; A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità indipendenti*, Firenze, 1997; M. RAMAJOLI, *Consolidamento e metabolizzazione del modello delle Autorità di regolazione nell'età delle incertezze*, in *Riv. regol. mercati*, 2, 2018, 170 ss.; M. G. ROVERSI MONACO, *Note su alcune "autorità garanti e sulla tutela giurisdizionale"*, in *Riv. it. dir. proc. civ.*, 1993, 245 ss.; F. SALVIA, *Il mercato e l'attività amministrativa*, in AA.VV., *Scritti in onore di A. Predieri*, II, Milano, Giuffrè, 1996, 1287 ss.; M. SANNINO, *La tutela giurisdizionale nei confronti degli atti delle autorità indipendenti*, Padova, Cedam, 2019; G. SANVITI, *Le autorità dei servizi*, in AA.VV., *Studi in onore di F. Benvenuti*, IV, Venezia, Mucchi, 1996, 1554 ss.; A. SCOGNAMIGLIO, *Autorità indipendenti: principio di collaborazione tra autorità e segreto d'ufficio nella vigilanza sugli intermediari finanziari*, in *Dir. amm.*, 1993, 497 ss.; G. VERDE, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Funzione ed oggetto della giurisdizione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2000, 5 ss.

³⁵ Cons. Stato, sez. VI, sent. del 30 maggio 2014, n. 2818, in *Foro amm.*, 2014, 5, 1460 ss.

³⁶ Tale qualificazione pare condivisa dal legislatore come emerge dal disposto di cui all'art. 119, co. 1, lett. b, del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (c.p.a.). In tali termini M. FILICE, *Il sindacato giurisdizionale sull'attività delle autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 4, 559 e ss.; nonché C. CONTESSA, *Forme e metodi del sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti*, 24 luglio 2018, 7, consultabile all'url <https://www.giustizia-amministrativa.it/>.

³⁷ Consiglio di Stato Sez. VI, sent. n. 16 dicembre 2014, n. 6050 in *Foro amm.*, 12, 2014, 3112, nonché da ultimo Cons. di Stato, sen. n. 4736 del 24 luglio 2020. In questi termini M. FILICE, *op. cit.*, 559 e ss., oltre che di recente F. PATRONI GRIFFI, *Il Codice del processo amministrativo come strumento di piena giurisdizione*, 16 settembre 2020, www.giustizia-amministrativa.it, che ritiene superato anche il binomio "sostitutivo" - "non sostitutivo", ma il punto sarà affrontato *infra*. Secondo E. GALANTI, *Discrezionalità delle autorità indipendenti e controllo giudiziale*, *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, 64, 2009, Roma, 62, un tentativo in questa direzione era stato compiuto già da Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926, in *Foro it.*, 2005, III, con nota di S. Bastianon.

³⁸ Così M. FILICE, *op. cit.*

³⁹ Corte di Cass., SS. UU., sent. del 20 gennaio 2014, n. 1013, con nota di F. D'angelo, in *Amministrazione in Cammino*, Roma, consultabile all'url <http://www.amministrazioneincammino.luiss.it>.

⁴⁰ Del resto, con generale riferimento al processo amministrativo, la necessità che anche il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche potesse "svolgersi [...] in base [...] alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni

il giudicante non può spingersi sino a rimpiazzare le valutazioni dell'autorità⁴¹.

Peraltro, di recente è stato rilevato che, anche quanto alle valutazioni di ordine tecnico delle autorità indipendenti, sono stati superati gli orientamenti in virtù dei quali costituirebbero un terreno riservato all'amministrazione, così come non può più predicarsi per la sussunzione di regole da concetti giuridici indeterminati⁴².

Rispetto al quadro sin qui riassunto, che può considerarsi consolidato sebbene non manchino anche recentemente alcune pronunce, come quella citata nell'introduzione⁴³, nelle quali il giudice amministrativo ripropone un sindacato cd. estrinseco, da ultimo si sono registrati alcuni ulteriori passi avanti.

Il primo concerne il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica, *rectius* sulle valutazioni tecniche, quindi solo indirettamente concerne il tema della sindacabilità degli atti delle autorità indipendenti. Ad ogni modo, pare opportuno rilevare che di recente il Consiglio di Stato ha posto un argine contro il rischio sovente paventato⁴⁴ di una rideterminazione non conforme, o non pienamente tale, dell'autorità amministrativa. In altre parole, fino a che punto l'autorità amministrativa può rinnovare un provvedimento precedentemente annullato dal giudice amministrativo, dal momento che quest'ultimo non può comunque sostituirsi all'amministrazione nell'emanazione del provvedimento?

A tal riguardo si è giunti a statuire che 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*

tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo» era stata affermata già da Cons. di Stato sez. IV, sent. del 9 aprile 1999, n. 601, cit. in premessa.

⁴¹ In questo senso M. FILICE, *op. cit.*, nonché C. CONTESSA, *op. cit.*, 14, secondo il quale tuttavia tali conclusioni vanno circoscritte al di fuori del perimetro costituito dalla materia sanzionatoria.

⁴² In questi termini A. TRAVI, *Il problema generale del sindacato giurisdizionale degli atti delle Autorità indipendenti; il riparto di giurisdizione e il controllo della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, in www.giustizia-amministrativa.it, 5 e 6.

⁴³ Ma diversi esempi vi sono anche in materia di giurisprudenza sugli atti dell'AGCM, su cui v. D. VESE, *Sul sindacato*, cit., 26.

⁴⁴ Da ultimo lo stesso Tar Lazio, nella sent. 1770/2020 più volte citata.

*relazione ai profili non ancora esaminati*⁴⁵.

La seconda recente svolta del giudice amministrativo, in materia di intensità del sindacato, riguarda proprio il tema degli atti delle autorità indipendenti, concernendo precipuamente l'intensità del vaglio giudiziale sulle sanzioni irrogate dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Si tratta della recente sentenza Simeoli, dal nome del redattore, pronunciata nel noto caso Avastin-Lucentis.

Con tale decisione, il Consiglio di Stato⁴⁶, sulla scorta dell'art. 7, I co., II al., d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, interpretato in senso conforme a Costituzione⁴⁷, ha statuito che, mentre *«il controllo giurisdizionale “non sostitutivo” trova indubbio fondamento all'interno di un specifico contesto ordinamentale [...] in cui il legislatore, non essendo in grado di [...] graduare il valore reciproco dei vari interessi in conflitto, si limita a predisporre soltanto i congegni per il loro confronto dialettico”*. Viceversa, allorché *«l'ordinamento generale pone esso stesso una regola sostantiva che determina a priori ed in astratto ciò che spetta ad ognuno dei soggetti coinvolti, ai cui interessi viene dunque assicurata, entro questi limiti, soddisfazione [...] nulla si oppone a che sia il giudice a “definire” la fattispecie sostanziale*. Pertanto, in tal caso *«la tutela giurisdizionale, per essere effettiva e rispettosa della garanzia della parità delle armi, deve consentire al giudice un controllo penetrante attraverso la piena e diretta verifica della quaestio facti sotto il profilo della sua intrinseca verità (per quanto, in senso epistemologico, controvertibile). Al sindacato (non sostitutivo) di “attendibilità” va dunque sostituito un sindacato pieno di “maggiore attendibilità”»*⁴⁸.

⁴⁵ Cons. di Stato, sez. VI, sent. 25 febbraio 2019, n. 1321, con nota di M. Timo, in *Giur. It.*, 2019, 6, 1405. Peraltro, oggi secondo l'art. 10 bis, co. 1, V al., della l. 241/90, da ultimo modificato dal d.l. 16 luglio 2020, n. 76: *“In caso di annullamento in giudizio del provvedimento così adottato, nell'esercitare nuovamente il suo potere l'amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato”*.

⁴⁶ Con la sent. 15 luglio 2019, n. 4990, in *Foro it.*, 2019, 10, III, 533, con nota di L. Arnaudo - R. Pardolesi, *La saga Avastin/Lucentis: ultima stagione*.

⁴⁷ In particolare, agli artt. 24 e 113 della Costituzione, nonché, per il tramite dell'art. 117, I co., Cost., in relazione all'art. 6 della CEDU.

⁴⁸ La dirompenza dell'assunto è evidente se solo lo si confronti con un precedente di una decina d'anni prima, in cui il Consiglio di Stato affermava, viceversa, che *“in siffatto modello il giudice amministrativo, a differenza di quello penale, non decide ma controlla la correttezza della decisione, sicché non spetta a lui condividerla, ma solo verificarne la validità [...] al giudice non è consentito di controllare l'intrinseca validità del risultato, cioè del giudizio tecnico formulato dall'amministrazione, che implicherebbe la neutralizzazione del potere di applicazione delle regole extragiuridiche attribuito dalla legge all'amministrazione ed, in definitiva, il sovvertimento dell'essenza (non meno che l'attività di ponderazione degli interessi) della funzione pubblica. La linea di confine è data dalla natura della regola extragiuridica. Quando il tasso di relatività della stessa è tale da rendere il giudizio opinabile, il sindacato di attendibilità non può avere natura intrinseca, traducendosi altrimenti in una valutazione sulla condivisibilità della scelta dell'amministrazione”* (Cons. St., sez. VI, 8.2.2008, n. 424). La sentenza è citata da E. GALANTI, *Discrezionalità delle autorità*, 64-65.

Come emerge dallo stralcio citato, ad ogni modo, tale sindacato particolarmente intenso del giudice amministrativo non può allo stato considerarsi estensibile *tout court* a fattispecie diverse da quelle inerenti la materia sanzionatoria⁴⁹, d'altronde l'interpretazione del Supremo Consesso della giurisprudenza amministrativa ha in quel caso fatto perno sulla singolare disciplina di cui al d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3. Peraltro, com'è stato rilevato di recente, le poche sentenze successive a tale pronuncia non hanno dato seguito alla stessa ed anzi ne hanno svalutato la rilevanza⁵⁰.

In parallelo, anche con riferimento però alla giurisprudenza del giudice ordinario, autorevole dottrina ha messo in luce di recente, proprio con riferimento alle sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia, che portando alle estreme conseguenze la concezione del giudizio su tali sanzioni come “giudizio sul rapporto”, sostenuta da tale giurisprudenza, diretta conseguenza dovrebbe esserne, anche in questo caso, un sindacato «pieno» e «completamente sostitutivo»⁵¹.

4. Il sindacato del giudice amministrativo sugli atti della Banca d'Italia.

Circa un decennio fa, uno studio sul tema del controllo giudiziale della discrezionalità delle autorità indipendenti, che faceva specifico riferimento alla materia della vigilanza bancaria e finanziaria, si concludeva con la notazione che l'introduzione della consulenza tecnica d'ufficio (C.T.U.), nel processo amministrativo, ha portato ad incrementare nel giudice amministrativo la coscienza di essere tenuto ad esercitare un controllo penetrante circa l'uso adeguato della discrezionalità della P.A., sotto il profilo della correttezza logico-giuridica, così giungendo a ridefinire l'area riservata al merito amministrativo, tradizionalmente sottratto al sindacato

⁴⁹ In cui il giudice amministrativo esercita la giurisdizione con cognizione estesa al merito anche nei confronti delle Autorità indipendenti, a mente dell'art. 134, co. I, lett. c), c.a.

⁵⁰ Cfr. S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle autorità indipendenti*, *Diritto amm.*, 2020, 1, 107, il quale richiama Cons. di Stato, sez. VI, 2 settembre 2019, n. 6032; 23 settembre 2019, n. 6315; nonché 11 novembre 2019, n. 77, e giunge a chiedersi se, allo stato, sia “anche solo astrattamente ammissibile uno spostamento in avanti dell'intensità dell'intervento giurisdizionale sulle valutazioni tecniche”.

⁵¹ M. CLARICH, *Sanzioni delle autorità*, cit., 51.

giudiziale⁵². Tuttavia, si aggiungeva, in materia di vigilanza bancaria e finanziaria il fatto che la giurisprudenza attingesse raramente allo strumento della C.T.U. sembrava essere motivato, in prevalenza, dal diffuso affidamento circa l'effettiva affidabilità degli accertamenti ispettivi di vigilanza⁵³.

In effetti, già da una quindicina d'anni, in consonanza con le decisioni in materia antitrust, la giurisprudenza amministrativa ha iniziato ad esercitare un sindacato di tipo "intrinseco" nei confronti degli atti della Banca d'Italia. Così, ad esempio, in una controversia relativa all'autorizzazione al superamento delle soglie di partecipazione, il TAR Lazio aveva stabilito che rientra nella categoria delle valutazioni tecniche complesse «*l'apprezzamento rimesso dalla legge alla Banca d'Italia in merito alla "sana e prudente gestione" (recte: alla compatibilità dell'operazione da autorizzare con la sana e prudente gestione del soggetto vigilato)*»⁵⁴ e, pertanto, al giudice amministrativo, oltre all'accesso pieno al fatto, non è preclusa la verifica circa la logicità, congruità, ragionevolezza ed adeguatezza del provvedimento e della sua motivazione, oltre che l'indagine della regolarità del procedimento e la completezza dell'istruttoria, con l'unico limite che egli «*non può spingersi oltre, fino ad esprimere proprie autonome scelte, perché in tal caso assumerebbe egli la titolarità del potere*»⁵⁵. In questo senso può essere letta anche la sentenza 3 ottobre 2005, n. 7643, del Tar Lazio che, pur non esplicitando l'intensità del sindacato esercitato, è stata ritenuta dalla dottrina un esempio di sindacato "incisivo"⁵⁶.

Dieci anni più tardi, in una decisione relativa ad una procedura di amministrazione straordinaria, il Supremo Consesso della giustizia amministrativa, in consonanza con la suddetta sentenza del 30 maggio 2014, n. 2818, confermava tale assunto, precisando che: «*In tema di sindacato del giudice amministrativo sull'esercizio della discrezionalità tecnica, una recente pronuncia di questo Consiglio ha specificato che "anche materie o discipline connotate da un forte tecnicismo settoriale [...] sono rette da regole e principi che, per quanto "elastiche" o "opinabili", sono pur sempre improntate ad una intrinseca logicità e ad un'intima*

⁵² Così E. GALANTI, *Discrezionalità delle autorità*, cit., 76. Tale coscienza è vieppiù necessaria oggi che il ruolo delle Autorità di Vigilanza italiane ed europee è ritenuto "ingombrante", così con riferimento alla gestione dei rischi R. CALDERAZZI, *La funzione organizzativa del capitale nell'impresa bancaria*, Torino, Giappichelli, 2020, 2, nonché 82 ss.

⁵³ E. GALANTI, *op. ult. cit.*, 77.

⁵⁴ Com'è stato da ultimo evidenziato, quello della sana e prudente gestione è un criterio centrale «*nell'esercizio del potere da parte della Vigilanza e nel giudizio sull'esercizio di quel potere*», R. CALDERAZZI, *op. cit.*, 3.

⁵⁵ TAR Lazio, Roma, sez. I, sent. 9 agosto 2005, n. 6157, cit., che richiama altresì quanto stabilito da Cons. di Stato, sez. VI, n. 5156/02 e. 926/04.

⁵⁶ In questi termini G. NAPOLETANO, *Note sull'autorizzazione*, cit., 618.

coerenza, alla quale anche la p.a., [...] in ragione dell'interesse pubblico affidato alla sua cura, non può sottrarsi senza sconfinare nell'errore e, per il vizio che ne consegue, nell'eccesso di potere». Viceversa, per quanto concerne il merito amministrativo, l'ampiezza della valutazione giudiziale «deve arrestarsi dopo aver verificato la legittimità delle regole tecniche sottostanti alla scelta dell'amministrazione, poiché “diversamente vi sarebbe un'indebita sostituzione del giudice all'amministrazione, titolare del potere esercitato”».

Così, nel caso di specie, ciò implicava che «nella fase di impulso del procedimento descritto dagli artt. 70 e ss. del TUB, una valutazione di merito, insindacabile dal giudice amministrativo, sussista in relazione alla scelta di disporre o meno l'amministrazione straordinaria ad un istituto di credito» mentre “Esula da questa tipologia di valutazione, rientrando nell'alveo della discrezionalità tecnica, l'individuazione delle modalità di esercizio del potere istruttorio sui fatti che costituiscono il presupposto della scelta»⁵⁷.

Cionondimeno, nonostante tali passi avanti, se ci si soffermasse su un recente orientamento, che appare però confinato alla sezione 2^a bis del Tar Lazio, sembrerebbero scritte per l'oggi le quarantennali osservazioni del Nigro, secondo il quale: «il giudice amministrativo italiano si manifesta restio ad operare un ampio controllo diretto sul giudizio di fatto compiuto dall'amministrazione», pertanto «se bisogna dare atto che il giudice amministrativo ha dato al controllo indiretto sui giudizi di fatto dell'amministrazione una ampiezza e una incisività apprezzabili [...] è indubbio che le limitazioni che il giudice si è imposto nell'esercizio del controllo diretto sono eccessive»⁵⁸.

Invero, di recente si è consolidato un formante giurisprudenziale⁵⁹ che, proprio a proposito degli atti emanati dalla Banca d'Italia, sostiene viceversa la necessità di un sindacato solo

⁵⁷ Consiglio di Stato, sent. 26 febbraio 2015, n. 966, § 3.4, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁸ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, 2^a ed., Bologna, il Mulino, 1979, 340-341.

⁵⁹ Così semplificando la “catena”, Tar Lazio, II bis, sent. 12 ottobre 2020, n. 10370 (dove si statuisce che “l'atto impugnato risulta emesso all'esito di valutazioni tipicamente tecnico-discrezionali, sindacabili e censurabili solo in ipotesi di evidenti e macroscopici vizi di illogicità, contraddittorietà, irragionevolezza, che nel caso di specie non risultano esposti (cfr. TAR Lazio, II bis, nn.1614 e 1790 del 2020)”), la quale richiama sul punto, tra l'altro, la sent. 6 febbraio 2020, n. 1614 (ove si afferma “trattasi di provvedimento posto in essere sulla scorta di valutazioni tipicamente tecnico-discrezionali, dunque sindacabili e quindi censurabili solo in ipotesi di evidenti e macroscopici vizi di illogicità, incongruenza, contraddittorietà, irragionevolezza (cfr. in ultimo, tra le altre, TAR Lazio, II bis, n.10735 del 2019)”), che a sua volta fa riferimento alla precedente sent. 4 settembre 2019, n. 10735, §2 (in cui si stabilisce che “trattasi di valutazioni tipicamente tecnico-discrezionali - in un settore peraltro particolarmente delicato dell'ordinamento, che involge la tutela di interessi pubblici di rilievo costituzionale (cfr. art.47 Cost. e ancora TAR Lazio, III, n.10918 del 2017) -, sindacabili e dunque censurabili solo in ipotesi di evidenti e macroscopici vizi di illogicità, incongruenza, contraddittorietà, irragionevolezza, senza che sia consentito al Giudice di varcare il limite dell'opinabilità delle valutazioni medesime, sostituendo al giudizio di merito espresso dalla Banca d'Italia il proprio giudizio (cfr., tra le altre, in ultimo, TAR Lazio, II bis, n. 9798 del 2019)”), tutte della sez. II bis.

“superficiale” sulla discrezionalità, dal momento che se «l'atto impugnato risulta emesso all'esito di valutazioni tipicamente tecnico-discrezionali» esso sarebbe, per questa parte, sindacabile e censurabile «solo in ipotesi di evidenti e macroscopici vizi di illogicità, contraddittorietà, irragionevolezza»⁶⁰. In parte mutuando la formula della valutazione di «non manifesta infondatezza» rimessa al giudice *a quo* dinanzi ad una censura di incostituzionalità.

Tuttavia, andando a ritroso tra i precedenti, si nota come il punto di partenza dei richiami reiterati⁶¹ sia costituito da una decisione irrelata alla materia che ci occupa, in quanto concerne una controversia relativa al sindacato sugli atti cd. di alta amministrazione, che nulla hanno a che vedere con gli atti delle autorità indipendenti⁶².

Ad ogni modo, va segnalato che da ultimo il Consiglio di Stato, in linea con le recenti acquisizioni della giurisprudenza amministrativa, in una controversia relativa a provvedimenti inerenti la gestione delle crisi bancarie, ha ribadito che: «Nel sindacare la modalità con cui il potere è stato esercitato dall'Autorità, deve tenersi presente che gli atti posti in essere dalla Banca d'Italia costituiscono esplicazione di potere amministrativo caratterizzato da discrezionalità tecnica, volto alla tutela dei risparmiatori e delle garanzie che devono assistere l'attività di raccolta del risparmio e di erogazione del credito, dell'affidabilità complessiva del sistema bancario e, in particolare, di ogni singolo istituto» e proprio perciò «il giudice amministrativo, fermo restando il potere di conoscere i fatti in modo pieno, può verificare anche la logicità, la congruità, ragionevolezza ed

⁶⁰ Tar Lazio, II bis, sent. 12 ottobre 2020, n. 10370.

⁶¹ Cfr. nota 60.

⁶² Il riferimento è a TAR Lazio, sez. II bis, sent. 22 luglio 2019, n. 9798, richiamata da TAR Lazio, sez. II bis, sent. 4 settembre 2019, n. 10735. In realtà in tale decisione, emanata nell'ambito di una controversia relativa alla linea ferroviaria ad alta velocità, cd. TAV, si legge: “la realizzazione della linea ferroviaria in argomento è da far risalire ad una decisione politica riveniente da un accordo internazionale tra Stati, Italia e Francia (del 29 gennaio 2001) [...]; che la prima ricaduta operativa è rappresentata dalle delibere del CIPE (nel caso in esame la n.86 del 18 novembre 2010), atti di alta amministrazione, a contenuto eminentemente discrezionale e dunque a sindacabilità giurisdizionale molto limitata” e, solo in aggiunta, “che trattasi [...] di atti emessi all'esito di tipiche valutazioni tecnico-discrezionali, sindacabili e dunque censurabili solo in ipotesi di evidenti e macroscopici vizi di illogicità, incongruenza, contraddittorietà, irragionevolezza (cfr. tra le altre, TAR Lazio, III, n.10834 del 2018)”. Per di più, quest'ultimo precedente, citato nell'ultima sentenza della “catena”, atteneva ai limiti del sindacato del giudice amministrativo circa le conclusioni assunte dal verificatore all'esito della verifica disposta dal TAR ex art. 66 c.p.a. (“Invero va evidenziato al riguardo che le conclusioni di carattere tecnico cui perviene il verificatore sono sindacabili e dunque censurabili solo in ipotesi di evidenti e macroscopici vizi di illogicità, incongruenza, contraddittorietà, irragionevolezza (cfr. Cons. Stato, III, n. 1571 del 2013), che nel caso di specie non è dato riscontrare, sol che si consideri che della verifica è stato investito un organo collegiale, composto quindi da più specialisti, che hanno reso una relazione corredata da ampia e articolata motivazione, congrua e adeguata, all'esito di altrettanto articolati accertamenti, tenendo altresì specificamente conto, in sede di verifica finale [...] delle controdeduzioni tecniche delle parti” (Tar Lazio, sez. III, sent. 9 novembre 2018, n. 10834)), ne discende quindi che quanto ivi affermato nulla ha a che vedere con le valutazioni discrezionali delle autorità amministrative.

adeguatezza del provvedimento e della sua motivazione, la regolarità del procedimento e la completezza dell'istruttoria, l'esistenza e l'esattezza dei presupposti di fatto posti a fondamento della deliberazione», con l'unico limite, coerentemente con la ricostruzione esposta nel paragrafo precedente, che - ad oggi - il giudicante «non può spingersi fino ad esprimere proprie autonome valutazioni in sostituzione dell'Autorità»⁶³.

Il punto, del resto, è stato confermato di recente anche dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, sia pure in un *obiter dictum* relativo al sindacato sulle valutazioni discrezionali *tout court*⁶⁴.

5. Secondo la CEDU è necessario un sindacato di tipo sostitutivo sugli atti dell'Autorità di vigilanza?

A questo punto corre l'obbligo di chiedersi se, allo stato, il sistema di giustizia amministrativa ed i connessi limiti al sindacato del giudice amministrativo, nei confronti degli atti della Banca d'Italia, siano compatibili con l'adesione, da parte dello Stato italiano, al sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e, segnatamente, con le garanzie assicurate dall'art. 6, rubricato “*diritto a un equo processo*”.

Innanzitutto, pare interessante notare come già nel 1997 il Tar Lombardia avesse fatto leva proprio sull'art. 6 della CEDU, oltre che sull'art. 13, per introdurre d'ufficio la consulenza tecnica in un giudizio in materia di appalti, peraltro avendo cura di precisare che «*l'ammissibilità di tale mezzo di prova [...] non è esclusa dal fatto che si verta in tema di discrezionalità tecnica*»⁶⁵.

⁶³ Cons. di Stato, sez. VI, sent. 9 ottobre 2020, n. 5991, § 5.1, che in parziale riforma della sent. TAR Lazio n. 165/2017, nella parte in cui era stata dichiarata l'inammissibilità del ricorso da parte del Codacons, su cui poi s'è pronunciata l'Adunanza Plenaria (6/2020), ha confermato le determinazioni con cui l'Autorità aveva disposto l'avvio della risoluzione della Banca Popolare dell'Etruria e del Lazio, della Banca delle Marche S.A., della Cassa di Risparmio della Provincia di Chieti S.A. e della Cassa di Risparmio di Ferrara S.A. Del resto già M. NIGRO riteneva che sebbene si possa “*anche concedere che il giudice amministrativo non riesamini direttamente [...] gli apprezzamenti dell'amministrazione risultanti dall'applicazione di tecniche specialistiche, [...] non sussiste nessuna ragione perché esso si fermi davanti a giudizi che sono il frutto dell'applicazione di massime generali di esperienza e di canoni sociali ricevuti*” (*Giustizia amministrativa*, cit., 341).

⁶⁴ Il riferimento è a Cons. di Stato, Ad. plen., 28 agosto 2020, n. 16, § 15, in www.giustizia-amministrativa.it, ove si afferma che “*i consolidati limiti del sindacato di legittimità rispetto a valutazioni di carattere discrezionale in cui l'amministrazione sola è chiamata a fissare «il punto di rottura dell'affidamento nel pregresso e/o futuro contraente» [...] non escludono in radice, ovviamente, il sindacato della discrezionalità amministrativa, ma [...] impongono al giudice una valutazione della correttezza dell'esercizio del potere informato ai principi di ragionevolezza e proporzionalità e all'attendibilità della scelta effettuata dall'amministrazione*”.

⁶⁵ Sent. n. 586/1997, cit. Sul punto cfr. E. GALANTI, *Discrezionalità delle autorità*, cit., 35.

Sinteticamente si può affermare che l'art. 6 della CEDU, così come interpretato nel tempo dalla Corte EDU, stabilisce il diritto a che siano valutati gli interessi di un individuo nell'ambito di un processo equo, indipendentemente dalla natura giudiziale o amministrativa del procedimento di cui trattasi⁶⁶. Tuttavia, in virtù del cd. modello della continuità tra procedimento e processo, elaborato sulle basi della dottrina kelseniana⁶⁷, allorché il diritto a un processo equo non sia stato assicurato nella fase amministrativa, al fine di consentire l'osservanza delle garanzie stabilite dall'art. 6 CEDU *ex post*, cioè nella fase giudiziale⁶⁸, il giudicante deve poter esercitare nuovamente il potere, potendo all'uopo sostituirsi alla valutazione dell'amministrazione «anche in presenza di valutazioni di carattere tecnico complesso e, addirittura, spingendosi a sindacare la stessa discrezionalità amministrativa, con il solo limite delle scelte di merito in senso proprio»⁶⁹.

Com'è stato messo in luce di recente⁷⁰, d'altro canto, la Corte EDU ha fatto ricorso ad una *flexible implementation* del principio della *full jurisdiction*⁷¹ nel campo delle valutazioni amministrative

⁶⁶ Così da ultimo M. ALLENA, F. GOISIS, 'Full Jurisdiction' Under Article 6 ECHR: Hans Kelsen v. the Principle of Separation of Powers', *European Public Law*, 26, no. 2, The Netherlands, 2020, 288.

⁶⁷ M. ALLENA, F. GOISIS, *op. cit.*, 291-292.

⁶⁸ Com'è stato icasticamente osservato di recente: "there is a certain fungibility between proceedings and trial, implies a fungibility of guaran-tees, which can be on all sides, but at the same time risk being nowhere", M. CLARICH, *Sanzioni delle autorità*, cit., 46.

⁶⁹ M. ALLENA, *L'art. 6 CEDU e la continuità tra procedimento e processo* in questa *Rivista*, 2, 2018, 30. In questo senso, del resto, militano anche le recenti acquisizioni del diritto UE, *ivi*, 44.

⁷⁰ M. ALLENA, F. GOISIS, *op. cit.*, 299.

⁷¹ Relativamente al quale si v., senza pretesa di esaustività, M. ALLENA, *L'art. 6 Cedu e la continuità*, cit.; M. BELLAVISTA, *Il principio della separazione dei poteri nella continuità fra procedimento e processo*, in questa *Rivista*, n. 2, 2018, 47 ss.; S. CASSESE, *Verso la piena giurisdizione del giudice amministrativo: il nuovo corso della giustizia amministrativa italiana*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 12, pp. 1221 ss.; A. CLINI, *Potestà sanzionatoria delle Authorities e "giusto" sindacato giurisdizionale*, in questa *Rivista*, n. 2, 2018, 75 ss.; F. CORTESE, *Amministrazione e giurisdizione: poteri diversi o poteri concorrenti?*, *ivi*, 99 ss.; P. DE LUCA, *Portata e limiti della competenza di piena giurisdizione nell'ordinamento dell'Unione Europea*, *ivi*, 115 ss.; F. FOLLIERI, *La giurisdizione di legittimità e full jurisdiction. Le potenzialità del sindacato confutatorio*, *ivi*, 133 ss.; P. FORTE, *Full Jurisdiction, arte, cultura. Un discusso confine in movimento*, *ivi*, 163 ss.; B. GILIBERTI, *Λέξις nel processo amministrativo tra separazione dei poteri e sovranità dell'individuo*, in questa *Rivista*, n. 1, 2017, 271 ss.; F. GOISIS, *Il canone della Full jurisdiction, tra proteiformità e disconoscimento della discrezionalità tecnica come merito. Riflessioni critiche sull'art. 7, co. 1, d.lgs 19 gennaio 2017*, n. 3, in questa *Rivista*, n. 2, 2018, 199 ss.; L. IANNOTTA, *Considerazioni sul controllo di full jurisdiction sui provvedimenti amministrativi alla luce dell'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, vivente nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Dir. proc. amm.*, 3, pp. 731 ss.; ID, *Considerazioni introduttive e a margine di un convegno sulla piena giurisdizione*, in questa *Rivista*, n. 2, 2018, 409 ss.; F. LIGUORI, *Il sindacato di merito nel giudizio di legittimità*, *ivi*, 219 ss.; B. PACTEAU, *Du recours pour excès de pouvoir au recours de pleine juridiction?*, in *La Revue administrative*, no. 1, numero special 1: *Évolutions et révolution du contentieux administratif*, 1999, 51 ss. e specialmente 54, ove si evidenzia, che all'epoca nella giurisprudenza del *Conseil d'Etat* l'espressione "pleine juridiction" era da intendersi in diversi sensi "selon qu'on l'applique au contentieux pécuniaire ou à celui de la légalité"; L. R. PERFETTI, *La full jurisdiction come problema. Pienezza della tutela giurisdizionale e teorie del potere, del processo e della Costituzione*, *ivi*, 237 ss.; A. POLICE, *L'epifania della piena giurisdizione nella prima stagione della "giurisdizione propria" del Consiglio di Stato*, *ivi*, 263 ss.; ID, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Cedam, Padova, vol.1, 2000, e vol. 2, 2001;

in materia di diritti civili, mentre più rigorosa appare la sua applicazione nel campo delle sanzioni sostanzialmente penali.

A ben vedere, dunque, nel campo delle valutazioni amministrative che rientrano nell'ambito dei cd. diritti civili, la giurisprudenza della Corte EDU non ritiene necessario che al giudicante sia consentito di rimpiazzare la propria valutazione dei fatti a quella dell'amministrazione, bensì che quest'ultimo possa addivenire ad una cognizione piena dei fatti medesimi⁷². Ciò, dal momento che il principio sancito dall'art. 6 CEDU dev'essere temperato col fondamentale principio della tendenziale separazione dei poteri⁷³.

Non è tutto qui. Invero, se la Corte EDU ammette in genere un «*atteggiamento più deferente*»⁷⁴ nella materia dei diritti civili, un sindacato più penetrante è viceversa richiesto in tale ambito qualora si controverta dell'esercizio di poteri discrezionali⁷⁵. Non dovrebbe essere però questo il caso delle autorità indipendenti, se si vuole aderire all'autorevole tesi secondo la quale «*ad esse debbano in linea di principio essere riconosciute solo competenze che implicano scelte tecniche e non politico-discrezionali*»⁷⁶, ma il punto non sembra condiviso dalla giurisprudenza costituzionale, nonché da altra parte della dottrina⁷⁷.

G. RAIMONDI, *L'intensità del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti amministrativi nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in questa Rivista, n. 2, 2018, 9 ss.; F. ROTA, *Full jurisdiction e diritto di polizia*, 285 ss.; G. SABBATO, *La full jurisdiction nella giurisprudenza nazionale. Un quadro complesso in evoluzione*, ivi, 297 ss.; M. TRIMARCHI, *Full jurisdiction e limite dei poteri non ancora esercitati. Brevi note*, ivi, 321 ss.; E. WIEDERIN, *Protezione ambientale o ampliamento aeroportuale? Il principio di full jurisdiction nell'ordinamento austriaco*, ivi, 337 ss.

⁷² L.R. PERFETTI, *La full jurisdiction come problema*, cit., 244.

⁷³ Cfr. M. ALLENA, F. GOISIS, *op. cit.*, 302. Tale limite non si pone per le sanzioni formalmente amministrative e sostanzialmente penali, giacché originariamente la potestà sanzionatoria è propria dell'autorità giurisdizionale, mentre solo in virtù del recente processo di depenalizzazione l'applicazione di sanzioni sostanzialmente penali è stata rimessa alle autorità amministrative, cfr. ivi, 303. Sul principio della separazione dei poteri si rinvia, tra gli altri a V. ZANGARA, *Studio sulla separazione dei poteri*, Cedam, Padova, 1952; G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, Milano, Giuffrè, 1979-1984; ID. (voce) *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, 1985, 670 ss.; A. VIGNUDELLI (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, Milano, Giuffrè, 2009; G. CAPORALI, (voce) *Separazione dei poteri in Diritto on line*, Treccani, 2018, in www.treccani.it; B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, cit., specialmente 241 ss.; M. BELLAVISTA, *Il principio della separazione dei poteri nella continuità fra procedimento e processo*, cit.

⁷⁴ Di «*more deferential approach*» parlano M. ALLENA, F. GOISIS, *op. cit.*, 301.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente*, cit., 125; in questo senso già M. CLARICH, *Le autorità indipendenti tra regole, discrezionalità e controllo giudiziario*, cit., 3858 ss.

⁷⁷ Il riferimento è a C. Cost., sent. 31 gennaio 2019, n. 13, nonché al pensiero espresso da F. Merusi, M. Passaro, nonché da A. Police, richiamati in E. BRUTI LIBERATI, *op. cit.*, 126-127.

In definitiva, dall'analisi condotta è emerso che gli atti della Banca d'Italia, in quanto autorità amministrativa indipendente, devono ritenersi sindacabili *funditus* dal giudice amministrativo, che può vagliarne la ragionevolezza, nonché la fondatezza dei presupposti in fatto, con il solo limite, discendente dal principio pur temperato della separazione dei poteri, di non potersi sostituire all'amministrazione con proprie autonome valutazioni. Invero, in questo senso depongono anche recenti precedenti della giurisprudenza amministrativa, sia nell'ambito dei giudizi sugli atti dell'Autorità di vigilanza in materia bancaria, che in materia di autorità amministrative indipendenti in genere. Un'eccezione al limite predetto è costituita dal sindacato in materia di sanzioni, che di recente è stato ridisegnato - con precipuo riferimento a quelle irrogate dall'Autorità antitrust - nei termini di una verifica di maggiore o minore attendibilità della decisione. Ma si tratta di un orientamento per ora minoritario.

Ad ogni modo, la pregnanza del sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni, anche discrezionali, delle autorità è connessa col grado di analiticità e consistenza della motivazione del provvedimento amministrativo⁷⁸.

Recentemente, peraltro, preso atto della *weak version* in cui viene inteso l'art. 6 CEDU, nel caso di decisioni in materia di obbligazioni civili, pur con l'importante eccezione proprio delle decisioni sulle valutazioni discrezionali, si è auspicato⁷⁹, *de iure condendo*, che venga unificato il sindacato giurisdizionale nel senso di una versione forte dello stesso. In sostanza, ritenendo necessario un sindacato di tipo sostitutivo esteso anche alla materia delle obbligazioni civili e, quindi, pure nel caso degli atti amministrativi che non costituiscono esercizio della potestà sanzionatoria. Il che, tra l'altro, semplificherebbe il lavoro dell'interprete e renderebbe più semplice la previsione delle decisioni.

A tale riguardo, premesso che la nostra Carta costituzionale non preclude la possibilità che la giurisprudenza amministrativa si orienti verso tale tipo di sindacato⁸⁰, preme evidenziare che il fatto che coesistano, nei differenti stati firmatari della CEDU, diversi modi di implementare le garanzie previste dall'art. 6 non deve stupire. È propria del tempo in cui viviamo, che è stata definita

⁷⁸ E. GALANTI, *Discrezionalità delle autorità*, cit., 68.

⁷⁹ M. ALLENA, F. GOISIS, *op. cit.*, 305.

⁸⁰ Così da ultimo M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, Bologna, il Mulino, 2021, 57.

«l'età della deterritorializzazione»⁸¹, la compresenza di un moto centripeto verso l'uniformità e di un altro centrifugo verso i particolarismi⁸², giacché «universalità e particolarità non si negano a vicenda, ma coesistono nel soggetto che vive nella storia»⁸³.

La riprova è costituita proprio dalla giurisprudenza della Corte EDU, che da ultimo ha evidenziato, occupandosi della verifica circa l'indipendenza dei Tribunali amministrativi italiani e del Consiglio di Stato ai sensi dell'art. 6, par. 1, CEDU, avuto anche riguardo al ruolo crescente della nozione di separazione dei poteri esecutivo e giurisdizionale nella propria giurisprudenza, che «ni l'article 6 ni aucune autre disposition de la Convention n'oblige les États à se conformer à telle ou telle notion constitutionnelle théorique concernant les limites admissibles à l'interaction entre l'un et l'autre»⁸⁴. Detto altrimenti, se il principio sancito dall'art. 6 CEDU dev'essere contemperato col fondamentale principio della tendenziale separazione dei poteri⁸⁵ e se, però, la particolare conformazione giuridica del rapporto tra potere esecutivo e giurisdizionale nei singoli Stati firmatari della CEDU non è

⁸¹ C. SBAILÒ, *Schmitt o Leopardi: quale politica nell'età della deterritorializzazione*, in *Politica del diritto*, 1, 2002, 111 ss.

⁸² R. SACCO, *Il diritto tra uniformazione e particolarismi*, Napoli, Editoriale scientifica, 2011, 8. Con particolare riferimento al diritto bancario e finanziario, si v., tra gli altri, E. CHITI, B. MARCHETTI, B. G. MATTARELLA, *La dimensione amministrativa nella dinamica della judicial review*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2020, 213, nonché G. MAZZEI, *La trasparenza dei contratti dei mercati bancari e finanziari*, 2018, Bari, Cacucci, 190 ss. Di recente, sottolinea la necessità di soluzioni uniformi in materia di crisi bancarie G. BOCCUZZI, *Il regime speciale della risoluzione bancaria. Obiettivi e strumenti*, Bari, Cacucci, 2018, cit., 14. Tale processo dicotomico involge ovviamente anche altri settori, così ad es. in materia di contratti pubblici si v. A. SANDULLI, *Il codice dei contratti pubblici tra resistenze nazionali e spinte europee*, in *Munus*, 2019, 3, 969 ss. In una visione più generale, «le tensioni tra lo Stato, gli Stati e la diffusione di poteri oltre i confini nazionali» sono state messe in luce da L. CASINI, *Lo stato nell'era di Google. Frontiere e sfide globali*, Milano, Mondadori, 2020, specialmente 44 e ss.; ma già prima F. FRACCHIA, *Sovranismi, globalizzazione e diritto amministrativo: sull'utilità di un approccio dialogante e a più dimensioni*, in *federalismi.it*, n.17/2018, 1 ss.

⁸³ M. CARTABIA, *Esperienza elementare, esigenza di giustizia e diritti umani*, in AA. VV., *Esperienza elementare e diritto*, Milano, Guerini e ass., 2011, 107. Ma v. in particolare, quanto alla concretezza degli istituti giuspubblicistici nei rispettivi ordinamenti, G. DELLA CANANEA, *Il nucleo comune dei diritti amministrativi in Europa. Un'introduzione*, Napoli, Editoriale scientifica, 2019, 257, che richiama il pensiero di S. Cassese a proposito dell'importanza del «contesto».

⁸⁴ CEDU, sent. 10 dicembre 2020, *affaire* Edizioni del Roma Società Cooperativa a r.l. e Edizioni Del Roma s.r.l. C. Italia, *Requêtes* nos 68954/13 et 70495/13, §78, ove si richiama l'*affaire* Kleyn et autres c. Pays-Bas [GC], nos 39343/98 et 3 autres, § 193, in www.echr.coe.int.

⁸⁵ Cfr. nota 75. Invero, «Se si pensa poi che né Locke, né Montesquieu hanno mai immaginato una separazione «rigida», come quella loro attribuita da molti critici, si può comprendere come il nocciolo duro di questa teoria sia ancora valido ai giorni nostri. Le funzioni normativa, esecutiva-attuativa e di controllo, ancorché possano essere attribuite allo stesso organo, non possono essere cumulate dallo stesso soggetto nel medesimo ciclo di svolgimento della vita politico-costituzionale dell'ordinamento», così G. SILVESTRI, (voce) *Poteri dello Stato (divisione dei)*, cit., 670 ss. Tale principio è stato declinato, viceversa, in senso assoluto nella Francia rivoluzionaria del 1789, come ricorda M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, cit., 22. La perdurante validità del principio è stata ribadita di recente dalla *European Commission for democracy through law*, ove è indicato quale «fundamental democratic principle», *Rule of law checklist adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary Session* (Venezia, 11-12 marzo 2016), p. 20, in www.venice.coe.int.

uniforme, ne discende che anche l'interpretazione dell'art. 6 predetto non può che risentirne. Del resto *«il problema della pienezza della giurisdizione per come deriva dalle decisioni della Corte EDU è, principalmente, un problema teorico e culturale, vale a dire di definizione del contenuto degli elementi di analisi e delle prospettive interpretative dalle quali si muove»*⁸⁶.

In realtà, a ben considerare, ciò che emerge dalla statuizione della Corte EDU appena riportata non è tanto che il principio della separazione dei poteri osti necessariamente ad un'applicazione dell'art. 6 CEDU in senso rigido; bensì, che la preservazione delle specificità di ogni singolo Paese membro ne precluda un'applicazione indifferenziata a tutti i costi⁸⁷. D'altronde, non potrebbe essere diversamente se ben si consideri che, come insegna un compianto Maestro, *“la separazione delle funzioni nacque effettivamente come portato del principio di garanzia dei diritti individuali nei confronti dello Stato”*⁸⁸, non invece dello Stato nei confronti dei diritti individuali.

⁸⁶ L. R. PERFETTI, *La full jurisdiction come problema*, cit., 239.

⁸⁷ Invero, la relatività nell'applicazione concreta di determinati valori, sebbene fondamentali, ha riscontri anche sul terreno della filosofia, nonché della fisica. Tutt'al contrario, l'esistenza di diritti universali può combinarsi certamente con una molteplicità di tentativi atti ad assicurarne la tutela. In altre parole, accettare l'idea che non ci sia un modello immutabile non significa negare il carattere di diritto universale dei diritti umani, riferimenti in F. DIMICHINA, *Brevi note sul tema della territorializzazione dei diritti di libertà religiosa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica* (www.statoechiese.it), 2, 2014, 27 - 28.

⁸⁸ F. BENVENUTI, (voce) *Giustizia amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIX, 1970, Milano, Giuffrè, 590.

ELENA BUOSO

Professore associato di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Diritto pubblico, internazionale e comunitario dell'Università degli Studi di Padova

elena.buoso@unipd.it

LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE IN GERMANIA NELL'ERA DELL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE: PROCEDIMENTI COMPLETAMENTE AUTOMATIZZATI E DECISIONI AMMINISTRATIVE ROBOTICHE

PUBLIC ADMINISTRATION IN GERMANY IN THE AGE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE: FULLY AUTOMATED PROCEDURE AND ROBOTIC ADMINISTRATIVE DECISIONS

SINTESI

L'amministrazione robotica completamente automatizzata ha fatto recente ingresso nella legge generale del procedimento amministrativo della Germania, con l'introduzione del § 35a *VwVfG* nell'ambito di una complessiva riforma dell'amministrazione digitale. La regola generale sul provvedimento amministrativo completamente automatizzato è stata introdotta con una certa cautela dal legislatore tedesco, che ne ha escluso l'applicazione in presenza di decisioni discrezionali o di margini di valutazione della P.A., tuttavia vi sono spazi interpretativi per una applicazione più ampia della disposizione. Com'è ormai noto, i molteplici vantaggi di una automazione totale celano anche insidie non solo per la tutela del cittadino ma anche per la stessa Amministrazione. Il procedimento diventa allora il luogo per realizzare una digitalizzazione compatibile con le garanzie dello Stato di diritto, confermando l'approccio funzionalistico e l'attenzione alle tutele che caratterizzano l'ordinamento tedesco.

ABSTRACT

Fully automated administration has recently entered the general law on administrative procedure in Germany with the introduction of § 35a *VwVfG* as part of a comprehensive reform of digital administration. The general rule on the fully automated administrative acts has been introduced with a certain caution by the German legislator, who has excluded its application in case of discretionary decisions, however, there is room for a broader application of the provision. As is now known, the many advantages of total automation also conceal dangers not only for the protection of the citizen but also for the Administration itself. The procedure then becomes the place to achieve a digitization compatible with the guarantees of the rule of law, confirming the functionalist approach and the attention to protection that characterize the German legal system.

PAROLE CHIAVE: digitalizzazione - provvedimenti automatizzati - algoritmi - procedimento - discrezionalità

KEYWORDS: digitalization - automated administrative acts - algorithms - procedure - discretionary power

INDICE: 1. L'amministrazione robotica: da ipotesi a realtà. – 2. L'introduzione del provvedimento amministrativo completamente automatizzato nella legge generale sul procedimento amministrativo: il § 35a *VwVfG*. – 3. La funzione del § 35a *VwVfG* tra intenzioni del legislatore e interpretazione della dottrina. – 4. (segue) Il § 35a *VwVfG* nella sistematica del diritto amministrativo tedesco del provvedimento: la scissione tra decisione amministrativa e volontà umana. – 5. I presupposti e i limiti di ammissibilità del provvedimento robotico: il rinvio alle norme speciali e di settore. – 6. (segue) Il divieto di provvedimenti robotici in presenza di discrezionalità o di margini di valutazione della pubblica Amministrazione. – 7. Provvedimenti completamente automatizzati, principi dell'istruttoria ed applicazione degli effetti giuridici: il tipo di programma informatico compatibile con il § 35a *VwVfG*. – 8. L'applicazione del § 35a *VwVfG* ai provvedimenti discrezionali. – 9. Il vizio derivante dalla violazione del § 35a *VwVfG*. – 10. Ipotesi di atti e provvedimenti totalmente automatizzati. – 11. Problemi: la trasparenza e il rispetto dei diritti fondamentali nei provvedimenti completamente automatizzati. – 12. Provvedimento automatizzato e garanzie procedurali. – 13. Effetti dell'amministrazione robotica sulla normazione. Riflessioni conclusive.

1. L'amministrazione robotica: da ipotesi a realtà.

Il procedimento amministrativo come momento di ordine dell'esercizio del potere¹ e come serie formalizzata di atti e comportamenti nella quale si coordina l'esercizio della funzione costituisce in astratto una sede ideale per l'automazione. Soprattutto la raccolta di dati ed elementi di fatto elaborati velocemente e in maniera uniforme paiono assicurare un'azione amministrativa improntata a criteri di razionalità ed obiettività in vista di una piena ed efficiente realizzazione dell'interesse pubblico.

È evidente come questa visione sia altamente idealizzata e semplificata e non consideri adeguatamente aspetti cruciali dell'agire amministrativo inerenti all'individuazione dell'interesse pubblico in concreto e alla ponderazione in sede decisoria, ma anche ai possibili effetti distorsivi della funzione amministrativa². Forse anche per questo motivo sono trascorsi quarant'anni tra l'emanazione nel 1976 della legge tedesca sul procedimento amministrativo

* Il presente scritto sviluppa e approfondisce E. BUOSO, *Fully Automated Administrative Acts in the German Legal System*, in *Erdal*, 1/2020, 113-122.

¹ E. SCHMIDT-ABMANN, A-K. KAUFHOLD, *Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*, in M. Eifert, C. Möllers, A. Voßkuhle (a cura di), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, III ed., vol II, § 27, in corso di stampa, ann. marg. 1 ss.

² M. MARTINI, *Transformation der Verwaltung durch Digitalisierung*, in *DÖV*, 2017, 443 ss.; T. RADEMACHER, *Wenn neue Technologien altes Recht durchsetzen: Dürfen wir es unmöglich machen, rechtswidrig zu handeln?*, in *JZ*, 2019, 702 ss.

(*Verwaltungsverfahrensgesetz*, d'ora in poi *VwVfG*)³ e l'introduzione di una previsione sulle decisioni amministrative completamente automatizzate⁴.

Com'è noto, la Germania è stata tra i primi ordinamenti contemporanei a dotarsi di una codificazione generale del procedimento amministrativo⁵ e tra i primi a teorizzare la totale automazione della mano pubblica. Le prime opere che si soffermano diffusamente sullo Stato come macchina risalgono all'Ottocento⁶, ma l'idea dell'automa compare già nella filosofia politica e nella teoria dello Stato di Hobbes e dei Cameralisti⁷.

Ma è con lo sviluppo della tecnologia, ossia dagli anni Cinquanta del secolo scorso e con un aumento esponenziale negli anni Novanta, che l'automazione della pubblica Amministrazione è divenuta oggetto della discussione politica e scientifica in Germania come aspirazione concreta dell'ordinamento⁸.

³ *Verwaltungsverfahrensgesetz* del 25 maggio 1976 in *BGBI* 1976, I, 1253 ss.

⁴ *Infra* nel prossimo paragrafo e nota 13.

⁵ V. anche l'antesignano *Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz* austriaco del 21 luglio 1925, su cui A. FERRARI ZUMBINI, *Alle origini delle leggi sul procedimento amministrativo: il modello austriaco*, Napoli, Editoriale scientifica, 2020, 90 ss.; e in Turingia la *Landesverwaltungsordnung* del 10 giugno 1926. Cfr. in proposito: G.-C. VON UNRUH, *Kodifiziertes Verwaltungsrecht*, in *NVWZ*, 1988, 690 ss.; E. SCHMIDT-ABMANN, A.-K. KAUFHOLD, *Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*, cit., ann. marg. 5 ss.

⁶ A. BERGER, *Zu den Anforderungen an eine automatisierte Verwaltungsentscheidung am Beispiel des § 35a VwVfG*, in *NVWZ*, 2018, 1260.

⁷ V. T. HOBBS, *Il Leviatano*, trad. it. a cura di R. Giammanco, Torino, Unione Tipografico-editrice torinese, 1955, 40, ove l'*«automata»* viene citato nelle prime righe dell'Introduzione, ma il concetto viene sviluppato anche in altri scritti dell'Autore, sui quali v. H. ROLLE, *Hobbes' Leviathan – der Staat als Maschine*, in *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, 28, 8 (1980), 934 ss.; D. FERNÁNDEZ PEYCHAUX, *El Leviatán como autómatas: método y política en Thomas Hobbes*, in *Anales del Seminario de Historia de la Filosofía*, 30, 2 (2013), 413 ss.; Z. BHORAT, *Automata in the Political Thought of Thomas Hobbes*, in *Paper of the Western Political Science Association*, 1/2019, in www.wpsanet.org. V., inoltre, H. DREIER, *Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1991, 42 ss.; B. STOLLBERG-RILINGER, *Der Staat als Maschine. Zur politischen Metaphorik des absoluten Fürstenstaats*, Berlin, Duncker&Humblot, 1986, 84 ss., ove si approfondisce il significato – per la filosofia politica e per quella del diritto – del passaggio dalla metafora dello Stato come organismo a quella dello Stato come macchina.

⁸ I contributi sul punto sono numerosi, v. ad es. K. ZEIDLER, *Über die Technisierung der Verwaltung: eine Einführung in die juristische Beurteilung der modernen Verwaltung*, Heidelberg, Müller, 1959, 18; H.P. BULL, *Verwaltung durch Maschinen: Rechtsprobleme der Technisierung der Verwaltung*, II ed., Hamm, Grote, 1964, 67; S. SIMITIS, *Automation in der Rechtsordnung. Möglichkeiten und Grenzen*, Heidelberg, Müller, 1967, 23; M. VON BERG, *Automationsgerechte Rechts- und Verwaltungsvorschriften*, Köln-Berlin, Grote, 1968, 12; A. VON MUTIUS, *Zu den Formerfordernissen automatisierter Verwaltungsentscheidungen*, in *VermArch*, 67 (1976), 116; P. LAZARATOS, *Rechtliche Auswirkungen der Verwaltungsautomation auf das Verwaltungsverfahren*, Berlin, Duncker&Humblot, 1990, 35; R.M. POLOMSKI, *Der automatisierte Verwaltungsakt*, Berlin, Duncker&Humblot, 1993, 22; N. LUHMANN, *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung*, II ed., Berlin, Duncker&Humblot, 1997, 76; G. BRITZ, *Elektronische Verwaltung*, in W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Assmann, A. Voßkuhle (a cura di), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, II ed., vol. 2, München, Beck, 2012, ann. marg. 16 ss., 416 ss.; A.B. KAISER, *Intelligente Verwaltungsmaschine – intelligente Maschinen in der Verwaltung: Die Diskussion über die Verwaltungsautomation in den 1950er und 1960er Jahren*, in P. Collin, C.G. Lutterbeck (a cura di), *Eine intelligente Maschine?*,

Il tema ha poi assunto nuovo slancio con l'avvento dell'intelligenza artificiale e delle possibilità di elaborazione autonoma dei processi decisionali che essa offre⁹ - per i richiamati vantaggi in termini di celerità e risparmio di risorse (anche personali), così come di neutralità e obiettività delle scelte¹⁰ - e da ultimo durante la crisi pandemica e i problemi legati alla repentina carenza di personale a fronte dell'aumentata quantità di lavoro¹¹.

2. L'introduzione del provvedimento amministrativo completamente automatizzato nella legge generale sul procedimento amministrativo: il § 35a VwVfG.

L'eventualità che il procedimento e la decisione amministrativa siano demandati a un programma informatico è stata disciplinata nel nuovo § 35a VwVfG, dedicato all'emanazione completamente automatizzata¹² di un provvedimento, introdotto dal *Gesetz zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens* del 2016¹³.

Baden Baden, Nomos, 2009, 233; T. SIEGEL, *Der virtuelle Verwaltungsakt*, in *VerwArch*, 105 (2014), 241; H. KUBE, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, in U. Saksofsky (a cura di), *Gleichheit, Vielfalt, Technischer Wandel*, Berlin-Boston, De Gruyter, 2019, 290.

⁹ M. MARTINI, *Digitalisierung als Herausforderung und Chance für Staat und Verwaltung*, Speyer, Deutsches Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung, 2016, 4; L. GUGGENBERGER, *Einsatz künstlicher Intelligenz in der Verwaltung*, in *NVwZ*, 2019, 844; A. VON GRAEVENITZ, *Zwei mal Zwei ist Grün – Mensch und KI im Vergleich*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2018, 238.

¹⁰ H. SCHMITZ, L. PRELL, *Neues zum E-Government. Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG*, in *NVwZ*, 2016, 1277; M. MARTINI, D. NINK, *Wenn Maschinen entscheiden... - vollautomatisierte Verwaltungsverfahren und der Persönlichkeitsschutz*, in *NVwZ – Extra*, n. 10, 2017, 1; H. KUBE, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, cit., 307.

¹¹ M. MACIEJEWSKI, *To do more, better, faster and more cheaply: using big data in public administration*, in *International Review of Administrative Sciences*, 83, 2017, 120-135; G. CARULLO, *Digitalizzazione dei controlli ai tempi del coronavirus*, in *Ceridap*, 1, 2020, 7 ss.

¹² Sul significato di tale espressione, v. U. STELKENS, *sub § 35a*, in P. Stelkens, H.J. Bonk, M. Sachs (a cura di), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, IX ed., München, Beck, 2018, ann. marg. 21.

¹³ Art. 20 del *Gesetz zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens* del 18 luglio 2016, ma in vigore dal 1 gennaio 2017, in *BGBI* 2016, I, 1679 ss. Con il medesimo atto il legislatore federale ha integrato il § 41 VwVfG, in materia di notifica degli atti amministrativi elettronici, introducendovi nel co. 2a la possibilità che essa avvenga tramite piattaforme online direttamente accessibili, previo consenso ed autenticazione del destinatario. La notifica si perfeziona il giorno successivo alla visualizzazione o al download dell'atto da parte dell'interessato. Su questa disposizione, v. H. SCHMITZ, L. PRELL, *Neues zum E-Government. Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG*, cit., 1277 ss.; U. STELKENS, *sub § 41*, in P. Stelkens, H.J. Bonk, M. Sachs (a cura di), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit., ann. marg. 134 ss.; S. BAER, *sub § 41 VwVfG Bekanntgabe des Verwaltungsaktes*, in F. Schoch, J-P. Schneider (a cura di), *Verwaltungsrecht - VwVfG*, vol. III, München, Beck, 2020, ann. marg. 66 ss.

La novella legislativa si inserisce nell'ambito della riforma del procedimento tributario ed è dovuta al principio del parallelismo delle discipline procedimentali, che costituisce una peculiarità dell'ordinamento tedesco a livello federale. Detto parallelismo procedimentale riguarda i c.d. tre pilastri: tributario, delle prestazioni sociali e quello che si può definire del diritto amministrativo generale, concernente, in via residuale, il resto dei procedimenti amministrativi¹⁴. Tale principio prevede norme procedimentali omogenee in questi ambiti; pertanto alla disposizione che introduce nel Codice tributario il procedimento tributario completamente automatizzato (§ 155, co. 4, primo periodo, *Abgabenordnung* - AO) sono stati affiancati -alquanto frettolosamente secondo alcuni commentatori¹⁵- dei *pendant* in quello delle prestazioni sociali (§ 31a *Zehntes Buch Sozialgesetzbuch - Sozialverfahren und Sozialdatenschutz* - SGB X)¹⁶ e nella legge generale sul procedimento amministrativo.

L'Amministrazione tributaria si è trovata a fare da pioniera nel campo di atti amministrativi completamente automatizzati – assieme a diritto processuale civile con il decreto ingiuntivo robotico di cui al § 689, co. 1, *Zivilprozessordnung* (ZPO)¹⁷ – ma anche nel diritto amministrativo era già possibile individuare diverse ipotesi di provvedimenti parzialmente o anche totalmente automatizzati: oltre al classico esempio degli ordini emanati dal semaforo¹⁸, possono essere ricordati i limiti dinamici in funzione nelle autostrade tedesche elaborati in tempo reale dagli algoritmi dei

¹⁴ Su questi aspetti, in relazione all'introduzione del § 35a *VwVfG*, v. H. SCHMITZ, L. PRELL, *Neues zum E-Government. Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG*, cit., 1273; M. STEGMÜLLER, *Vollautomatische Verwaltungsakte – eine kritische Sicht auf die neuen § 24 I 3 und § 35a VwVfG*, in *NVwZ*, 2018, 353. V., inoltre, C. FRAENKEL-HAEBERLE, *Procedimento e procedimenti amministrativi pienamente digitalizzati: il caso tedesco*, in questa Rivista.

¹⁵ A. BERGER, *Zu den Anforderungen an eine automatisierte Verwaltungsentscheidung am Beispiel des § 35a VwVfG*, in *NVwZ*, 2018, 1261, critica questa genesi «poco coerente» che ha condotto a una notevole varietà nelle formulazioni e nei (teoricamente paralleli) procedimenti; nello stesso senso, ossia ritenendo «sorprendente» l'introduzione del § 35a *VwVfG* nell'ambito della riforma del diritto tributario, A. GUCKELBERGER, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, in U. Saksofsky (a cura di), *Gleichheit, Vielfalt, Technischer Wandel*, Berlin-Boston, De Gruyter, 2019, 263.

¹⁶ Su queste disposizioni in rapporto con il § 35a *VwVfG*, v. N. BRAUN BINDER, *Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren, voll automatisiert erlassene Verwaltungsakte und elektronische Aktenführung*, in M. Seckelmann (a cura di), *Digitalisierte Verwaltung, Vernetztes E-Government*, II ed., Berlin, Schmidt, 2019, 313 e 317; E-W. LUTHE, *Der vollständig automatisierte Erlass eines Verwaltungsakts nach § 31a SGB X*, in *Zeitschrift für das aktuelle Sozialrecht*, 2017, 250; U. STELKENS, *sub § 35a*, cit., ann. marg. 5.

¹⁷ A. SCHÜLER, § 689 ZPO, in T. Rauscher, W. Krüger (a cura di), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, VI ed., München, Beck, 2020, ann. marg. 4.

¹⁸ Come ricorda M. CURTER, *Erster Verkehrsturm am Potsdamer Platz*, in *Berlinische Monatsschrift*, vol. 10, 1999, 77, il primo semaforo a Berlino è stato installato a Potsdamer Platz nel 1924.

Virtual Traffic Guidance Centers (*Virtueller Verkehrsbeeinflussungsanlage*) e qualificabili come atti amministrativi a contenuto generale (*Allgemeinverfügungen*)¹⁹, ma anche alcune ipotesi di sanzioni per violazioni del codice della strada e di atti in materia di gestione del sistema idrico, edilizia e previdenza²⁰.

Ai sensi del § 35a *VwVfG* «un provvedimento amministrativo può essere emanato attraverso un procedimento interamente automatizzato quando ciò è previsto da una disposizione normativa e se non sussistono discrezionalità o margini di apprezzamento in capo alla pubblica Amministrazione agente»²¹.

La fattispecie deve essere distinta dall'atto amministrativo elettronico, già disciplinato dal § 37 *VwVfG*, riferito al semplice supporto elettronico dell'atto e nulla implicante sul procedimento per la sua emanazione²², e dalla comunicazione dell'atto in formato elettronico di cui al § 41, co. 2a, *VwVfG*²³, oltre che dai «provvedimenti emanati con l'aiuto dell'automazione», che la legge sul procedimento conosce già dalla sua versione originaria del 1976 al § 28, co. 2, n. 4; ancora diversi sono il § 37, co. 5 e il § 39, co. 2, n. 3²⁴, che prevedono l'automazione solo di singole fasi del

¹⁹ M. MARTINI, D. NINK, *Subsumptionsautomaten ante portas? – Zu den Grenzen der Automatisierung in verwaltungsrechtlichen (Rechtsbehelfs-)Verfahren*, in *DVBf*, 2018, 1128 in part. p. 1130; M. STEGMÜLLER, *Vollautomatische Verwaltungsakte – eine kritische Sicht auf die neuen § 24 I 3 und § 35a VwVfG*, cit., 356. Altri esempi in U. STELKENS, *sub § 35a*, cit., ann. marg. 22 – 23. Questi sistemi di controllo del traffico sono un esempio più coerente con l'art. 35a *VwVfG* di quanto non lo siano i risalenti semafori, perché come osserva N. BRAUN BINDER, *Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren, voll automatisiert erlassene Verwaltungsakte und elektronische Aktenführung*, cit., 311, si basano su una elaborazione (istruttoria) in tempo reale dei dati sul traffico e delle condizioni atmosferiche, laddove il semaforo tradizionale scatta in genere secondo tempistiche prestabilite.

²⁰ M. MARTINI, D. NINK, *Wenn Maschinen entscheiden... - vollautomatisierte Verwaltungsverfahren und der Persönlichkeitsschutz*, cit., 1.

²¹ Ovvero «Ein Verwaltungsakt kann vollständig durch automatische Einrichtungen erlassen werden, sofern dies durch Rechtsvorschrift zugelassen ist und weder ein Ermessen noch ein Beurteilungsspielraum besteht». Le traduzioni, ove non diversamente indicato, sono di chi scrive.

²² U. STELKENS, *sub § 37*, in P. Stelkens, H.J. Bonk, M. Sachs (a cura di), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit., ann. marg. 64; N. BRAUN BINDER, *Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren, voll automatisiert erlassene Verwaltungsakte und elektronische Aktenführung*, cit., 321. A questa disposizione rinviano peraltro le finora poche decisioni in materia di ricorsi contro provvedimenti automatizzati, riferite all'automazione del procedimento di determinazione dei contributi in materia di frequenze radio-televisive e all'emanazione del relativo avviso. La violazione del § 35a *VwVfG* era stata invocata dai ricorrenti, ma le corti non ritengono la disposizione applicabile alla fattispecie, richiamando invece il § 37 *VwVfG* con funzione legittimante la (parziale) automazione, nelle more dell'approvazione della norma speciale richiesta dal § 35a *VwVfG*, ovvero del § 10a *Rundfunkbeitragsstaatsvertrag* del 15 dicembre 2010 (*GVBl* 2011, I, 258 ss.). Cfr. VG Frankfurt (Oder), 3. Kammer, sent. 9 settembre 2020 (VG 3 K 616/17); VGH Mannheim, 2. Senat, ord. 13 novembre 2020 (2 S 2134/20); VGH München, 7. Senat, ord. 26 gennaio 2021 (7 ZB 20.2029); VG Cottbus, 8. Kammer, sent. 11 marzo 2021 (8 K 1542/20).

²³ *Supra*, nota 13.

²⁴ U. STELKENS, *sub § 35a*, cit., ann. marg. 19.

procedimento²⁵.

Il § 35a *VwVfG* riguarda solo i provvedimenti amministrativi come definiti dal § 35 *VwVfG*²⁶, ma viene considerato una «pietra miliare»²⁷ di una vera e propria «trasformazione digitale» della pubblica Amministrazione²⁸, che ai sensi del § 1 della legge sull'accesso digitale ai servizi (*Onlinezugangsgesetz* – *OZG*)²⁹ si estende a tutti i servizi amministrativi, quindi anche agli atti amministrativi non provvedimentali e alla amministrazione c.d. informale³⁰.

3. La funzione del § 35a *VwVfG* nelle intenzioni del legislatore e secondo l'interpretazione della dottrina.

Secondo la relazione accompagnatoria della commissione parlamentare che ha esaminato la novella legislativa, il § 35a *VwVfG* perseguiva tre scopi: chiarire la natura provvedimentale degli atti robotici ai sensi del § 35 *VwVfG* (*Klarstellungsfunktion*); limitare le ipotesi di totale automazione solo ai procedimenti idonei, lanciando un monito al legislatore stesso (*Begrenzungs- und Warnfunktion*); riservare al legislatore la scelta dei procedimenti automatizzabili (*Kompetenzzuweisungsfunktion*)³¹.

L'introduzione della norma nella legge generale sul procedimento è stata oggetto delle

²⁵ Sulle modifiche del *VwVfG* in adeguamento all'amministrazione elettronica, v. G. BRITZ, *Elektronische Verwaltung*, in W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Assmann, A. Voßkuhle (a cura di), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, cit., ann. marg. 48, 437 ss.

²⁶ *Infra*, nota 40.

²⁷ N. BRAUN BINDER, *Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren, voll automatisiert erlassene Verwaltungsakte und elektronische Aktenführung*, cit., 311.

²⁸ Così E. SCHMIDT-ABMANN, A-K. KAUFHOLD, *Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*, cit., ann. marg. 79.

²⁹ Nell'ambito di un'ampia riforma della pubblica Amministrazione, come espresso da I. MERGEL, *Digitale Transformation als Reformvorhaben der deutschen öffentlichen Verwaltung*, in *Der moderne Staat*, 2019, n. 1, 162; C. FRAENKEL HAEBERLE, *Procedimento e procedimenti amministrativi pienamente digitalizzati: il caso tedesco*, cit., § II.1.2.

³⁰ A. BERGER, *Zu den Anforderungen an eine automatisierte Verwaltungsentscheidung am Beispiel des § 35a VwVfG*, cit., 1263.

³¹ *Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses (7. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung zu Art. 20 Nr. 1, Bundestag Drucksache 18/8434 del 11.05.2016*. V. U. STELKENS, *sub § 35a*, cit., ann. marg. 1; A. WINDOFFER, *sub § 35a*, in T. Mann, C. Sennekamp, M. Uechtritz (a cura di), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, II ed., Baden Baden, Nomos, 2019, ann. marg. 1.

critiche di chi ne censurava la modesta portata innovativa, essendo il provvedimento robotico già ammesso dall'ordinamento, e i possibili problemi interpretativi dovuti a una norma superflua³².

Tanto più che nel diritto amministrativo tedesco vige espressamente il principio generale della libertà della forma del procedimento (§ 10 *VwVfG*)³³, dal quale la dottrina deriva quello della libertà della forma del provvedimento, con i limiti della tipicità del potere ai sensi del § 35 *VwVfG*³⁴. Questo va inteso -come è noto- nell'ottica di un ordinamento che tradizionalmente preferisce un approccio funzionale a quello formale di tradizione francese e italiana³⁵; comune ad entrambi gli approcci è la necessità che i passaggi e i procedimenti che sono alla base delle decisioni amministrative siano registrati e tracciati in ogni momento e completamente ricostruibili (e dimostrabili) in maniera affidabile, come richiedono all'attività amministrativa i principi democratico e dello Stato di diritto³⁶.

Nonostante le ricordate ipotesi di provvedimenti amministrativi completamente automatizzati fossero già effettivamente presenti nell'ordinamento e ammesse dalla

³² M. STEGMÜLLER, *Vollautomatische Verwaltungsakte – eine kritische Sicht auf die neuen § 24 I 3 und § 35a VwVfG*, cit., 355. *Contra*, con toni di aspra critica, J. ZIEKOW, *Das Verwaltungsverfahrenrecht in der Digitalisierung der Verwaltung*, cit., 1170.

³³ Il riferimento al § 10 *VwVfG* costituisce un ulteriore argomento a sostegno dell'ammissibilità del procedimento completamente automatizzato (e del relativo provvedimento) anche prima dell'introduzione del § 35a *VwVfG*: L. PRELL, *sub § 35a*, in J. Bader, M. Ronellenfitsch (a cura di), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, XXXXVIII ed., München, Beck, 2020, ann. marg. 1. La connessione tra i due concetti è sottolineata da U. STELKENS, *sub § 35a*, cit., ann. marg. 4, il quale osserva che sistematicamente il § 35a *VwVfG* sarebbe stato più correttamente posizionato vicino al § 10 *VwVfG*.

³⁴ P. BADURA, *Die Form des Verwaltungsaktes, in Verwaltungsverfahren*, in W. Schmitt Glaeser (a cura di), *Verwaltungsverfahren*, Stuttgart et al., Boorberg, 1977, 205 spec. p. 206; E.J. EBERLE, *The West German Administrative Procedure Act: A Study In Administrative Decision Making*, in *Dickinson Journal Of International Law*, vol. 3, n. 1, 1984, 67 spec. p. 74; M. MARTINI, D. NINK, *Wenn Maschinen entscheiden... - vollautomatisierte Verwaltungsverfahren und der Persönlichkeitsschutz*, cit., 2; U. STELKENS, *sub § 37*, cit., ann. marg. 47; J. ZIEKOW, *Das Verwaltungsverfahrenrecht in der Digitalisierung der Verwaltung*, cit., 1171.

³⁵ La dogmatica tedesca sottolinea la funzione servente del procedimento, che emerge con chiarezza nella disciplina sulla irrilevanza dei vizi procedimentali e che è stata via via accentuata dalla peculiare intensità del sindacato giurisdizionale dal 1949 in poi. Così E. SCHMIDT-ABMANN, A-K. KAUFHOLD, *Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*, cit., ann. marg. 4.

³⁶ V. la relazione del gruppo di lavoro dei presidenti dei tribunali amministrativi superiori federali e dei *Länder*: *Anforderungen der Verwaltungsgerichtsbarkeit an die Führung elektronischer Verwaltungsakten* del 18.2.2011, in *JurPC – Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik und Informationsrecht*, Web-Dok. 66/2011. V. U. BERLIT, *Aktuelle Rechtsprechung zu eGovernment und eJustice*, *ibid.*, Web-Dok. 176/2015, § 42; ID., *Elektronische Verwaltungsakte und verwaltungsgerichtliche Kontrolle*, in *NVwZ*, n. 4, 2015, 197.

giurisprudenza³⁷, la parte maggioritaria della dottrina ritiene che la nuova disposizione generale sia rilevante sia dal punto di vista della dogmatica del diritto amministrativo, sia da quello dei principi di scienza dell'Amministrazione³⁸.

4. (segue) Il § 35a VwVfG nella sistematica del diritto amministrativo tedesco del provvedimento: la scissione tra decisione amministrativa e volontà umana.

La dottrina prevalente ritiene che dal punto di vista sistematico il § 35a VwVfG abbia la funzione anzitutto di chiarire che il provvedimento amministrativo è ammissibile anche senza il concorso della volontà della persona funzionalmente legata all'organo decidente³⁹.

Il § 35 VwVfG, infatti, definisce il provvedimento amministrativo come «ogni ordine, decisione e altra misura autoritativa, che una Amministrazione emana per la definizione del caso concreto nell'ambito del diritto pubblico e che sia volta ad avere effetti immediati verso l'esterno»⁴⁰; secondo l'interpretazione tradizionale, la manifestazione di volontà è un elemento che caratterizza il concetto di provvedimento⁴¹.

Incidentalmente è interessante osservare che la medesima dottrina richiama come precedente il § 42a VwVfG sul silenzio sostitutivo di provvedimento autorizzativo (letteralmente autorizzazione fittizia – *Genehmigungsfiktion*), nel quale una scissione tra il concetto di

³⁷ Bundesverwaltungsgericht sent. 23.9.2010 – 3C 37/09 in *BVerwGE* 138, 21 spec. p. 26, sui sistemi virtuali di controllo del traffico.

³⁸ H. SCHMITZ, L. PRELL, *Neues zum E-Government. Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG*, cit., 1273; A. BERGER, *Zu den Anforderungen an eine automatisierte Verwaltungsentscheidung am Beispiel des § 35a VwVfG*, cit., 1260; J. ZIEKOW, *Das Verwaltungsverfahrenrecht in der Digitalisierung der Verwaltung*, in *NVwZ*, 2018, 1170.

³⁹ H. SCHMITZ, L. PRELL, *op. ult. cit.*, 1275; A. BERGER, *Zu den Anforderungen an eine automatisierte Verwaltungsentscheidung am Beispiel des § 35a VwVfG*, cit., 1262; J. ZIEKOW, *Das Verwaltungsverfahrenrecht in der Digitalisierung der Verwaltung*, cit., 1170; U. STELKENS, *sub § 35a*, cit., ann. marg. 28. Ritiene invece diverse le due ipotesi, individuando la volontà del programmatore come sostituto di quella del funzionario nel singolo procedimento; M. STEGMÜLLER, *Vollautomatische Verwaltungsakte – eine kritische Sicht auf die neuen § 24 I 3 und § 35a VwVfG*, cit., 354. Per l'insignificanza invece del requisito della volontà in presenza dei presupposti legislativi, H. KUBE, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, cit., 303.

⁴⁰ «Verwaltungsakt ist jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist».

⁴¹ U. STELKENS, *sub § 35*, in P. Stelkens, H.J. Bonk, M. Sachs (a cura di), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit., ann. marg. 69.

provvedimento e l'elemento volitivo umano nell'organo sarebbe già avvenuta⁴². Su questo punto è interessante sottolineare una differenza tra il concetto di silenzio-assenso nel diritto italiano⁴³, nel quale non è assente la volontà dell'organo⁴⁴, e l'omologo istituto tedesco. Tale differenza può contribuire a spiegare la cautela di questo ordinamento nel fare ricorso all'istituto del silenzio

⁴² H. SCHMITZ, L. PRELL, *Neues zum E-Government. Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG*, cit., 1273; U. STELKENS, *sub § 35a*, cit., ann. marg. 28; ID., *sub § 42a*, in P. Stelkens, H.J. Bonk, M. Sachs (a cura di), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit., ann. marg. 3.

⁴³ Peralto anche in Italia a questo schema ideale del silenzio sostitutivo di provvedimento si affiancano le letture che sottolineano l'intento sanzionatorio per la pubblica Amministrazione inerte. Su questi aspetti. V. F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1971, 272; A. TRAVI, *Silenzio assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, Cedam, 1985; ID., *Silenzio-assenso e legittimazione ex lege nella disciplina delle attività private in base al d.P.R. 26 aprile 1992 n. 300*, in *Foro amm.*, 1993, 2-3, parte II, 608 ss.; F. BRIGNOLA, *Silenzio della pubblica amministrazione (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur.*, Roma, Treccani, 1992; V. CERULLI IRELLI, *Modelli procedurali alternativi in tema di autorizzazioni*, in *Dir. amm.*, 1993, 66 ss.; A. PAJNO, *Gli articoli 19 e 20 della legge n. 241 prima e dopo la legge 24 dicembre 1993 n. 537. Intrapresa dell'attività privata e silenzio dell'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 1, 22 ss.; F.G. SCOCA, M. D'ORSOGNA, *Silenzio, clamori di novità*, *ibid.*, n. 3, 1995, 393 ss.; V. PARISIO, *I silenzi della pubblica amministrazione: la rinuncia alla garanzia dell'atto scritto*, Milano, Giuffrè, 1996, 127 ss.; P.G. LIGNANI, *Silenzio (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, III Agg., Milano, Giuffrè, 1999, 978 ss.; B.E. TONOLETTI, *Silenzio della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, UTET, 1999, 179 ss.; G.B. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003, 899 ss.; L. GIANI, *Articolo 20. Silenzio assenso*, in N. Paolantonio, A. Police, A. Zito (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, Giappichelli, 2005, 411 ss.; R. GIOVAGNOLI, *Il tempo dell'azione amministrativa*, in F. Caringella, D. De Carolis, G. De Marzo (a cura di), *Le nuove regole dell'azione amministrativa dopo le Leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Milano, Giuffrè, 2005, 149 ss.; G. FONDERICO, *Il nuovo tempo del procedimento, la DIA e il silenzio-assenso*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 10, 1017 ss.; A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e silenzio-assenso della pubblica amministrazione dopo la legge 14 maggio 2005 n. 80*, in *Dir. amm.*, 2006, 1, 100 ss.; G. MORBIDELLI, *Il silenzio-assenso*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, Jovene, 2006, 265 ss.; A. ROMANO, *A proposito dei vigenti artt. 19 e 20 della l. 241 del 1990: divagazioni sull'autonomia dell'amministrazione*, *ibidem*, 2006, 2, 489 ss.; G. VESPERINI, *La denuncia di inizio attività e il silenzio assenso*, in G. Scialoja (a cura di), *Le nuove regole dell'azione amministrativa*, Bologna, Bononia University Press, 2007, 73 ss.; W. GIULIETTI, *Art. 20. Silenzio assenso*, in A. Bartolini, S. Fantini, G. Ferrari (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa e della responsabilità*, Roma, Neldiritto Editore, 2010, 485 ss.; M. RENNA, F. FIGORILLI, *Silenzio della pubblica amministrazione. I) Diritto amministrativo*, in *Enc. giur.*, XVIII Agg., Roma, Treccani, 2011, 1 ss.; M.A. SANDULLI, *L'istituto del silenzio assenso tra semplificazione e incertezza*, in *Nuove autonomie*, 2012, 435 ss.; E. SCOTTI, *Silenzio-assenso*, in A. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2015, 653 ss.; F. VOLPE, *L'annullamento del silenzio-assenso e della s.c.i.a. Riflessioni di teoria generale a seguito dell'abrogazione dell'art. 21, comma 2, legge 7 agosto 1990, n. 241*, in *Giustamm.it*, 2015, 1 ss.; P. MARZARO, *Silenzio assenso tra Amministrazioni: dimensioni e contenuti di una nuova figura di coordinamento 'orizzontale' all'interno della 'nuova amministrazione' disegnata dal Consiglio di Stato*, in *Federalismi.it*, 2016, 19, 2 ss.; G. TROPEA, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, in *Dir. amm.*, 2016, 107 ss.; M. D'ORSOGNA, R. LOMBARDI, *Il silenzio-assenso*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, II ed., Milano, Giuffrè, 2017, 965 ss.; N. PAOLANTONIO, *Comportamenti non provvedimentali produttivi di effetti giuridici*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2019, 329 ss.; M. CALABRÒ, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, in *Federalismi.it*, 2020, 10, 21 ss.

⁴⁴ F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1971, 184; G. MORBIDELLI, *Il silenzio-assenso*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, Jovene, 2006, 278. Criticamente, da ultimo, M. CALABRÒ, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, cit., 36 s. Diversa è, inoltre, nella dottrina italiana l'elaborazione della figura organica, come sottolinea S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Digitalisation and reforms of Public Administration in Italy*, in *IJPL*, 2016, 1, 159.

significativo.

La vicinanza concettuale tra le due disposizioni spinge gli autori a individuare i già previsti casi di silenzio assenso come ulteriori possibili casi di atti automatizzati (e viceversa)⁴⁵, ritenendo che medesime siano le valutazioni del legislatore quanto agli aspetti di teoria generale e legittimazione democratica dell'agire amministrativo e, in definitiva, di legittimità costituzionale⁴⁶. È interessante osservare come il silenzio significativo e i provvedimenti automatizzati siano avvicinabili anche per la riduzione di elementi comunicativi e interazioni sociali che comportano nel procedimento amministrativo, che la dottrina individua in termini di perdita del contributo che essi apportano per legittimare e garantire l'accettazione del procedimento e del suo esito⁴⁷.

Sempre dal punto di vista sistematico, gli autori che sottolineano l'opportunità dell'introduzione del § 35a *VwVfG* ritengono che, in sua assenza, le disposizioni sul principio inquisitorio nel procedimento (§ 24 *VwVfG*) e sull'obbligo di motivazione degli atti (§ 39 *VwVfG*) ostacolerebbero il provvedimento completamente automatizzato come istituto generale, imponendo sempre l'intervento di una componente umana nel procedimento per l'emanazione di atti provvedimentali⁴⁸.

5. I presupposti e i limiti di ammissibilità del provvedimento robotico: il rinvio alle norme speciali e di settore.

Nel disporre l'ammissibilità del provvedimento amministrativo robotico il legislatore del 2016 ha contestualmente specificato il presupposto e alcuni limiti.

Anzitutto il § 35a *VwVfG* non è direttamente applicabile ma richiede una previsione speciale

⁴⁵ U. STELKENS, *sub* § 42a, *cit.*, ann. marg. 5a; ID., *sub* § 35a *cit.*, ann. marg. 24, 29 e 46. *Contra* A. GUCKELBERGER, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, *cit.*, 266.

⁴⁶ M. MARTINI, D. NINK, *Subsumtionsautomaten ante portas? – Zu den Grenzen der Automatisierung in verwaltungsrechtlichen (Rechtsbehelfs-)Verfahren*, *cit.*, 14.

⁴⁷ E. SCHMIDT-ABMANN, A-K. KAUFHOLD, *Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*, *cit.*, ann. marg. 83.

⁴⁸ H. SCHMITZ, L. PRELL, *Neues zum E-Government. Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG*, *cit.*, 1274.

che consenta il provvedimento robotico nel singolo settore e procedimento. L'effettiva realizzazione dell'istituto è quindi condizionata a una ulteriore specificazione normativa, secondo lo schema delle clausole generali di rinvio - che ad esempio era stato originariamente adottato nella legge italiana sul procedimento amministrativo, n. 241 del 18 agosto 1990, per gli accordi amministrativi (art. 11) – anziché quello della regola generale direttamente applicabile, salvo deroga nella norma speciale, che attualmente anche il legislatore italiano pare preferire. Quest'ultimo schema compare enunciato con valenza generale nel § 1 *VwVfG*, ai sensi del quale le sue norme si applicano in via generale alle amministrazioni federali e a quelle dei *Länder* che agiscano in applicazione del diritto federale (secondo la divisione delle attribuzioni amministrative prevista dall'art. 83 GG⁴⁹), laddove non diversamente disposto dalle singole leggi speciali. La struttura normativa del § 35a *VwVfG*, in deroga alla regola generale del § 1 *VwVfG*, accomuna ancora una volta la nuova disposizione e il § 42a *VwVfG*, istituti che -come si è visto- la dottrina tedesca avvicina anche dal punto di vista dogmatico.

È quindi necessario un intervento del legislatore di settore per individuare quali provvedimenti (e procedimenti) siano idonei a una totale automazione⁵⁰, sottraendo la scelta al solo esecutivo ed evitando una digitalizzazione a cascata incontrollata⁵¹. Tale ulteriore specificazione normativa è richiesta anche dal legislatore comunitario con l'art. 22 del Regolamento europeo generale sulla protezione dei dati EU 679/2016 (GDPR). Questo articolo, infatti, prevede il diritto dei soggetti a non essere sottoposti a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, quando essa sia suscettibile di produrre effetti nei loro confronti. Il divieto è derogabile dagli Stati membri (22b II b) predisponendo «*misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato*»⁵².

⁴⁹ F. KIRCHOF, *Art. 83 Grundgesetz*, in T. MAUNZ, G. DÜRIG (fondato da), *Grundgesetz Kommentar*, LXXXIX ed, München, Beck, 2020, ann. marg. 128.

⁵⁰ A. BERGER, *Zu den Anforderungen an eine automatisierte Verwaltungsentscheidung am Beispiel des § 35a VwVfG*, cit., 1262.

⁵¹ O meglio «*a innaffiatoio*» (*Gießkannenprinzip*) secondo l'espressione di A. BERGER, *Zu den Anforderungen an eine automatisierte Verwaltungsentscheidung am Beispiel des § 35a VwVfG*, cit., 1262. Di questo avviso sono anche H. SCHMITZ, L. PRELL, *Neues zum E-Government. Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG*, cit., 1274.

⁵² Diffusamente M. MARTINI, D. NINK, *Wenn Maschinen entscheiden... - vollautomatisierte Verwaltungsverfahren und der Persönlichkeitsschutz*, cit., 3 ss; A. BERGER, *Zu den Anforderungen an eine automatisierte Verwaltungsentscheidung am Beispiel des § 35a VwVfG*, cit., 1264; U. STELKENS, *sub § 35a*, cit., ann. marg. 60; L. PRELL, *sub § 35a*, cit., ann. marg. 11a. In merito agli effetti del diritto europeo sulla digitalizzazione amministrativa v. anche D.-U. GALETTA, *Digitalizzazione e*

Mentre stando alla relazione della commissione parlamentare il legislatore pare aver voluto riservare alla legge ordinaria questa funzione individuatrice⁵³, l'espressione usata (*Rechtsvorschrift*) non restringe il campo alla sola legge ordinaria, ma ammette la normazione secondaria. Alla pubblica Amministrazione, quindi, con regolamento federale, dei *Länder* o comunale⁵⁴, viene conferito un ampio spazio per individuare i provvedimenti idonei all'automazione, magari seguendo criteri di semplificazione legati all'organico o comunque a fattori che sfuggono alle garanzie della legislazione ordinaria⁵⁵.

6. (segue) Il divieto di provvedimenti robotici in presenza di discrezionalità o di margini di valutazione della pubblica Amministrazione.

Oltre a rinviare alla disciplina speciale per l'effettiva individuazione dei casi di applicazione della norma, il § 35a *VwVfG* contiene un limite legato al tipo di potere esercitato⁵⁶: il provvedimento interamente automatizzato è ammissibile solo in presenza di un potere non

diritto ad una buona amministrazione (Il procedimento amministrativo, fra diritto UE e tecnologie ICT), in R. Cavallo Perin, Ead. (a cura di), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, Torino, Giappichelli, 2020, 107 ss.

⁵³ *Supra*, par. 3.

⁵⁴ Sulla cogenza del § 35a *VwVfG* per gli ordinamenti amministrativi dei *Länder* v. U. STELKENS, *sub* § 35a, *cit.*, ann. marg. 39. Sul quadro delle competenze generali in materia di *E-government* e digitalizzazione amministrativa, v. U. SCHLIESKY, *Der bundesrechtliche Rahmen und die Kooperationstatbestände*, in M. Seckelmann (a cura di), *Digitalisierte Verwaltung, Vernetztes E-Government*, *cit.*, 221; S.E. SCHULZ, *Der landesrechtliche Rahmen von E-Government*, *ibid.*, 243; A. BERGER, *Zu den Anforderungen an eine automatisierte Verwaltungsentscheidung am Beispiel des § 35a VwVfG*, *cit.*, 1261, che sottolinea la varietà dei livelli di digitalizzazione dei singoli *Länder*.

⁵⁵ La dottrina è propensa ad escludere i regolamenti delle singole autorità amministrative: H. SCHMITZ, L. PRELL, *Neues zum E-Government. Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG*, *cit.*, 1276; L. PRELL, *sub* § 35a, *cit.*, ann. marg. 11; o addirittura a richiedere una legge ordinaria H. KUBE, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, *cit.*, 322. *Contra* M. STEGMÜLLER, *Vollautomatische Verwaltungsakte – eine kritische Sicht auf die neuen § 24 I 3 und § 35a VwVfG*, *cit.*, 355; U. STELKENS, *sub* § 35a, *cit.*, ann. marg. 30. In questo senso anche S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano troppo umano. Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 36 ss.; v. inoltre R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Dir. amm.*, 2/2020, § 4; L. PREVITI, *La difficile regolazione delle decisioni amministrative algoritmiche: alla ricerca di un modello italiano*, in *Ius Publicum*, 29.4.2021, 17 ss. Di diverso avviso A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico*, Napoli, Jovene, 1993, 53 ss.; A.G. OROFINO, *La patologia dell'atto amministrativo elettronico: sindacato giurisdizionale e strumenti di tutela*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2002, 2264.

⁵⁶ H. SCHMITZ, L. PRELL, *Neues zum E-Government. Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG*, *cit.*, 1274.

discrezionale o quando la pubblica Amministrazione non abbia margini di valutazione.⁵⁷ Quest'ultimo concetto per molti versi può essere avvicinato a quanto la dottrina italiana definisce discrezionalità tecnica⁵⁸, ma se ne discosta perché inteso dall'ordinamento tedesco come soggetto alla piena cognizione e ad un sindacato interno forte del giudice. Semplificando e con espressione approssimativa si potrebbe dire che tali ipotesi corrispondono al potere vincolato -ossia corrispondente all'assenza di discrezionalità in astratto (*Ermessen*) o in concreto (*Beurteilungsspielraum*)- significativamente però il legislatore non ha scelto tale formulazione, preferendo l'indicazione in negativo che, a una prima lettura, potrebbe sembrare inutilmente complessa. Si potrebbe infatti pensare che l'espressione «*emanazione di un provvedimento in assenza di discrezionalità e margine di valutazione*» (in tedesco «*weder ein Ermessen noch ein Beurteilungsspielraum besteht*») corrisponda sostanzialmente a «*emanazione di un provvedimento vincolato*» («*gebundene Entscheidung*») ossia letteralmente «*decisione legata/vincolata*). Una riflessione più approfondita rivela invece come non si tratti di una preferenza del legislatore per la litote, bensì di una vera e propria differenza concettuale. L'insieme delle ipotesi nelle quali la pubblica Amministrazione agisce «*senza discrezionalità e margine di valutazione*» non è identico a quello delle ipotesi nelle quali essa esercita un potere attribuito all'origine quale vincolato, come meglio si dirà nel prosieguo⁵⁹.

È interessante notare i limiti di cui si discute siano in parte sovrapponibili agli orientamenti che in Italia, in mancanza di indicazioni normative, la giurisprudenza amministrativa sta sviluppando nel concetto di «regola algoritmica»⁶⁰.

⁵⁷ Sulla distinzione fra sindacato intrinseco ed estrinseco v. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, II ed., Torino, Giappichelli, 2017, 138 ss.

⁵⁸ Su questi concetti v. C. FRAENKEL-HAEBERLE, *Unbestimmte Rechtsbegriffe, technisches Ermessen und gerichtliche Nachprüfbarkeit – Eine rechtsvergleichende Analyse*, in DÖV, 2005, 808 ss.; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, Cedam, 1995, 11 ss.; A. TRAVI, *Circa il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2001, III, c. 9.

⁵⁹ *Infra*, paragrafo 8.

⁶⁰ Cons. St., sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472 ; Cons. Stato, sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881. Su questa giurisprudenza e sulle precedenti pronunce di primo grado, v. G. MANCOSU, *Les algorithmes publics déterministes au prisme du cas italien de la mobilité des enseignants*, in *Revue générale du droit*, 2018, 2 ss. ; G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Preordinazione, analisi predittiva e nuove forme di intelligibilità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano troppo umano. Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, cit., 5 ss.; A. DI MARTINO, *Intelligenza artificiale, garanzie dei privati e decisioni amministrative: l'apporto umano è ancora necessario? Riflessioni a margine di Cons. Stato 8 aprile 2019*, n. 2270, in *Riv. giur. eur.*, 2019, 2, 47 ss.; G. FASANO, *Le decisioni automatizzate nella pubblica amministrazione: tra esigenze di semplificazione e trasparenza algoritmica*, in *Medialaws*, 2019, 3; ID., *L'intelligenza artificiale nella cura dell'interesse generale*, in *GDA*, 6/2020, 715 ss.; R. FERRARA, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a*

La dottrina tedesca si interroga diffusamente sull'origine e sulla *ratio* e di questo limite.

Secondo alcuni il criterio determinante sarebbe l'attuale stadio di sviluppo della tecnica informatica, in particolare degli algoritmi deterministici rispetto all'intelligenza artificiale in senso stretto⁶¹ e la connessa possibilità di tradurre le norme e i criteri decisionali della pubblica Amministrazione in linguaggio informatico come istruzioni deterministiche⁶². Solo gli algoritmi deterministici corrispondono oggi alle norme e ai criteri decisionali della pubblica Amministrazione e ne consentono una traduzione in linguaggio informatico⁶³. Le istruzioni deterministiche garantiscono la tracciabilità dei passaggi decisionali e la prevedibilità del provvedimento⁶⁴; esigenze che invece oggi l'intelligenza artificiale non soddisfa.

Un'altra parte degli studiosi sembra invece avere individuato la ragione della prescrizione nell'esclusione dalla totale automazione di quei provvedimenti che non sono soggetti a un sindacato pieno del giudice amministrativo, quali appunto quelli caratterizzati da discrezionalità amministrativa e tecnica⁶⁵. Secondo questa lettura, pertanto, la previsione del § 35a *VwVfG* vuole che il provvedimento robotico sia totalmente sindacabile, in modo da assicurare in sede processuale

marginale di un recente dibattito giurisprudenziale, in *Dir. amm.*, n. 4, 2019, 773 ss.; I.A. NICOTRA, V. VARONE, *L'algoritmo, intelligente ma non troppo*, in *Rivista AIC*, 2019, 4, 86 ss.; E. PROSPERETTI, *Accesso al software e al relativo algoritmo nei procedimenti amministrativi e giudiziali. un'analisi a partire da due pronunce del Tar Lazio*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2019, 4, 979 ss.; V. CANALINI, *L'algoritmo come "atto amministrativo informatico" e il sindacato del giudice*, in *GDA*, 2019, 781 ss.; E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2020, 273 ss.; E. FALLETTI, *Decisioni automatizzate e diritto alla spiegazione: alcune riflessioni comparatistiche*, in *Dir. inf.*, 2020, 2, 169 ss.; D-U. GALETTA, *Algoritmi, procedimento amministrativo e garanzie: brevi riflessioni, anche alla luce degli ultimi arresti giurisprudenziali in materia*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2020, 3, 501 ss.; P.S. MAGLIONE, *La Pubblica Amministrazione "al varco" dell'Industria 4.0: decisioni automatizzate e garanzie procedurali in una prospettiva human oriented*, in *Amministrazione In Cammino*, 26.5.2020, 1 ss.; L. MUSSELLI, *La decisione amministrativa nell'età degli algoritmi: primi spunti*, in *Medialaws*, 1/2020, 18 ss.; S. VERNILE, *Verso la decisione amministrativa algoritmica?*, *ibid.*, 2/2020, 1 ss.; M. TIMO, *Algoritmo e potere amministrativo*, in *Dir. econ.*, 66, 101 (1/2020), 753 ss. in part. 764 ss.;

⁶¹ L'espressione è riferita a quel genere di algoritmi che imitano alcune capacità cognitive della mente umana, in particolare quelle di apprendimento e di (autonomo) *problem solving*: cfr. S.J. RUSSELL, P. NORVIG, *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, III ed., Upper Saddle River, Prentice Hall, 2009, 2.

⁶² A. GUCKELBERGER, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, *cit.*, 265.

⁶³ Per un esempio di traduzione algebrica di norme sull'esercizio del potere, v. F. VOLPE, *Ammissioni e autorizzazioni*, Torino, Giappichelli, 2018.

⁶⁴ Esigenze peraltro che sussistono in generale nei confronti di tutto l'agire amministrativo come dimostra, in relazione al caso italiano, A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, Napoli, 1998, 68; A. MASUCCI, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie. Il procedimento amministrativo elettronico ad istanza di parte*, Torino, 2011, 96.

⁶⁵ O meglio, secondo la terminologia tedesca, da un margine di autonoma valutazione dell'Amministrazione. Si vedano H. SCHMITZ, L. PRELL, *Neues zum E-Government. Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG*, *cit.*, 1276; M. MARTINI, D. NINK, *Subsumtionsautomaten ante portas? – Zu den Grenzen der Automatisierung in verwaltungsrechtlichen (Rechtsbehelfs-)Verfahren*, *cit.*, 6, nonché *infra* nel testo.

uno spazio di garanzia soggetta a un controllo umano.

La differenza di prospettiva è notevole, perché solo in questa seconda interpretazione il progresso tecnico troverebbe il suo limite in una norma di garanzia; mentre la prima lettura non esclude che il legislatore si adegui allo sviluppo dell'intelligenza artificiale, aprendole via via sempre più spazi nell'agire amministrativo.

La pienezza del sindacato non viene però espressamente indicata dal legislatore come un criterio scriminante, nemmeno nella relazione parlamentare, ed essa d'altronde non costituisce un criterio distintivo univoco nel caso di una terza categoria di ipotesi, che la dogmatica tedesca riconduce al potere vincolato: l'applicazione di concetti giuridici indeterminati da parte della pubblica Amministrazione agente (*unbestimmte Rechtsbegriffe*). La dottrina e la giurisprudenza maggioritarie ritengono che gli atti emanati in applicazione di concetti giuridici indeterminati siano di regola soggetti ad un sindacato giurisdizionale pieno, pari a quello di cui il giudice dispone nei confronti dei provvedimenti vincolati; il giudice in questi casi può completamente sovrapporre la propria valutazione del fatto e interpretazione del concetto giuridico indeterminato a quella della pubblica Amministrazione⁶⁶. All'interno di questa categoria, però, sono state individuate alcune ipotesi nelle quali alla pubblica Amministrazione viene riconosciuto un margine di valutazione (eccezionalmente) intangibile al giudice⁶⁷: il c.d. spazio di valutazione (*Beurteilungsspielraum*) cui rinvia espressamente il legislatore nel § 35a *VwVfG*.

Applicando il criterio del tipo di sindacato giurisdizionale, allora, le ipotesi di fattispecie normativa che contiene un concetto giuridico indeterminato dovrebbero essere casi in cui è ammissibile l'atto robotico, salvo per la ora ricordata categoria del *Beurteilungsspielraum*, che si sottrae al pieno sindacato del giudice: in questo caso la *ratio* cautelativa della norma induce la dottrina ad escludere l'applicabilità del § 35a *VwVfG*⁶⁸.

⁶⁶ U. STELKENS, *sub* § 35a, *cit.*, ann. marg. 44.

⁶⁷ Queste ipotesi (eccezionalmente) insindacabili sono: le decisioni in materia di giudizi di esame e di concorsi; le valutazioni interne previste dalla disciplina del pubblico impiego; alcune valutazioni di commissioni di esperti o portatori di interessi di categoria; valutazioni prognostiche e precauzionali nel settore ambientale e sanitario; decisioni in applicazione di direttive e atti di alta amministrazione. Su queste categorie, v. O. BACHOF, *Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmte Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht*, in *JuristenZeitung*, 1955, 97 ss.; H. MAURER, C. WALDHOFF, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München, 2017, 162 ss., con ampi riferimenti giurisprudenziali.

⁶⁸ A. BERGER, *Zu den Anforderungen an eine automatisierte Verwaltungsentscheidung am Beispiel des § 35a VwVfG*, *cit.*, 1263, auspicando che il legislatore chiarisca questo punto; H. SCHMITZ, L. PRELL, *Neues zum E-Government*.

Come si è osservato all'inizio del paragrafo, il legislatore ha scelto di esplicitare questo limite in negativo mentre sarebbe apparentemente stato più semplice individuare le ipotesi di provvedimento automatizzato in positivo, formulando l'ipotesi in termini di potere vincolato. Ma la dottrina osserva come non sia corretto ritenere che tutti i procedimenti vincolati siano automaticamente automatizzabili (si pensi ad esempio a quelli che richiedono una istruttoria su fatti particolarmente complessi): ragion per cui la norma rinvia ad un'apposita previsione normativa speciale per la sua applicazione. Secondo questa lettura, pertanto, la disciplina speciale non potrebbe creare categorie generali di atti e procedimenti in base al potere esercitato, ma valutare le singole ipotesi, per soddisfare anche sotto questo aspetto l'art 22 GDPR⁶⁹.

7. Provvedimenti completamente automatizzati, principi dell'istruttoria ed applicazione degli effetti giuridici: il tipo di programma informatico compatibile con il § 35a VwVfG.

Per individuare i provvedimenti automatizzabili è opportuno distinguere il momento dell'istruttoria del fatto (*Sachermittlung*) da quello di applicazione degli effetti della norma (*Rechtsanwendung*) ai fini della sussunzione della fattispecie concreta in quella astratta⁷⁰.

Per quanto riguarda le indagini e la valutazione del fatto, l'automazione totale del provvedimento potrebbe incidere sull'istruttoria rischiando di impoverirla. Per questo la previsione del § 35a VwVfG viene completata dal nuovo disposto di cui al § 24, co. 1, III periodo, VwVfG⁷¹. L'efficienza e la celerità del procedimento, offerte dal provvedimento automatizzato, trovano un limite nel principio inquisitorio che pervade l'istruttoria ed è garantito da quest'ultima disposizione, ove si prevede che nel caso di totale automazione sia sempre consentito un momento valutativo o

Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG, cit., 1276; M. MARTINI, D. NINK, *Subsumptionsautomaten ante portas? – Zu den Grenzen der Automatisierung in verwaltungsrechtlichen (Rechtsbehelfs-)Verfahren*, cit., 6.

⁶⁹ A. GUCKELBERGER, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, cit., 266; H. KUBE, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, cit., 304.

⁷⁰ A. BERGER, *Zu den Anforderungen an eine automatisierte Verwaltungsentscheidung am Beispiel des § 35a VwVfG*, cit., 1262.

⁷¹ Sulla connessione tra le due norme A. BERGER, *op. ult. cit.*, 1263; A. WINDOFFER, § 35a VwVfG cit., ann. marg. 5.

istruttorio umano «se il caso di specie lo richiede o se ciò emerge dalle allegazioni degli interessati»⁷².

Ciò implica anzitutto che anche le norme speciali dovrebbero prevedere l'eventualità di questo elemento valutativo umano e in secondo luogo che il programma informatico utilizzato lo debba consentire dal punto di vista tecnico, prevedendo ad esempio nella maschera iniziale di inserimento dei dati da parte dell'istante la possibilità di inserire informazioni in campi liberi e quella del funzionario di intervenire in ogni momento: si tratta quindi di una indicazione sui requisiti tecnici del programma di automazione⁷³. Tale requisito per così dire tecnico limita ulteriormente le ipotesi di totale automazione nel diritto tedesco⁷⁴.

Quanto al secondo momento, relativo all'applicazione degli effetti previsti dalla legge, si può osservare come la totale automazione si inserisca in una immanente tendenza dell'ordinamento - connessa ad esigenze di semplificazione, ma anche alla realizzazione del principio di uguaglianza e non discriminazione⁷⁵ - verso norme sempre più dettagliate nell'indicazione dei presupposti che applicano lo schema norma-fatto-effetto, senza necessitare quindi dell'intermediazione del potere per l'applicazione al caso concreto. È lo sviluppo che in Italia notoriamente ha portato all'espansione delle ipotesi di DIA prima e di SCIA di cui all'art. 19 l. n. 241/1990, che infatti come il § 35a VwVfG non si applicano agli atti discrezionali, in una tendenza standardizzante che accanto agli aspetti positivi conta diversi aspetti negativi⁷⁶.

Tra questi può essere annoverato il trasferimento di (buona) parte dell'attività istruttoria in capo a soggetti esterni alla pubblica Amministrazione⁷⁷. L'automazione totale del procedimento

⁷² «Setzt die Behörde automatische Einrichtungen zum Erlass von Verwaltungsakten ein, muss sie für den Einzelfall bedeutsame tatsächliche Angaben des Beteiligten berücksichtigen, die im automatischen Verfahren nicht ermittelt würden». A questa disposizione corrispondono il § 150, co. 7, AO e il § 31a SGB X. Su questo punto diffusamente v. H. SCHMITZ, L. PRELL, *Neues zum E-Government. Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG*, cit., 1277; M. MARTINI, D. NINK, *Wenn Maschinen entscheiden... - vollautomatisierte Verwaltungsverfahren und der Persönlichkeitsschutz*, cit., 3 e 8.

⁷³ A. BERGER, *Zu den Anforderungen an eine automatisierte Verwaltungsentscheidung am Beispiel des § 35a VwVfG*, cit., 1263; U. STELKENS, *sub § 35a*, cit., ann. marg. 41.

⁷⁴ Sui limiti tecnici alla totale automazione del procedimento amministrativo e i possibili sviluppi futuri, v. A. GUCKELBERGER, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, cit., 235 ss. spec. p. 244.

⁷⁵ A. BERGER, *Zu den Anforderungen an eine automatisierte Verwaltungsentscheidung am Beispiel des § 35a VwVfG*, cit., 1262.

⁷⁶ G. BRITZ, *Elektronische Verwaltung*, in W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Assmann, A. Voßkuhle (a cura di), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, cit., ann. marg. 60 ss., 445 ss.; A.G. OROFINO, *La semplificazione digitale*, in *Dir. econ.*, 100, 3 (2019), 87 ss. spec. p. 99.

⁷⁷ In proposito, ampliando la riflessione a tutto il procedimento amministrativo, v. E. SCHMIDT-ABMANN, A.-K. KAUFHOLD, *Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*, cit., ann. marg. 71, i quali evidenziano

comporta cioè l'anticipazione di alcuni adempimenti alla fase precedente l'inizio stesso del procedimento, gravando sul soggetto privato, e aumentando la scissione temporale tra il momento in cui si instaura il rapporto amministrativo⁷⁸ e quello procedimentale in senso stretto⁷⁹.

Tale schema applicativo degli effetti giuridici, inoltre, comporta che i programmi utilizzabili debbano contenere solo algoritmi deterministici, escludendo l'intelligenza artificiale e le sue *black box decisions*⁸⁰, anche perché allo stato attuale il ricorso all'AI in relazione al momento squisitamente decisorio non soddisferebbe i requisiti di legittimazione democratica e di rispetto dello Stato di diritto imposti all'Amministrazione in Germania⁸¹.

Dal principio democratico e dallo Stato di diritto la giurisprudenza deriva la necessità che i passaggi alla base delle decisioni amministrative siano registrati e tracciati, in modo da essere

la differenza tra lo sviluppo di sistemi informatici complessi da parte di privati e la esternalizzazione di servizi pubblici, perché lo Stato nel primo caso acquisisce servizi che non ha mai fornito o non è mai stato in grado di fornire e manca quindi della conoscenza necessaria per una supervisione efficace e, se necessario, per l'adempimento della propria funzione suppletiva. Similmente, a proposito di uno slittamento dei rapporti di forza tra Stato e società in base alla disponibilità di dati e alla loro gestione da parte di algoritmi, T. BARCZAK, *Algorithmus als Arkanum*, in DÖV, 2020, 1001; interessanti anche le riflessioni e gli ampi riferimenti bibliografici di T. WISCHMEYER, *Regulierung intelligenter Systeme*, in AöR, vol. 143 (2018), 1 ss. in part. 20 s. Sulla nozione di servizio pubblico v. G. MIELE, *Pubblica funzione e servizio pubblico*, in Arch. Giur., 1933, 172 ss.; F. MERUSI, voce *Servizio pubblico*, in Nuoviss. Dig. ital., 1970, XVIII; U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, Cedam, 1964, 3 ss.; L. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, Cedam, 2001, 39 ss.; L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, Giappichelli, 2002, 65 ss.; E. SCOTTI, *Il pubblico servizio tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, Cedam, 2003, 147 ss.; G. PIPERATA, *Tipicità ed autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, Giuffrè, 2005, 74 ss.

⁷⁸ F.G. COCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, Giuffrè, 1990, 33; V. ANTONELLI, *Dal contatto sociale al rapporto amministrativo*, in Dir. proc. amm., 2005, 3, 664 ss.; M. RENNA, *Obblighi procedimentali e responsabilità dell'amministrazione*, in Dir. amm., 2005, 566 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, 130 ss.; M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2008; F. GAFFURI, *Il rapporto procedimentale*, Milano, Giuffrè, 2013; G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi*, in Dir. proc. amm., n. 4, 2017, 1245 ss.; R. GRECO, *Le situazioni giuridiche soggettive e il rapporto procedimentale*, in Ildirittoamministrativo.it, 2020, 9.

⁷⁹ H. SCHMITZ, sub § 9, in P. Stelkens, H.J. Bonk, M. Sachs (a cura di), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit., ann. marg. 16; ID., L. PRELL, *Neues zum E-Government. Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG*, cit., 1275. L'autore sottolinea come nella sequenza che conduce al provvedimento automatizzato (accesso al portale, scelta del provvedimento, controllo di identità del richiedente, inserimento dei dati, controllo dei dati nelle banche dati, segnalazione di dati mancanti o implausibili, eventuale calcolo delle spese, conferma e invio dell'istanza, elaborazione algoritmica, rilascio del provvedimento) solo con l'invio dell'istanza inizi il procedimento.

⁸⁰ Cfr. P. FORTE, *Diritto amministrativo e Data Science. Appunti di intelligenza amministrativa artificiale (AAI)*, in questa Rivista, 2020, 259 ss.

⁸¹ Allo stato attuale della tecnica come sottolineano A. GUCKELBERGER, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, cit., 278; N. BRAUN BINDER, *Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren, voll automatisiert erlassene Verwaltungsakte und elektronische Aktenführung*, cit., 319. V. però le proposte di M. MARTINI, *Blackbox Algorithmus – Grundfragen einer Regulierung Künstlicher Intelligenz*, Heidelberg, Springer, 2019; L. GUGGENBERGER, *Einsatz künstlicher Intelligenz in der Verwaltung*, cit., 846.

ricostruibili in maniera affidabile⁸². Ciò comporta che il programma informatico utilizzato debba essere concepito in modo da consentire che siano esplicitabili (e sindacabili) tutti i passaggi che conducono alla decisione del provvedimento⁸³.

8. L'applicazione del § 35a VwVfG ai provvedimenti discrezionali.

La mancata indicazione nel § 35a VwVfG dei soli atti vincolati e la formulazione in negativo della mancanza di discrezionalità spingono a chiedersi se questo limite debba essere considerato in relazione al tipo di potere in astratto, quanto cioè il potere sia previsto dalla legge come tale, o se rilevante sia il momento del suo esercizio, quando ad esempio in forza di autolimiti o di altri atti amministrativi precedenti il potere non lasci margine discrezionale all'organo che decide nel caso concreto⁸⁴.

Se questa seconda ipotesi fosse corretta, ritornerebbe alla stessa pubblica Amministrazione un margine di autonomia nel determinare quando ci si trovi in una di queste ipotesi di assenza di discrezionalità pur in presenza di un potere astrattamente discrezionale.

La dottrina che propende per quest'ultima lettura ritiene che possano essere completamente automatizzati anche provvedimenti altamente discrezionali, come ad esempio quelli di secondo grado, quando nel caso concreto la discrezionalità sia ridotta a zero (*Ermessensreduzierung auf Null*)⁸⁵. E questa interpretazione parrebbe trovare conferma nella natura astrattamente discrezionale del potere ordinatorio esercitato dai programmi di gestione del traffico autostradale sulla base di

⁸² *Supra*, nota 36.

⁸³ Per una totale tracciabilità: H. SCHMITZ, L. PRELL, *Neues zum E-Government. Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG*, cit., 1277. Nel senso che devono esserlo solo quelli principali, invece, M. MARTINI, D. NINK, *Wenn Maschinen entscheiden... - vollautomatisierte Verwaltungsverfahren und der Persönlichkeitsschutz*, cit., 11.

⁸⁴ M. STEGMÜLLER, *Vollautomatische Verwaltungsakte – eine kritische Sicht auf die neuen § 24 I 3 und § 35a VwVfG*, cit., 357; H. KUBE, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, cit., 305. Sul tema degli autolimiti v. P.M. VIPIANA, *L'autolimiti della pubblica amministrazione. L'attività amministrativa fra coerenza e flessibilità*, Milano, Giuffrè, 1990, 55 ss.

⁸⁵ In questo senso H. SCHMITZ, L. PRELL, *Neues zum E-Government. Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG*, cit., 1276; M. MARTINI, D. NINK, *Subsumtionsautomaten ante portas? – Zu den Grenzen der Automatisierung in verwaltungsrechtlichen (Rechtsbehelfs-)Verfahren*, cit., 1128. *Contra* M. STEGMÜLLER, *Vollautomatische Verwaltungsakte – eine kritische Sicht auf die neuen § 24 I 3 und § 35a VwVfG*, cit., 357.

algoritmi⁸⁶.

9. Il vizio derivante dalla violazione del § 35a VwVfG.

È infine inevitabile chiedersi quali conseguenze avrebbe l'emanazione di un provvedimento automatizzato da parte della pubblica Amministrazione in violazione del § 35a VwVfG.

Una prima ipotesi di violazione potrebbe consistere nella sua emanazione in assenza della base normativa speciale richiesta dal § 35a VwVfG.

In mancanza di giurisprudenza, per ora, gli autori ritengono che esso sarebbe illegittimo ma non nullo, a meno che non si riscontrasse in aggiunta una delle ipotesi di nullità di cui al § 44 VwVfG⁸⁷. Se invece il vizio consistesse solo nella mancanza della base legislativa speciale si avrebbe una illegittimità per violazione di norme sul procedimento, quale è il § 35a VwVfG che prevede i presupposti e i limiti per la legittimità della modalità completamente automatizzata (riserva di legge e mancanza di discrezionalità) ma nulla dice sul contenuto del provvedimento⁸⁸.

La violazione delle norme procedimentali rende irrilevante, ai sensi del § 46 VwVfG, il vizio del provvedimento, quando sia evidente che esso non ha avuto influsso sulla decisione⁸⁹ non conduce pertanto ad annullamento.

Il principio dell'irrelevanza dei vizi procedimentali (*Unbeachtlichkeit von Verfahrensfehlern*) inibisce anche la sanatoria, e infatti questa ipotesi non compare nell'elenco delle ipotesi sanabili di cui al § 45 VwVfG; d'altro canto la sanatoria in questo caso richiederebbe un nuovo svolgimento del procedimento da parte o con l'apporto di un funzionario, ossia -in definitiva- significherebbe

⁸⁶ M. MARTINI, D. NINK, *Subsumptionsautomaten ante portas? – Zu den Grenzen der Automatisierung in verwaltungsrechtlichen (Rechtsbehelfs-)Verfahren*, cit., 1130.

⁸⁷ H. SCHMITZ, L. PRELL, *Neues zum E-Government. Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG*, cit., 1276; U. STELKENS, *sub § 35a*, cit., ann. marg. 56.

⁸⁸ M. MARTINI, D. NINK, *Subsumptionsautomaten ante portas? – Zu den Grenzen der Automatisierung in verwaltungsrechtlichen (Rechtsbehelfs-)Verfahren*, cit., 6.

⁸⁹ V. M. MARTINI, D. NINK, *op. ult. cit.*, 6; G. NOLTE, *General Principles of German and European Administrative Law – A Comparison in Historical Perspective*, in *The Modern Law Review*, vol. 57, 1994, 191 ss. e in part. p. 197.

l'emanazione di un nuovo provvedimento⁹⁰.

Diversa sembrerebbe l'ipotesi di un provvedimento completamente automatizzato emanata in assenza di previsione speciale nell'esercizio di un potere discrezionale: in questo caso la dottrina rinviene una ipotesi di nullità ai sensi del § 44, co. 1, *VwVfG*⁹¹, dove sono previste ipotesi residuali del vizio particolarmente grave ed evidente.

A questo proposito è però rilevante la dottrina tedesca dell'atto apparente, che riconduce anche all'atto amministrativo nullo, ma non riconoscibile come tale, la produzione degli effetti favorevoli nei confronti del destinatario⁹².

Resta ovviamente possibile che il legislatore speciale si discosti dal § 35a *VwVfG*, derogando alla previsione della legge generale, senza che questo costituisca una ipotesi di illegittimità. Tale contrasto andrebbe risolto secondo le usuali regole sulle antinomie normative, essendo la legge generale sul procedimento amministrativo una legge ordinaria cui tutt'al più la dottrina conferisce una funzione di monito e di richiamo al principio dello Stato di diritto⁹³.

10. Ipotesi di atti e provvedimenti totalmente automatizzati.

In attesa di ulteriori precisazioni normative, la dottrina ha indicato alcune categorie di atti senz'altro esclusi da una decisione robotica⁹⁴, che sono in particolare non solo quelli che richiedono un bilanciamento puramente discrezionale degli interessi (primi fra tutti gli atti di pianificazione e quelli soggetti al principio di proporzionalità⁹⁵), ma anche quelli relativi a una complessa istruttoria

⁹⁰ M. MARTINI, D. NINK, *Subsumptionsautomaten ante portas? – Zu den Grenzen der Automatisierung in verwaltungsrechtlichen (Rechtsbehelfs-)Verfahren*, cit., 7.

⁹¹ H. SCHMITZ, L. PRELL, *Neues zum E-Government. Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG*, cit., 1276.

⁹² F. VON ALEMANN, F. SCHEFFCZYK, *sub § 35*, in J. Bader, M. Ronellenfitsch (a cura di), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, XXXXVIII ed., München, Beck, 2020, ann. marg. 42; M. STEGMÜLLER, *Vollautomatische Verwaltungsakte – eine kritische Sicht auf die neuen § 24 I 3 und § 35a VwVfG*, cit., 356.

⁹³ H. SCHMITZ, L. PRELL, *Neues zum E-Government. Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG*, cit., 1276; J. ZIEKOW, *Das Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit., 1171; U. STELKENS, *sub § 35a*, cit., ann. marg. 38.

⁹⁴ A. BERGER, *Zu den Anforderungen an eine automatisierte Verwaltungsentscheidung am Beispiel des § 35a VwVfG*, cit., 1263-1264.

⁹⁵ U. STELKENS, *sub § 35a*, cit., ann. marg. 42 - 43.

del fatto⁹⁶ o comprendente variabili che difficilmente possono tradursi in un valore numerico univoco (come ad esempio i servizi di consulenza o le scelte organizzative legate al funzionamento delle strutture, il controllo di requisiti igienico-sanitari e la concessione di onorificenze).

Inoltre possono essere motivi di esclusione alcune modalità di svolgimento dell'istruttoria, quando ad esempio sia richiesta la partecipazione di terzi o l'acquisizione di pareri di altre amministrazioni⁹⁷.

Vengono invece indicati come suscettibili di totale automazione⁹⁸:

- il permesso di costruire nei casi più semplici;
- le dispense da determinati obblighi nel procedimento di permesso di costruire in presenza di dettagliati presupposti indicati dalle norme (secondo uno schema che, sebbene concettualmente diverso, corrisponde alle ipotesi normate in Italia con SCIA);
- i provvedimenti attributivi di vantaggi economici (ad es. il *Kindergeld*⁹⁹) o al contrario di sanzioni pecuniarie basati su calcoli semplici, come alcune ipotesi di violazione del codice della strada;
- i certificati e documenti di identità¹⁰⁰;
- i provvedimenti emanati nell'ambito di procedimenti di massa, nei quali sono ridotte le esigenze procedurali, legate ad esempio alla partecipazione, come nel caso dei procedimenti tributari o del rilascio delle autorizzazioni per l'accesso alle zone a traffico limitato e per il

⁹⁶ In questa categoria potrebbero rientrare provvedimenti vincolati, ma non automatizzabili: A. GUCKELBERGER, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, cit., 265.

⁹⁷ N. BRAUN BINDER, *Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren, voll automatisiert erlassene Verwaltungsakte und elektronische Aktenführung*, cit., 320.

⁹⁸ A. BERGER, *Zu den Anforderungen an eine automatisierte Verwaltungsentscheidung am Beispiel des § 35a VwVfG*, cit., 1263; N. BRAUN BINDER, *Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren, voll automatisiert erlassene Verwaltungsakte und elektronische Aktenführung*, cit., 317; U. STELKENS, *sub § 35a*, cit., ann. marg. 46. Esempi ulteriori in H. KUBE, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, cit., 306. Sulle possibili applicazioni dell'automazione anche in ipotesi diverse dall'esercizio del potere provvedimentoale, v. M. GROß, A. KRELLMANN, M. HAGEN ET AL., *Digitale Verwaltung - Anwendungsbereiche der Digitalisierung*, in H. Lühr, R. Jabkowski, S. Smentek (a cura di), *Handbuch Digitale Verwaltung*, Wiesbaden, KSV, 2019, 253 ss.

⁹⁹ Una somma fissa mensile erogata per ogni figlio a chi sia fiscalmente residente in Germania, disciplinata dalla *Bundeskindergeldgesetz* (BKGG) del 11 ottobre 1995 (BGBl. 1995, I, 3177).

¹⁰⁰ È opportuno ricordare che la Germania non ha adottato le autocertificazioni, diversamente dall'Italia che lo ha fatto, com'è noto con il DPR 28.12.2000 n. 445 (G.U. 20.2.2001, n. 42) e la l. 12.11.2011, n. 183 (G.U. 14.11.2011, n. 265).

parcheggio per residenti¹⁰¹.

11. Problemi: la trasparenza e il rispetto dei diritti fondamentali nei provvedimenti completamente automatizzati.

Al di là dei problemi interpretativi brevemente illustrati, l'istituto previsto dal § 35a *VwVfG* solleva problemi riconducibili alla scienza dell'Amministrazione, oltre che al rispetto dei diritti fondamentali dei soggetti.

Anzitutto è stato ipotizzato un aumento esponenziale dei ricorsi amministrativi e giurisdizionali, che neutralizzerebbe i vantaggi in termini di efficienza e risparmio delle risorse¹⁰².

Rilevanti sono poi le tensioni tra le esigenze di trasparenza dell'agire amministrativo e le difficoltà tecniche legate alla piena tracciabilità e ostensibilità dei passaggi del programma e alla loro traduzione in termini non informatici, senza dimenticare i conseguenti problemi legati alle aumentate possibilità di eludere l'algoritmo, offerte dalla trasparenza sul suo funzionamento¹⁰³.

La dottrina tedesca si interroga sulla natura dell'algoritmo, individuandola nella circolare

¹⁰¹ Ad esempio in materia di controlli sui dispositivi elettronici ammessi al commercio previsti dal *Elektro- und Elektronikgerätegesetz* del 20 ottobre 2015 (BGBl 2015, I, 1739). Su questo punto H. SCHMITZ, L. PRELL, *Neues zum E-Government. Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakte und E-Bekanntgabe im VwVfG*, cit., 1274.

¹⁰² M. STEGMÜLLER, *Vollautomatische Verwaltungsakte – eine kritische Sicht auf die neuen § 24 I 3 und § 35a VwVfG*, cit., 356.

¹⁰³ M. MARTINI, D. NINK, *Wenn Maschinen entscheiden... - vollautomatisierte Verwaltungsverfahren und der Persönlichkeitsschutz*, cit., 10; A. GUCKELBERGER, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, cit., 269. Per questo motivo la disciplina tributaria consente una deroga all'obbligo di trasparenza § 88, co. 5, IV periodo, AO.

Sulla necessità di un ripensamento del principio di trasparenza nel nuovo panorama digitale, v. M. COZZIO, *Changes in the legal sphere: rethinking transparency*, in *IJPL*, 2, 2019, 624 ss. V., inoltre, N. DIAKOPOULOS, *Accountability in algorithmic decision making*, in *Communications of the ACM*, 59, 2016, 56-62; M. ANANNY, K. CRAWFORD, *Seeing without knowing: Limitations of the transparency ideal and its application to algorithmic accountability*, in *New Media & Society*, 2016 (rist. 2018), 973-989; L. EDWARDS, M. VEALE, *Slave to the Algorithm: Why a Right to an Explanation Is Probably Not the Remedy You Are Looking for*, in *Duke Law & Technology Review*, 16, 2017, 18 ss.; D.R. DESAI, *Trust but Verify: A Guide to Algorithms and the Law*, in *Harvard Journal of Law and Technology*, 31, 2017, 1 ss.; 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*, 7, 2017, 76 ss.; R. BINNS, *Algorithmic Accountability and Public Reason*, in *Philosophy & Technology*, 31, 2018, 543 ss.; K. FINK, *Opening the government's black boxes: freedom of information and algorithmic accountability*, in *Information, Communication & Society*, 21, 2018, 1453 ss.; S. DESMOULIN-CANSELIER, D. LE MÉTAYER, *Algorithmic Decision Systems in the Health and Justice Sectors: Certification and Explanations for Algorithms in European and French Law*, in *European Journal of Law and Technology*, 9, 2019, 46 ss.

(*Verwaltungsvorschrift*)¹⁰⁴, intesa come norma interna di autolimita della pubblica Amministrazione. Questa qualificazione ne impone la pubblicità, obbligo che ancora una volta conduce alla tracciabilità dei passaggi decisionali garantita da algoritmi deterministici¹⁰⁵ e non da quelli di AI¹⁰⁶.

Inoltre, le esigenze di trasparenza amministrativa devono essere conciliate con il segreto commerciale e industriale del produttore del *software*, che in Germania è stato recentemente ridisciplinato nel 2019¹⁰⁷, e che rendono complessa la fornitura di questi programmi da parte di privati.

Possono infine essere ricordati i rischi di discriminazione. I provvedimenti vincolati e gli algoritmi deterministici in sé non sono discriminatori se tali non sono le istruzioni di partenza, ma possono introdurre condotte discriminatorie nella PA. Si pensi ad esempio al fatto che in sede di verifica o di controllo emerga che in un determinato gruppo etnico, sociale o religioso sono più frequenti irregolarità: il sistema indurrebbe a orientare i controlli frequentemente verso alcuni soggetti secondo un criterio potenzialmente discriminatorio¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Diffusamente sul punto e in senso critico A. GUCKELBERGER, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, cit., 269, nota 202; la critica è condivisa da E. SCHMIDT-ABMANN, A-K. KAUFHOLD, *Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*, cit., ann. marg. 81, secondo i quali la riconduzione dell'algoritmo alle circolari non è soddisfacente e chiude in maniera semplicistica («bagatellisiert») la questione della intelligibilità del sistema di decisione e dell'effettivo esercizio del diritto di accesso e di difesa. V. inoltre R-M. POLOMSKI, *Der automatisierte Verwaltungsakt. Die Verwaltung an der Schwelle von der Automation zur Informations- und Kommunikationstechnik*, Berlin, Duncker&Humblot, 1993, 219; H-P. BULL, *Der »vollständig automatisiert erlassene« Verwaltungsakt – Zur Begriffsbildung und rechtlichen Einbegung von »E-Government«*, in *DVB* 2017, 412; M. STEGMÜLLER, *Vollautomatische Verwaltungsakte – eine kritische Sicht auf die neuen § 24 I 3 und § 35 a VwVfG*, in *NVwZ*, 2018, 357.

¹⁰⁵ A. GUCKELBERGER, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, cit., 277. In generale sul tema v. C. COGLIANESE, D. LEHR, *Transparency and Algorithmic governance*, in *Administrative Law Review*, vol. 71, 2019, 1 ss.

¹⁰⁶ S. ARMSTRONG, K. SOTALA, S. S. O'H EIGEARTAIGH, *The errors, insights and lessons of famous AI predictions – and what they mean for the future*, in *Journal of Experimental & Theoretical Artificial Intelligence*, 26(3), 2014, 317 ss.; J. BURRELL, *How the machine 'thinks': Understanding opacity in machine learning algorithms*, in *Big Data & Society*, 3(1), 2016, 1 ss.; sull'opacità della decisione algoritmica v. anche R. CAVALLO PERIN, I. ALBERTI, *Atti e procedimenti amministrativi digitali*, in R. Cavallo Perin, D-U. Galetta (a cura di), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, Torino, 2020, 144 s.

¹⁰⁷ *Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen* del 18 aprile 2019, in *BGBI*, 2019, I, 466 ss.

¹⁰⁸ M. MARTINI, D. NINK, *Wenn Maschinen entscheiden... - vollautomatisierte Verwaltungsverfahren und der Persönlichkeitsschutz*, cit., 9 s. V. anche le riflessioni di A. GUCKELBERGER, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, cit., 246 nota 52, a proposito del *software* di *predictive policing* in uso presso la polizia tedesca per monitorare e prevenire i furti nelle abitazioni. In generale sul tema E. BOZDAG, *Bias in algorithmic filtering and personalization*, in *Ethics and Information Technology*, n. 15, 2013, 209 ss.; H. STEEGE, *Algorithmbasierte Diskriminierung durch Einsatz von Künstlicher Intelligenz. Rechtsvergleichende Überlegungen und relevante Einsatzgebiete*, in *MultiMedia und Recht*, 2019, 715 ss.; con riferimento all'ordinamento italiano M.B. ARMIENTO, *La polizia predittiva come strumento di attuazione amministrativa delle regole*, in *Dir. Amm.*, 4/2020, 983 ss.

12. Provvedimento automatizzato e garanzie procedimentali.

In considerazione dei problemi legati ai possibili effetti distorsivi o anche solo di irrigidimento dovuti alla decisione amministrativa automatizzata è importante indagare se l'automazione offra meno garanzie procedurali: perché ad esempio consente di derogare a quelle previste o perché non sono stati apprestati i correttivi necessari perché esse siano efficaci¹⁰⁹. La dottrina, infatti, non solo afferma la prevalenza dei diritti procedimentali (*Verfahrensrechte*) sulle esigenze di automazione espresse dall'ordinamento¹¹⁰ ma sottolinea il ruolo del procedimento per assicurare che i benefici della digitalizzazione non siano colti sacrificando scapito esigenze che i principi democratici, costituzionali e dello stato sociale affidano alla Pubblica Amministrazione¹¹¹.

La legge sul procedimento conteneva diverse norme di garanzia applicabili anche ai procedimenti parzialmente automatizzati, che sono state estese senza adattamenti al § 35a *VwVfG* o ad esso adeguate. Quest'ultimo è il caso del ricordato principio inquisitorio (§ 24 *VwVfG*) con l'aggiunta della possibilità di un momento valutativo umano nell'istruttoria del provvedimento completamente automatizzato quando richiesto dal caso di specie o dalle allegazioni delle parti.

Il § 28, co., 2, n. 4, *VwVfG* prevede invece la possibilità di prescindere dall'audizione degli interessati per l'emanazione di «*provvedimenti amministrativi generali o provvedimenti equivalenti emanati in elevato numero o parzialmente automatizzati*»¹¹². La dottrina ritiene che questa dispensa non valga per i procedimenti totalmente automatizzati, nei quali anzi il momento di eventuale partecipazione va particolarmente garantito, come risulta dal combinato disposto con il § 24 *VwVfG*¹¹³ e come già in

¹⁰⁹ C. FRAENKEL-HAEBERLE, *Procedimento e procedimenti amministrativi pienamente digitalizzati*, cit., § III.

¹¹⁰ A. GUCKELBERGER, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, cit., 272.

¹¹¹ E. SCHMIDT-ABMANN, A-K. KAUFHOLD, *Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*, cit., ann. marg. 78 e 80.

¹¹² Alcuni parte della dottrina però ritiene che la disposizione si applichi solo ai procedimenti parzialmente automatizzati e che invece nel caso di provvedimenti completamente automatizzati l'audizione assuma un ruolo determinante.

¹¹³ A. BERGER, *Zu den Anforderungen an eine automatisierte Verwaltungsentscheidung am Beispiel des § 35a VwVfG*, cit., 1264; N. BRAUN BINDER, *Vollständig automatisierter Erlass eines Verwaltungsaktes und Bekanntgabe über Behördenportale – Anmerkungen zu den §§ 24 Abs. 1 Satz 3, 35 a und 41 Abs. 2 a VwVfG*, in *DÖV*, n. 21, 2016, 891 ss. e in part. p. 895; A. GUCKELBERGER, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, cit., 273.

precedenza stabilito in relazione ai procedimenti parzialmente automatizzati e all'acquisizione elettronica di informazioni ed osservazioni, via mail o con maschere appositamente predisposte¹¹⁴.

Può essere poi ricordato il § 39, co. 2, n. 3, *VwVfG* che esclude i provvedimenti parzialmente automatizzati dall'obbligo di motivazione, riducendo però la portata della deroga secondo le circostanze del singolo caso¹¹⁵. La disposizione viene ricondotta allo stato della tecnologia nel momento della sua introduzione (1976), quando l'emanazione automatizzata di documenti era circoscritta a passaggi e contenuti che oggi paiono rudimentali e soggetta pertanto a molti limiti. La dottrina ritiene pertanto che la deroga non debba essere applicabile agli atti totalmente automatizzati¹¹⁶ e che anzi, in relazione a questi atti debba configurarsi un onere ulteriore, inerente alla intelligibilità della motivazione anche se essa sia espressa in termini algoritmici¹¹⁷.

Resta infine invariata la stringata disciplina dell'accesso agli atti (§ 29 *VwVfG*)¹¹⁸, che andrebbe adeguata non solo in relazione alle modalità di presa visione degli atti ma anche in relazione alla necessità di rendere comprensibili i programmi e i passaggi decisionali ostensibili¹¹⁹.

Se da un lato le norme in materia di garanzie procedurali del procedimento completamente automatizzato non sono state particolarmente sviluppate dal legislatore, di può ritenere che il compito di adeguamento sia in parte trasferito alle norme speciali cui il § 35a *VwVfG* rinvia per l'introduzione delle ipotesi concrete di provvedimenti robotici; in parte l'esigenza sia soddisfatta senza intervenire direttamente sul testo della legge generale sul procedimento ma in

¹¹⁴ E. SCHMIDT-ABMANN, A-K. KAUFHOLD, *Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*, cit., ann. marg. 81 e gli Autori *ivi* citati alla nota 359.

¹¹⁵ M. MARTINI, D. NINK, *Wenn Maschinen entscheiden... - vollautomatisierte Verwaltungsverfahren und der Persönlichkeitsschutz*, cit., 12.

¹¹⁶ A. GUCKELBERGER, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, cit., 274; U. STELKENS, *sub § 35a*, cit., ann. marg. 50.

¹¹⁷ D. ROTH-ISIGKEIT, *Die Begründung des vollständig automatisierten Verwaltungsakts*, in *DÖV*, 2020, 1219.

¹¹⁸ Ai sensi di questa disposizione l'autorità amministrativa deve consentire l'accesso dei documenti del procedimento quando questo sia necessario per agire o resistere a tutela di un interesse giuridicamente rilevante (co. 1). L'accesso non è garantito quando impedisca il regolare svolgimento delle funzioni dell'Amministrazione, la conoscenza degli atti avrebbe effetti dannosi per l'Amministrazione federale o dei *Länder*, e quando vi siano motivi di segreto (co. 2). L'accesso avviene di regola presso la pubblica Amministrazione che conserva gli atti e in ipotesi particolari può essere consentito presso altre sedi (co. 3).

¹¹⁹ A. GUCKELBERGER, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, cit., 274; N. BRAUN BINDER, *Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren, voll automatisiert erlassene Verwaltungsakte und elektronische Aktenführung*, cit., 322.

forza del coordinamento con la legge federale sull'e-government (*E-Government-Gesetz* - *EgovG*)¹²⁰. Tale disciplina, infatti, impone alla pubblica Amministrazione una serie di obblighi anche in materia di atti e comunicazioni elettroniche, che integrano le disposizioni generali del *VwVfG*, prevalendo in caso di contrasto¹²¹.

13. Effetti dell'amministrazione robotica sulla normazione. Riflessioni conclusive.

La rivoluzione tecnologica che investe tutti gli ambiti della società sta trasformando profondamente anche gli apparati pubblici e richiede una evoluzione degli strumenti giuridici¹²². Accanto agli evidenti vantaggi del progresso in corso e sebbene si sia lontani da una dittatura della tecnica¹²³, le implicazioni dei problemi trattati in termini di potenziale abbassamento delle garanzie offerte dal procedimento sono reali. La freschezza della riforma e la prudenza della legislazione di settore nell'introdurre ipotesi di decisione robotica non consentono ancora di individuare orientamenti giurisprudenziali significativi¹²⁴. In sede consultiva la giurisprudenza si è concentrata sugli aspetti legati alla completezza del provvedimento e degli atti dell'istruttoria e al principio di trasparenza, funzionali a consentire di distinguere i passaggi e i meccanismi decisori¹²⁵ concordando con gli interpreti sulla necessaria permanenza del momento procedimentale come di un elemento di importante garanzia anche e proprio nel caso di provvedimenti completamente automatizzati.

Le possibilità che derivano da un sempre maggiore impiego della digitalizzazione e di tutti gli strumenti di ICT nell'amministrazione e il favore che questo sviluppo gode a livello di politiche

¹²⁰ *Gesetz zur Förderung der elektronischen Verwaltung* (*E-Government-Gesetz* – *EgovG*) del 25 luglio 2013, in *BGBI* 2013, I, 2749 ss.

¹²¹ Su questi aspetti, diffusamente, C. FRAENKEL-HAEBERLE, *Procedimento e procedimenti amministrativi pienamente digitalizzati*, cit.

¹²² Rilevano D.U. GALETTA, J.G. CORVALÁN, *Intelligenza artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *federalismi.it*, n. 3/2019, 3, che la PA si trova nella quarta fase della rivoluzione tecnologica, caratterizzata da un alto grado di automazione e interconnessione.

¹²³ H. SCHMITZ, L. PRELL, *Neues zum E-Government. Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG*, cit., 1273. In tema anche S. HASSAN, P. DE FILIPPI, *The Expansion of Algorithmic Governance: From Code is Law to Law is Code*, in *Field Actions Science Reports*, 17/2017, 89 s.

¹²⁴ V. le decisioni cit. *supra*, nota 22.

¹²⁵ Così la relazione del gruppo di lavoro composto dai presidenti dei tribunali amministrativi superiori federali e dei *Länder*, *supra* nota 36.

nazionali ed europee¹²⁶ non esimono dalla necessità di vigilare su tutti i possibili effetti di tale «*evoluzione monumentale*»¹²⁷.

In questo contesto gli studiosi tedeschi invitano a una riflessione particolarmente approfondita sugli effetti che la digitalizzazione amministrativa comporta sulle tecniche di normazione e di redazione degli atti legislativi. La necessità di formulare le disposizioni normative per la totale automazione dei provvedimenti utilizzando formule tecniche precise e omogenee può senz'altro comportare un effetto virtuoso¹²⁸, costringendo alla redazione di istruzioni semplici e chiare, che riducano i dubbi interpretativi e costituiscano una guida semplice per la soluzione delle eventuali antinomie normative¹²⁹. Tale sviluppo potrebbe comportare un miglioramento della tecnica legislativa in generale, e l'osservatore italiano è particolarmente sensibile a questo elemento, soprattutto se il principio di legalità venisse interpretato come esigenza di una ampia disciplina di rango primario. Questa esigenza potrebbe anche condurre, però, a un irrigidimento e a un impoverimento della normazione senza garantire che al dettaglio e al tecnicismo delle disposizioni corrispondano norme univoche. Si è parlato, in proposito, di una sorta di neopositivismo digitale¹³⁰, che sopravvaluta la precisione delle istruzioni normative al programma e trascura gli spazi residui di interpretazione e decisione divergente¹³¹. Il computer come bocca della legge è probabilmente solo un'illusione neoilluminista¹³².

D'altro canto la digitalizzazione può incidere anche sotto un altro punto di vista sul potere legislativo potenzialmente orientandolo «*verso le (im)possibilità create dalla tecnologia privata*» anziché

¹²⁶ V. ad es. il pacchetto europeo composto dal Quadro finanziario pluriennale 2021-2027 e dal Piano per la ripresa-Next generation EU (consultabili al sito https://ec.europa.eu/info/strategy/recovery-plan-europe_it), assieme ai connessi piani nazionali, che individuano nella digitalizzazione uno dei pilastri principali per lo sviluppo.

¹²⁷ L'espressione è di D.U. GALETTA, J.G. CORVALÁN, *Intelligenza artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, cit., 3.

¹²⁸ Sul punto già L. REISINIGER, *Sistemi normativi e tavole di decisione*, in *Inf. dir.*, 1979, n. 1, 139 ss.

¹²⁹ A. BERGER, *Zu den Anforderungen an eine automatisierte Verwaltungsentscheidung am Beispiel des § 35a VwVfG*, cit., 1264; A. GUCKELBERGER, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, cit., 264; H. KUBE, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, cit., 309.

¹³⁰ W. HOFFMANN-RIEM, *Verhaltenssteuerung durch Algorithmen – Eine Herausforderung für das Recht*, in *AöR*, 142 (2017), 17.

¹³¹ E. SCHMIDT-ABMANN, A-K. KAUFHOLD, *Der Verfahrgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*, cit., ann. marg. 83.

¹³² «*Les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur*»: *De l'esprit des lois*, II ed., Geneve, Barillot, 1749, 160.

verso le esigenze sostanziali dell'ordinamento¹³³ individuate dagli organi rappresentativi e democratici. O ancora, in un'ottica estrema, nell'intento di giungere a una maggiore precisione e rispondenza della norma giuridica alle esigenze del caso concreto, a fronte della standardizzazione dell'istruttoria ma sulla scorta dell'elevata mole di dati raccolti, potrebbe essere favorita una sorta di profilazione dei soggetti del diritto da parte dello stesso legislatore e di parcellizzazione¹³⁴ delle fattispecie, spostando l'asse di equilibrio tra i poteri¹³⁵. Se quindi è indubbio che l'amministrazione si trovi nel mezzo di un profondo cambiamento, inarrestabile e nel complesso positivo, è bene ricordare che le scelte in atto, che incidono sul rapporto tra Amministrazione e cittadino, non sono scelte neutre e si riverberano sull'intero ordinamento.

¹³³ Così E. SCHMIDT-ABMANN, A-K. KAUFHOLD, *Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*, cit., ann. marg. 71. Su questa linea, v. già G. BRITZ, *Elektronische Verwaltung*, in W. HOFFMANN-RIEM, E. Schmidt-Assmann, A. Voßkuhle (a cura di), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, cit., ann. marg. 64 s., 447 s.; H. KUBE, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, cit., 309 ss., con ampi riferimenti bibliografici.

¹³⁴ Il termine utilizzato dalla dottrina tedesca è «*Granularisierung*»: v. ad es. S. HAUNSS, L. ULBRICHT, *Staatliche Regulierung durch Big Data und Algorithmen*, in T. Klenk, F. Nullmeier, G. Wewer (a cura di), *Handbuch Digitalisierung in Staat und Verwaltung*, Wiesbaden, Springer, 2020, 47.

¹³⁵ V. le considerazioni di E. REIMER, *Der Einfluss der Digitalisierung auf die Rechtsetzung*, in J. Hey (a cura di), *Digitalisierung im Steuerrecht*, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2019, 97 ss.

CRISTINA FRAENKEL-HAEBERLE

Professore di diritto pubblico presso la Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer
Coordinatrice dell'area di ricerca sullo «*Spazio Amministrativo Europeo*»,
Deutsches Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung
fraenkel-haeblerle@foev-speyer.de

PROCEDIMENTI AMMINISTRATIVI ALGORITMICI: LA RISPOSTA TEDESCA*

ALGORITHMIC ADMINISTRATIVE PROCEDURES: THE GERMAN RESPONSE

SINTESI

Il saggio prende in esame le modifiche recentemente introdotte nella legislazione tedesca sul procedimento amministrativo alle prese con la sfida della digitalizzazione. Tale riforma si è innestata nell'articolata disciplina dell'ordinamento giuridico tedesco, riconducibile sia al suo assetto federale, sia al cosiddetto “sistema a tre pilastri” (amministrativo generale, finanziario, di sicurezza sociale), che si coniuga però ad una particolare tradizione di sviluppo parallelo della legislazione dei tre “codici”. L'analisi approfondisce altresì le interconnessioni tra la disciplina del procedimento amministrativo e la legislazione sull'*e-government*, nonché il nodo rappresentato dalla scarsa interoperabilità dei sistemi informatici dei vari livelli di governo (Federazione, *Länder* e Comuni), al quale la legge (federale) sull'accesso online ai servizi pubblici si propone di ovviare. Infine, l'indagine si sposta sulle potenzialità e i limiti della conversione del procedimento amministrativo in formato digitale, mediante la distinzione tra provvedimenti vincolati e di routine, facilmente automatizzabili, e le nuove frontiere dell'intelligenza artificiale.

ABSTRACT

The essay examines changes in German law on administrative procedure recently introduced to address the challenge of digitization. This reform was undertaken in the framework of the very complex German legal system, which has federal structure, as well as the so-called “three pillars” of general administrative, financial and social security procedures, and a tradition of homogeneous development. The article also investigates the links between administrative procedural law and the legislation on e-government, as well as the problem of the poor interoperability of the IT systems of the various levels of government (Federation, *Länder* and Municipalities), that the (federal) law on online access to public services proposes to solve.

* Il saggio costituisce un'autonoma ed originale rielaborazione, oltre che aggiornamento, di quanto sinteticamente esposto dall'autrice nel lavoro pubblicato in lingua inglese, *Fully Digitalized Administrative Procedures in the German Legal System*, in *ERDAL*, 2020, 1-2, 105-112.

Finally, the potential and limits of digitization of administrative procedure are examined, distinguishing binding and routine measures (easily automated) from the new frontiers of artificial intelligence.

PAROLE CHIAVE: Germania – federalismo – procedimento amministrativo – digitalizzazione – e-government

KEYWORDS: Germany – federalism – administrative procedure – digitization – e-government

INDICE: 1. Cenni introduttivi. - 2. Il rapporto tra le plurime discipline sui procedimenti amministrativi nell'ordinamento tedesco. - 2.1. I procedimenti amministrativi nella legislazione federale e il «patto di legislazione simultanea» tra i *Länder*. - 2.2. Codificazione senza unificazione: il principio delle «tre colonne». - 3. La sfida della digitalizzazione nella legge sul procedimento amministrativo. - 4. Le modifiche introdotte esternamente alle leggi sul procedimento amministrativo. - 4.1. La legge sull'e-government e la distruzione degli archivi cartacei. - 4.2. La legge sull'accesso digitale ai servizi (*Onlinezugangsgesetz*). - 5. Potenzialità e limiti del procedimento pienamente automatizzato.

1. Cenni introduttivi.

La disciplina sul procedimento amministrativo viene correntemente e appropriatamente definita dalla dottrina tedesca «la legge fondamentale (*Grundgesetz*) della P.A.»¹, in quanto al suo interno convivono gli imprescindibili strumenti che coniugano la celerità dell'azione amministrativa con uno svolgimento ordinato della stessa. In quest'ottica si ritiene che la legge generale sul procedimento amministrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz* – *VwVfG*)² assolvà ad una triplice funzione. La stessa funge innanzitutto da punto di riferimento per il pubblico funzionario perché possa operare in modo trasparente ed efficace, sotto la guida di disposizioni precise e dettagliate³.

¹ Si veda *ex multis* H. SCHMITZ, in P. Stelkens, H. J. Bonk, M. Sachs (a cura di), *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, IX ed., München, C.H. Beck, 2018, § 1, ann. marg. 1; J. ZIEKOW, *Das Verwaltungsverfahrenrecht in der Digitalisierung der Verwaltung*, in *NVwZ*, 2018, 16, 1169.

² *VwVfG* del 25.5.1978, nel testo pubblicato il 23.1.2003 (*BGBI. I*, p. 102), da ultimo modificato dall'art. 5, co. 26 della legge del 21.7.2019 (*BGBI. I*, p. 846). Per un'analisi della legge si rinvia *ex multis* a J. ZIEKOW, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, IV ed., Stuttgart, Kohlhammer, 2020; F. O. KOPP, U. RAMSAUER, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, XXI ed., München, C.H. Beck, 2020; H.-J. KNACK, H.-G. HENNEKE, *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, XI ed., Köln, Carl Heymanns, 2020; P. STELKENS, H. J. BONK, M. SACHS (a cura di), *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, cit.; H.-P. BULL, V. MEHDE, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre*, IX ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2015.

³ La giurisprudenza costituzionale ha elaborato in questo ambito il «*Wesentlichkeitsprinzip*» (principio dell'essenzialità), come derivazione del principio democratico e dello Stato di diritto. In ossequio ad esso le regole fondamentali a disciplina dell'agire della P.A. devono essere stabilite dal Parlamento come rappresentanza popolare e non delegate ai regolamenti dell'esecutivo, soprattutto qualora risultino essenziali per la tutela dei diritti fondamentali (cfr. H. MAURER, C. WALDHOFF, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, XIX ed., München, C.H. Beck, 2017, § 6, ann. marg. 12). In questo senso il principio dell'essenzialità si coniuga al «*Bestimmtheitsgebot*», di cui al § 37, co. 1, *VwVfG*, secondo cui un provvedimento amministrativo «deve essere sufficientemente determinato nel suo contenuto», in modo da essere agevolmente e correttamente compreso dai destinatari a cui è rivolto.

Nella prospettiva dei cittadini il procedimento si presenta, in secondo luogo, come una sede privilegiata di partecipazione a una decisione amministrativa, equiparabile al modello italiano dell'«*amministrazione condivisa*»⁴ e cooperativa, aliena da rapporti di sudditanza⁵. In terzo luogo, rispetto al sindacato del giudice amministrativo, è sempre la legge sul procedimento ad offrire gli strumenti indispensabili che consentono in sede giurisdizionale di ricomporre il percorso logico seguito dall'amministrazione, ricostruendo le singole fasi, anche grazie agli ampi poteri istruttori espressamente previsti dal diritto processuale⁶.

2. Il rapporto tra le plurime discipline sui procedimenti amministrativi nell'ordinamento tedesco.

La legge generale sul procedimento amministrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz – VwVfG*) del 1976 è considerata per certi versi addirittura una disciplina che regola in modo «*certosino*» l'attività amministrativa, con un elevato grado di dettaglio⁷ nettamente superiore a quello della legge italiana dell'8 agosto 1990, n. 241, che invece, almeno nella concezione originaria, voleva essere una legge di principi⁸. Ciononostante, non manca chi l'ha definita lacunosa⁹, poiché riguarda in realtà solo parte del procedimento, cioè i presupposti e la procedura da cui discende l'emanazione di un provvedimento amministrativo o la stipula di un accordo di diritto pubblico¹⁰.

⁴ M. BOMBARDELLI, *Democrazia partecipativa e assetto policentrico dell'organizzazione amministrativa*, in G. Arena, F. Cortese (a cura di), *Per governare insieme: il federalismo come metodo*, Padova, Cedam, 2011, 25 ss.

⁵ Si veda più estesamente A. JACQUEMET-GAUCHE, U. STELKENS, *Caractères essentiels du droit allemand de la procédure administrative*, in *Droit comparé de la procédure administrative*, diretto da J.-B. AUBY, Paris, Bruylant, 2016, 15 ss.

⁶ Si veda il § 86, co. 1, *VwGO* sul principio inquisitorio.

⁷ Sul grado di dettaglio della legge tedesca sul procedimento amministrativo in una prospettiva comparata si veda più estesamente K. P. SOMMERMAN, *Das Verwaltungsverfahrensgesetz im europäischen Kontext: eine rechtsvergleichende Bilanz*, in H. HILL, K. PETER SOMMERMAN, U. STELKENS, J. ZIEKOW (a cura di), *35 Jahre Verwaltungsverfahrensgesetz – Bilanz und Perspektiven*, Berlin, Duncker & Humblot, 2011, 191 ss., secondo il quale l'intensità normativa (*Regelungstiefe*) della legge tedesca in un confronto su scala europea si situa in una posizione intermedia (ivi 197).

⁸ Cfr. M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione. A proposito di un recente disegno di legge*, in *Scritti giuridici*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1996, 2044.

⁹ A. JACQUEMET-GAUCHE, U. STELKENS, *Caractères essentiels du droit allemand de la procédure administrative*, cit., 25.

¹⁰ § 9 *VwVfG*. Ad esempio il diritto di accesso esoprocedimentale è disciplinato da altre fonti, tra cui rientrano la legge federale (*Informationsfreiheitsgesetz des Bundes*, BGBl. I, p. 2722) del 5.9.2005, le leggi sulla trasparenza

La tecnica normativa prescelta dal legislatore tedesco era quella di prevedere un modello base di procedimento (*Grundmodell*) allo scopo di non sovraccaricare la normativa generale con riferimenti a troppi ambiti diversi, ma rendendola derogabile da parte della legislazione di settore in ipotesi prevalente quale *lex specialis*¹¹. Rispetto a tale finalità, la legge generale sul procedimento amministrativo adempie anche alla funzione residuale di «rete di protezione», stabilendo *standard* minimi applicabili in assenza di una normativa specifica¹².

In questo contributo dedicato alla digitalizzazione verranno analizzate, in particolare, le interconnessioni tra la disciplina generale del procedimento e la legge federale sull'*e-government* (*E-Government-Gesetz - EGovG*)¹³ del 2013, nonché le leggi adottate in questo ambito da singoli *Länder*, e in secondo luogo la legge (federale) sull'accesso online ai servizi pubblici (*Onlinezugangsgesetz - OZG*)¹⁴ del 2017.

La presenza di più discipline di procedimenti amministrativi nell'ordinamento giuridico tedesco è sostanzialmente riconducibile a due fattori, di cui il primo è rappresentato dal suo assetto federale, il secondo dal cosiddetto “sistema a tre pilastri”, fondato su tre “codici” diversi, come si illustrerà nei paragrafi che subito seguono.

2.1 I procedimenti amministrativi nella legislazione federale e il «patto di legislazione simultanea» tra i *Länder*.

La Legge fondamentale (*Grundgesetz - GG*), cioè la Costituzione tedesca, prevede che i *Länder* possano, di regola, nell'esercizio di una propria specifica competenza dare esecuzione alle

(*Transparenzgesetz*) di Amburgo (2012) e Renania Palatinato (2015) e le leggi sul libero accesso alle informazioni (*Informationsfreiheitsgesetz, Informationszugangsgesetz*) di vari altri *Länder*.

¹¹ T. SIEGEL, *E-Government und das Verwaltungsverfahrensgesetz*, in *DVB*, 2020, 8, 552. Un esempio, citato dall'autore è la disciplina sul silenzio assenso (§ 42 *VwVfG*), introdotta nel 2009 in sede di recepimento della direttiva Bolkenstein, che la legge sul procedimento ritiene applicabile, solo qualora sia prevista da una norma esterna. Sulla disciplina del silenzio assenso si veda più estesamente il contributo di E. BUOSO in questo fascicolo.

¹² T. SIEGEL, *E-Government und das Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit., 552.

¹³ *Gesetz zur Förderung der elektronischen Verwaltung* (*E-Government-Gesetz - EGovG*), *BGBI.* I, p. 2749.

¹⁴ *Gesetz zur Verbesserung des Onlinezugangs zu Verwaltungsleistungen* (*Onlinezugangsgesetz - OZG*), *BGBI.* I, p. 3122, 3138.

disposizioni federali (art. 83 GG). Si tratta dell'ipotesi classica del cosiddetto «*federalismo di esecuzione*» (*Vollzugsföderalismus*), che sostanzialmente attribuisce al legislatore federale la funzione del regolatore e ai *Länder* il compito di attuare le leggi federali. Il successivo art. 84, co. 1, GG specifica inoltre che quando i *Länder* danno esecuzione al diritto federale come competenza propria, il diritto applicabile al relativo procedimento e all'organizzazione amministrativa è quello proprio dei *Länder*. Tale assetto competenziale ha posto il problema di bilanciare la garanzia sia della varietà federale sia dell'uniformità delle regole. Conseguentemente la gestazione della legge sul procedimento amministrativo è stata lunga e travagliata¹⁵. Si voleva, infatti, evitare che si determinasse per i *Länder* una situazione schizofrenica, a seconda che si trovassero ad applicare il diritto federale oppure la legislazione propria.

In esito ad un lungo ed articolato dibattito, durato un ventennio, una commissione, composta da rappresentanti della Federazione e dei *Länder*¹⁶, si accordò su una soluzione salomonica, consistente nell'elaborazione di un «codice modello» (*Musterentwurf*), che ha rappresentato il punto di partenza per l'emanazione della legge federale sul procedimento amministrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz – VwVfG*), approvata nel 1976 e entrata in vigore il 1.1.1977¹⁷.

In particolare il § 1, co. 3, *VwVfG* sull'ambito di applicazione della legge ha previsto che, qualora un *Land* dia esecuzione a leggi federali, il *Verwaltungsverfahrensgesetz* non si applichi se il *Land* in questione abbia emanato una propria legge che disciplini esaurientemente il procedimento amministrativo. Ciò ha evidentemente rappresentato una vera e propria esortazione per i *Länder* ad adottare proprie leggi sul procedimento¹⁸. In base al «*patto interfederale di legislazione simultanea*», approvato dai Ministri degli interni dei *Länder* unitamente alla Federazione il 20.2.1976, il recepimento deve essere più o meno identico, anche nell'articolato, rispetto alla normativa federale, oltre a prevedere un adattamento in tempo reale alle sue modifiche successive¹⁹.

¹⁵ Si veda sul punto H. MAURER, C. WALDHOFF, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., § 5, ann. marg. 2 ss. e in lingua italiana D.-U. GALETTA, *La legge tedesca und procedimento amministrativo* (*Verwaltungsverfahrensgesetz*), Milano, Giuffrè, 2002, 6 s.

¹⁶ *Bund-Länder-Ausschuss*.

¹⁷ *BGBI* I, p. 1253.

¹⁸ A. JACQUEMET-GAUCHE, U. STELKENS, *Caractères essentiels du droit allemand de la procédure administrative*, cit., 22.

¹⁹ Si veda sul punto H. SCHMITZ, *Simultangesetzgebung von Bund und Ländern im Verwaltungsverfahrenrecht: Notwendigkeit und Umsetzungsmechanismen*, in H. HILL, K. P. SOMMERMAN, U. STELKENS, J. ZIEKOW (a cura di), *35 Jahre Verwaltungsverfahrensgesetz – Bilanz und Perspektiven*, cit., 253 ss. Vengono in rilievo in proposito quattro

2.2. Codificazione senza unificazione: il principio delle «tre colonne».

Come accennato, la legge sul procedimento amministrativo non rappresenta il primo tentativo di una codificazione onnicomprensiva. Già ai tempi della Repubblica di Weimar era stato emanato un codice sul procedimento tributario, la *Reichsabgabenordnung* (1919) e prima ancora, anche nella regolazione dei diritti della sicurezza sociale, era stato promulgato un codice sul procedimento, e precisamente la *Reichsversicherungsordnung* del 1911. Mancava tuttavia una disciplina generale sul procedimento amministrativo a livello federale, unicamente prevista su base locale in alcuni *Länder*²⁰.

Durante la fase di elaborazione del *Verwaltungsverfahrensgesetz* i Ministeri delle finanze e degli affari sociali insistettero per il mantenimento di propri codici in considerazione delle specificità del diritto tributario e del diritto della sicurezza sociale, motivo per cui il codice tributario (*Abgabenordnung – AO*)²¹ e il codice del procedimento della sicurezza sociale (*Zehntes Buch des Sozialgesetzbuches – SGB X*)²² sono rimasti in vigore e convivono con la legge generale sul procedimento amministrativo, preservando un regime di completa specialità²³.

meccanismi diversi, ovvero la ripresa integrale da parte di una legge del *Land* del disposto della legge federale (*Vollgesetz*), coincidente anche nell'articolato; il rinvio statico o dinamico alla legge federale mediante *Verweisungsgesetz*; oppure l'inserimento delle disposizioni della legge federale all'interno di una legge più ampia.

²⁰ A. JACQUEMET-GAUCHÉ, U. STELKENS, *Caractères essentiels du droit allemand de la procédure administrative*, cit., 19 s. In relazione alla genesi e ai principali elementi della legge si veda più estesamente T. von DANWITZ, *Fünfzehn Jahre Verwaltungsverfahrensgesetz. Erwartungen und Erfahrungen*, in *JURA*, 1994, 6, 281 ss.

²¹ Contestuale all'approvazione della legge sul procedimento amministrativo è stata, infatti, la promulgazione del codice tributario, avvenuta il 16.3.1976. La legge è stata ripetutamente emendata e successivamente nuovamente pubblicata il 1.10.2002 (*BGBI. I*, 2002, p. 3866; *I*, 2003, p. 61) e da ultimo modificata dall'art. 28 della legge del 21.12.2020 (*BGBI. I*, 2020, p. 3096).

²² In una data successiva (18.8.1980) è stato promulgato il codice del procedimento nell'ambito della sicurezza sociale (*Zehntes Buch Sozialgesetzbuch – Sozialverfahren und Sozialdatenschutz – SGB X*), nuovamente pubblicato in seguito a ripetuti emendamenti il 18.1.2001 (*BGBI. I*, 2001, p. 130) e da ultimo modificato dall'art. 9 della legge del 3.12.2020 (*BGBI. I*, 2020, p. 2668).

²³ Questa struttura corrisponde peraltro all'impianto processuale, ove – ai sensi dell'art. 95, co. 1, GG – si distinguono la giurisdizione amministrativa generale, disciplinata dalla *Verwaltungsgerichtsordnung* (*VwGO*), la giurisdizione finanziaria, regolata dalla *Finanzgerichtsordnung* (*FGO*) e quella in ambito sociale di cui al *Sozialgerichtsgesetz* (*SGG*).

Anche in relazione a questa tripla codificazione, correntemente denominata «principio delle tre colonne» vale però il criterio esemplificato in rapporto alla codificazione dei *Länder*, secondo cui si è attenti a garantire l'uniformità delle regole sul procedimento amministrativo nei tre codici, anche per facilitarne l'interpretazione da parte dell'amministrazione e dei giudici. Prova ne è che quando il governo federale ha presentato il 9.12.2015 una legge volta all'ammodernamento del procedimento tributario (*Gesetz zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens*)²⁴, approvata il 18.7.2016 ed entrata in vigore il 1.1.2017, in base alla quale l'accertamento del debito d'imposta (*Steuerfestsetzung*) doveva svolgersi esclusivamente in formato digitale, sulla base dei dati inseriti in un apposito programma statale²⁵, l'innovazione – elaborata nell'ambito dei lavori della Commissione finanze – è stata estesa in parallelo anche agli altri due codici.

La riforma ha determinato, come si vedrà successivamente, l'introduzione generalizzata della possibilità di adottare il provvedimento in forma automatizzata, ossia generato da algoritmi²⁶. La spinta è quindi provenuta dal diritto tributario, ove vengono in rilievo «procedimenti di massa»²⁷, che si prestano in modo particolare alla digitalizzazione. In considerazione della tradizione di sviluppo parallelo della normativa dei tre codici, anche nel *VwVfG* è stato previsto un nuovo § 35a sul provvedimento interamente digitale. Una previsione di tenore simile è stata introdotta nella regolazione in ambito sociale dal § 31a *SGB X*²⁸.

²⁴ BGBl. I, p. 1679.

²⁵ Cosiddetto sistema *ELSTER* (*Elektronische Steuererklärung*).

²⁶ Oltre ai provvedimenti amministrativi il procedimento amministrativo può sfociare nella stipula di un accordo pubblicistico, disciplinato ai §§ 54 ss. *VwVfG*, che però non è stato modificato dalla novella del 2016. Le modalità consensuali di azione della P.A. sono particolarmente diffuse in ambito urbanistico (ove è espressamente disciplinato al § 11 *BauGB* il contratto urbanistico), ma anche nel diritto pubblico dell'economia. Vengono in rilievo in proposito gli *smart contract*. Si tratta di un ambito di applicazione delle tecnologie *blockchain* che assume rilevanza soprattutto in campo assicurativo e finanziario, ad esempio nello svolgimento di pagamenti elettronici, ma che risulta invece ancora poco diffuso nella pubblica amministrazione. Più che di veri e propri contratti si tratta dell'esecuzione di rapporti contrattuali, motivo per cui gli *smart contract* vengono prevalentemente inquadrati come strumenti ausiliari degli accordi pubblicistici. Si veda più estesamente T. SIEGEL, *Elektronisches Verwaltungshandeln – Zu den Auswirkungen der Digitalisierung auf das Verwaltungsrecht*, in *JA*, 2020, 9, 929.

²⁷ Il procedimento di massa – concetto coniato negli anni '70 del secolo scorso – si riferiva originariamente all'iter di autorizzazione di impianti con un forte impatto ambientale e che quindi comportavano la partecipazione al procedimento di iniziative civiche e associazioni ambientaliste. Tale concetto è stato successivamente traslato nell'amministrazione digitale (cfr. H. MAURER, C. WALDOFF, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., § 19, ann. marg. 9; § 18, ann. marg. 7).

²⁸ La disposizione ora prevede infatti che: «Ein Verwaltungsakt kann vollständig durch automatische Einrichtungen erlassen werden, sofern kein Anlass besteht, den Einzelfall durch Amtsträger zu bearbeiten. Setzt die Behörde automatische Einrichtungen

Tale innovazione si è tuttavia dovuta misurare con gli *standard* più severi della nuova normativa europea. Secondo l'art. 22 del regolamento europeo sulla privacy (GDPR), vige, infatti, da maggio del 2018 un divieto generalizzato di decisioni pienamente automatizzate, valevole sia per atti di privati che per decisioni amministrative²⁹. È però prevista al par. 2 una deroga, qualora «sia autorizzata dal diritto dello Stato membro [...] cui è soggetto il titolare del trattamento», a cui la dottrina riconduce la novella legislativa del procedimento tedesco³⁰.

3. La sfida della digitalizzazione nella legge sul procedimento amministrativo.

La normativa sulla digitalizzazione dell'azione amministrativa è stata ampiamente anticipata dalla dottrina tedesca, che fin dalla metà del secolo scorso si è soffermata sull'esigenza di automatizzare e informatizzare l'azione amministrativa³¹. Il concetto di «*automazione*» era già

zum Erlass von Verwaltungsakten ein, muss sie für den Einzelfall bedeutsame tatsächliche Angaben des Beteiligten berücksichtigen, die im automatischen Verfahren nicht ermittelt würden.»

²⁹ Si veda sul punto più estesamente S. TRANQUILLI, *Rapporto pubblico privato nell'adozione e nel controllo della decisione amministrativa «robotica»*, in *Diritto e Società*, 2019, 2, 294 ss.

³⁰ GDPR art. 22, co. 2, lett. b; cfr. N. BRAUN BINDER, *Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren, voll automatisiert erlassene Verwaltungsakte und elektronische Aktenführung*, in M. SECKELMANN (a cura di), *Digitalisierte Verwaltung vernetztes E-Government*, II ed., Berlin, ESV, 2019, 313. Una normativa specifica sull'attività amministrativa digitale è inoltre prevista dal Regolamento (UE) n. 910/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 luglio 2014 in materia di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno, G.U. L 257/73. Esso definisce in particolare i requisiti della firma elettronica (qualificata). Il GDPR specifica peraltro all'art. 22, co. 3, che «il titolare del trattamento attua misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell'interessato» senza precisare in cosa consistano concretamente queste garanzie minime, anche se è dato ritenere che si tratti in generale nelle garanzie procedurali a tutela dei diritti fondamentali e degli standard dello Stato di diritto (cfr. F. VON HARBOU, *Abschied vom Einzelfall? Perspektiven der Digitalisierung von Verwaltungsverfahren*, in *JZ*, 2020, 7, 344).

³¹ Tra le opere maggiormente citate si rinvia alle monografie di K. ZEIDLER, *Über die Technisierung der Verwaltung: eine Einführung in die juristische Beurteilung der modernen Verwaltung*, Karlsruhe, Müller, 1959; H. P. BULL, *Verwaltung durch Maschinen: Rechtsprobleme der Technisierung der Verwaltung*, I ed., Köln., Veröffentlichungen der Kommunalen Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsvereinfachung, 1964; alla tesi di dottorato di N. LUHMANN, *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung – eine verwaltungswissenschaftliche Untersuchung*, I ed., Berlin, Duncker & Humblot, 1966. Più recentemente si vedano il lavoro di abilitazione di M. EIFERT, *Electronic Government: das Recht der elektronischen Verwaltung*, Baden-Baden, Nomos, 2006; il volume collettaneo J. VON LUCKE, K. LENK, *Verwaltung, Informationstechnik und Management, Festschrift für Heinrich Reinermann zum 80. Geburtstag*, Baden-Baden, Nomos, 2017 e le monografie di A. GUCKELBERGER, *Öffentliche Verwaltung im Zeitalter der Digitalisierung: Analysen und Strategien zur Verbesserung des E-Government aus rechtlicher Sicht*, Baden-Baden, Nomos, 2019 e di M. MARTINI, *Blackbox Algorithmus: Grundfragen einer Regulierung Künstlicher Intelligenz*, Berlin, Springer, 2019.

presente nella versione originaria della legge del 1976³². Va peraltro tenuto presente che, dopo la sua promulgazione, la legge sul procedimento amministrativo non ha subito modifiche sostanziali, ma piuttosto adattamenti. Quelli di maggiore rilievo riguardano il procedimento amministrativo digitale e sono stati introdotti in tre tappe, che verranno qui di seguito illustrate e che consistono nella previsione del procedimento elettronico, avvenuta nel 2003, nella trasposizione della direttiva servizi con la predisposizione dello sportello unico digitale, risalente al 2008, e nell'introduzione nel 2017 del menzionato provvedimento pienamente elettronico con l'impiego di algoritmi.

Lo scopo della digitalizzazione è notoriamente quello di realizzare una gestione dei dati più «rapida, efficiente, comoda, trasparente e meno onerosa»³³, oltre che più garantista per il cittadino. Il percorso che ha condotto al procedimento digitale è stato lungo e defaticante, motivo per cui la dottrina ha individuato diverse «velocità» del processo di digitalizzazione³⁴. Un primo passo importante verso il provvedimento «semi-elettronico» è stato compiuto dalla terza legge di modifica della legge sul procedimento amministrativo del 21.8.2002 (3. *Verwaltungsverfahrensänderungsgesetz*)³⁵ con il riconoscimento del formato anche elettronico del provvedimento di cui al 37, co. 2, *VwVfG*. La novella legislativa ha altresì introdotto un nuovo § 3a *VwVfG* sulla comunicazione elettronica del provvedimento su base facoltativa, secondo un sistema multicanale, cioè mediante la possibilità di

³² Vi rientravano le deroghe previste dal § 28, co. 2, n. 4, *VwVfG* all'obbligo di audizione, «qualora l'amministrazione intenda rilasciare provvedimenti amministrativi con l'ausilio di mezzi di automatizzazione», nonché in relazione all'obbligo di motivazione del provvedimento, di cui al § 39, co. 2, n. 3, *VwVfG* «qualora l'amministrazione emani provvedimenti amministrativi con l'ausilio di apparecchiature elettroniche e la motivazione non sia necessaria per le circostanze del caso di specie». Soprattutto la formulazione di quest'ultima norma lascia intendere che la deroga vada interpretata restrittivamente in modo da non vanificare la funzione garantistica del procedimento. Essa viene peraltro ormai giudicata superflua, in considerazione dello sviluppo tecnologico successivamente intervenuto; U. STELKENS la definisce «totes Recht» (in P. Stelkens, H. J. Bonk M. Sachs (a cura di), *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, cit., § 39, ann. marg. 97). Soprattutto in relazione ai provvedimenti robotizzati si ritiene utile la motivazione del provvedimento, se non altro per contrastare l'alone di intrasparenza e sospetto di cui è ammantata la digitalizzazione del procedimento (cfr. F. VON HARBOU, *Abschied vom Einzelfall? Perspektiven der Digitalisierung von Verwaltungsverfahren*, cit., 345). Conseguentemente anche l'esonero dall'obbligo di audizione, introdotto già nel 1976 in relazione ai provvedimenti parzialmente automatizzati, dovrebbe subire un ripensamento in considerazione dell'uso sempre più ampio di provvedimenti (interamente) digitali e delle crescenti opportunità offerte dalle nuove tecnologie. Parimenti adeguata andrebbe la normativa del § 29 *VwVfG* sull'accesso agli atti del procedimento, cfr. A. GUCKELBERGER, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, *VVDStRL* 78, 2019, 274; D. ROTH-ISIGKEIT, *Die Begründung des vollständig automatisierten Verwaltungsakts*, in *DÖV*, 2020, 22, 1018

³³ J. VON LUCKE, *Hochleistungsportale für die öffentlichen Verwaltung*, Siegburg, Beck, 2007, 218 ss.

³⁴ T. SIEGEL, *E-Government und das Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit., 554.

³⁵ *BGBI.* I 2002, p. 3322.

ottenere un accesso virtuale ai portali della P.A.³⁶. Tale trasmissione elettronica presupponeva però, nella versione originaria della legge, il possesso della firma digitale (obbligatoriamente prevista solo per i notai e gli avvocati), motivo per cui, già per questa ragione, la riforma non è riuscita a prendere piede³⁷. Il secondo problema era (ed è) rappresentato dall'assetto federale e quindi dalla scarsa interoperabilità dei sistemi informatici tra Federazione, *Länder* e Comuni che, non essendo reciprocamente coordinati, non consentivano un agevole scambio dei dati.

Successivamente, la consapevolezza che la trasmissione in formato elettronico dei documenti avrebbe consentito un accesso in tali forme anche ai servizi della P.A. ha ulteriormente spinto il sistema verso lo sviluppo della digitalizzazione. Le premesse in questo ambito sono state poste dalla nota direttiva Bolkenstein sulla libera circolazione dei servizi³⁸ e quindi sull'introduzione di uno sportello unico per la richiesta delle necessarie autorizzazioni da parte degli operatori di servizi a livello transnazionale. La trasposizione della suddetta direttiva nell'ordinamento tedesco è avvenuta con l'aggiunta di una nuova sezione nel *VwVfG* (§ 71a e seg.) sull'interlocutore unico (*single point of contact*), che prevede al § 71e *VwVfG* un vero e proprio diritto soggettivo allo svolgimento elettronico del procedimento³⁹. Diversamente quindi dal disposto del § 37, co. 2, *VwVfG*, secondo cui rientra nel potere discrezionale della P.A. rilasciare un provvedimento in forma cartacea o elettronica, in base al § 71e *VwVfG* la P.A. non può prescindere – su richiesta – dal fare uso del formato digitale⁴⁰.

Infine, con la riforma del 2017 sono stati introdotti i procedimenti amministrativi pienamente automatizzati, gestiti da algoritmi senza l'intervento umano. Essi vanno distinti da quelli parzialmente automatizzati, in cui alcune fasi endoprocedimentali, tra cui, ad esempio, quella

³⁶ Si veda più estesamente I. AUGSBERG, *Herausforderungen und Innovationen im Verwaltungsverfahren*, in L. De Lucia, F. Wollenschläger (a cura di), *Sfide e innovazioni nel diritto pubblico*, Baden-Baden, Nomos, 2019, 88 ss.

³⁷ I. AUGSBERG, *op. ult. cit.*, 88. Conseguentemente il legislatore ha ampliato già nel 2013 le possibilità di sostituire la forma scritta con il rilascio di una dichiarazione in un modulo elettronico ufficiale predisposto dall'amministrazione, ai sensi del § 3a, co. 2, n. 1, *VwVfG*, nonché mediante l'invio di un documento elettronico o secondo altre modalità, disciplinate dal *De-Mail-Gesetz*.

³⁸ Direttiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12.12.2006 relativa ai servizi nel mercato interno, L 376/736.

³⁹ T. SIEGEL, *Der Europäische Portalverbund – Frischer Digitalisierungswind durch das einheitliche digitale Zugangstor* («*Single Digitale Gateway*»), in *NVwZ*, 2019, 9, 905.

⁴⁰ T. SIEGEL, *Elektronisches Verwaltungshandeln – Zu den Auswirkungen der Digitalisierung auf das Verwaltungsrecht*, *cit.*, 923.

istruttoria, vengono svolte in forma tradizionale. In esito a tali procedimenti vengono comunque emessi provvedimenti amministrativi di diversa natura. Si riscontra quindi, anche nella fase decisionale, una differenza tra provvedimenti «*parzialmente automatizzati*» mit Hilfe automatischer Einrichtungen), di cui ai §§ 28, co. 2, n. 4; § 37, co. 5; e 39, co. 2, n. 3, *VwVfG*, che cioè richiedono l'intervento umano nel momento decisionale, e i provvedimenti completamente automatizzati, emanati in forma totalmente algoritmica⁴¹. Le locuzioni «*ausschließlich automationsgestützt*» (§ 155, co. 4, primo periodo *AO*) e «*vollständig durch automatische Einrichtungen*» (§ 35a *VwVfG* e § 31a *SGB X*), vanno pertanto intese come sinonimi⁴².

L'adozione del provvedimento in forma automatizzata presuppone una gestione elettronica dei documenti. Come si è detto, la spinta verso il provvedimento digitale, generata da algoritmi è derivata dal diritto tributario, ove vengono in rilievo procedimenti di massa, che si prestano particolarmente alla digitalizzazione. Il punto di partenza è stato pertanto rappresentato dall'aggiunta di disposizioni sull'accertamento digitale delle imposte (§ 155 *AO*). Il nuovo comma 4 di quest'ultima disposizione consente, infatti, alle amministrazioni tributarie di effettuare accertamenti «*in base alle informazioni in loro possesso e ai dati forniti dai contribuenti in forma esclusivamente automatizzata, di rettificarle, annullarle d'ufficio o su ricorso, di revocarle o modificarle*»⁴³.

Se, da un lato, il codice tributario prevede una regolamentazione piuttosto ampia dei poteri attribuiti all'amministrazione finanziaria, dall'altro non contiene una normativa pienamente allineata a quella degli altri due codici in relazione ai procedimenti automatizzati. Se la facoltà della P.A. di emanare un provvedimento algoritmico ha, infatti, carattere generale, secondo il *VwVfG* e il *SGB X*, il codice tributario contempla invece l'automazione del solo procedimento di accertamento del debito d'imposta (*Steuerfestsetzungsverfahren*)⁴⁴. La *ratio* di tale limitazione è stata ricondotta alla necessità di alleggerire l'amministrazione finanziaria da attività di *routine*,

⁴¹ L'automazione è però limitata al rilascio del provvedimento amministrativo. La successiva pubblicazione può invece avvenire secondo modalità tradizionali, senza che questa circostanza metta in questione la natura pienamente automatizzata del provvedimento; cfr. T. SIEGEL, *Elektronisches Verwaltungsbandeln – Zu den Auswirkungen der Digitalisierung auf das Verwaltungsrecht*, cit., 928.

⁴² N. BRAUN BINDER, *Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren, voll automatisiert erlassene Verwaltungsakte und elektronische Aktenführung*, cit., 313.

⁴³ § 155, co. 4, *AO*.

⁴⁴ N. BRAUN BINDER, *Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren, voll automatisiert erlassene Verwaltungsakte und elektronische Aktenführung*, cit., 317.

contribuendo a una concentrazione delle risorse umane sui casi che effettivamente richiedono un esame accurato⁴⁵.

Considerando le esigenze di sviluppo parallelo della normativa tra le «tre colonne» del procedimento amministrativo, nella legge generale è stato inserito un nuovo § 35a *VwVfG* sul provvedimento telematico. Il suo contenuto estremamente laconico, similmente al tenore dell'art. 3-bis della legge n. 241/1990, prevede con funzione meramente ricognitiva la possibile adozione di un vero e proprio provvedimento (come disciplinato dal precedente § 35 *VwVfG*) in esito ad un procedimento pienamente automatizzato e non invece la realizzazione di un «*Verwaltungsfabrikat*» (congegno amministrativo, che scaturendo da una macchina e non dalla mente umana sia difficilmente compatibile con il principio dello Stato di diritto), come ipotizzato dalla dottrina degli albori della digitalizzazione⁴⁶. L'applicazione della disposizione che prevede una riserva di atto normativo, è condizionata all'adozione di una disposizione generale, anche di rango secondario (*Rechtsvorschrift*), ad esempio regolamentare o statutaria. La nuova normativa subordina, infatti, l'adozione di un provvedimento interamente automatizzato alla scelta del legislatore di settore, demandando perciò la precisazione degli ambiti di applicazione della norma ad un momento successivo. Lo scopo è evidentemente quello di garantire che solo i procedimenti idonei all'automatizzazione possano essere svolti in tale forma. In sintesi, i criteri previsti al § 35a *VwVfG* sono i seguenti: il provvedimento deve poter essere rilasciato in formato pienamente automatizzato da apparecchiature elettroniche purché ciò sia previsto da una norma giuridica e l'amministrazione non sia dotata di potere discrezionale o di un autonomo spazio di valutazione (*Beurteilungsspielraum*)⁴⁷.

⁴⁵ Lo si desume dai lavori preparatori: cfr. BT-Drs. 18/7457, p. 8.

⁴⁶ K. ZEIDLER, *Über die Technisierung der Verwaltung: eine Einführung in die juristische Beurteilung der modernen Verwaltung*, cit., 18.

⁴⁷ Conseguentemente il provvedimento robotico non può venire in rilievo nel caso di provvedimenti di secondo grado come la revoca e l'annullamento d'ufficio, ove la prescrizione legislativa di una valutazione discrezionale preclude, ai sensi dei §§ 48 e 49 *VwVfG*, la scelta della digitalizzazione. In relazione alla natura giuridica di un provvedimento digitale si veda più estesamente J. ZIEKOW, *Das Verwaltungsverfahren in der Digitalisierung der Verwaltung*, cit., 1169 ss. L'autore riporta la relativa discussione dottrinale, facendo presente che in considerazione della mancanza dell'intervento umano non si ha una dichiarazione di volontà, considerata immanente ad un provvedimento amministrativo, ma non rinvenibile nel provvedimento automatizzato (cfr. anche H. KUBE, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, *VVDStRL* 78 (2019), 302). Quest'impostazione però non tiene conto del fatto che anche la disciplina del silenzio assenso (cosiddetta «*Genehmigungsfiktion*»), di cui al § 42a *VwVfG*, prescinde da una manifestazione di volontà da parte della P.A., poiché il provvedimento si forma con il trascorrere del

Tale disposto normativo è stato interpretato nel senso che l'intenzione del legislatore sia stata quella di limitare l'ambito di applicazione della norma a fattispecie agevolmente traducibili in sistemi informatici, peraltro consentendo un sindacato pieno da parte del giudice sugli stessi⁴⁸. Secondo questa interpretazione la condizione perché possa essere previsto un procedimento pienamente digitale non dipende dunque solo dalla natura vincolata o discrezionale del provvedimento, bensì dal suo carattere prevalentemente bilaterale e dalla presenza di disposizioni di scarsa complessità e quindi agevolmente meccanizzabili⁴⁹.

Tale disposizione tiene conto della circostanza che i margini di apprezzamento della P.A. sono previsti per garantire un bilanciamento degli interessi, secondo criteri che il provvedimento automatico non è attualmente in grado di soddisfare, essendo affidato ad algoritmi deterministici, prevalentemente concepiti per decisioni standardizzate⁵⁰. Va però aggiunto che la legislazione di settore può derogare a questo criterio in virtù del disposto del § 1, co. 1, *VwVfG* che sancisce la sussidiarietà della legge rispetto alla normativa speciale, motivo per cui si ritiene che la disposizione abbia soprattutto una funzione di argine e di monito nei confronti del legislatore⁵¹.

Tale limitazione è stata però anche interpretata alla stregua di una dimostrazione di sfiducia nei confronti della P.A., oltre che di ostacolo all'espansione dell'*e-government*, poiché impedisce che la disposizione sia auto applicativa⁵². La disposizione simmetricamente introdotta dal § 31a *SGB X* nell'ambito delle prestazioni sociali non contempla, invece, un espresso riferimento a provvedimenti non discrezionali, limitandosi a prescrivere che l'atto robotico possa essere adottato, purché «non ci sia nel caso di specie l'esigenza di coinvolgere un addetto»⁵³. Manca altresì il rinvio

tempo in forza di un'apposita previsione legislativa (ivi 1170). Altro esempio, citato in dottrina, di provvedimento pienamente automatizzato è rappresentato dai dispositivi di regolazione del traffico algoritmizzati (ad esempio semafori), inquadrati nell'ordinamento tedesco alla stregua di atti a carattere generale (*Allgemeinverfügungen*), di cui al § 35, secondo periodo, *VwVfG* (cfr. I. AUGSBERG, *Herausforderungen und Innovationen im Verwaltungsverfahrenrecht*, cit., 94).

⁴⁸ Sul punto si veda più estesamente l'articolo di E. BUOSO in questo fascicolo.

⁴⁹ A. GUCKELBERGER, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, cit., 265.

⁵⁰ T. SIEGEL, *E-Government und das Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit., 556.

⁵¹ H. SCHMITZ, L. PRELL, *Neues vom E-Government*, in *NVwZ*, 2016, 18, 1276.

⁵² M. STEGMÜLLER, *Vollautomatische Verwaltungsakte – eine kritische Sicht auf die neuen § 24 I 3 und § 35 a VwVfG*, in *NVwZ*, 2018, 6, 356 s.

⁵³ Tale limitazione, secondo i lavori preparatori, rappresenta però una condizione imprescindibile in presenza di discrezionalità o spazio di valutazione della P.A. (BT-Drs. 18/8434, p. 121). Si veda sul punto F. VON HARBOU, *Abschied vom Einzelfall? Perspektiven der Digitalisierung von Verwaltungsverfahren*, cit., 342.

ad una specifica previsione normativa, ragion per cui i provvedimenti robotizzati in ambito sociale possono essere emanati in qualsiasi settore.

Contestualmente all'introduzione del provvedimento pienamente automatizzato è stato modificato il § 24, co. 1, *VwVfG* sui poteri istruttori della P.A., mediante l'inserimento di un'aggiunta, secondo cui, se l'amministrazione acquisisce provvedimenti in formato digitale, deve comunque tenere conto delle indicazioni fornite dalle parti che non possano essere rilevate in tale formato. Tale modifica s'inserisce a pieno titolo nell'architettura del procedimento amministrativo tedesco, incentrato su forti poteri istruttori della P.A. e sul principio inquisitorio. Quest'impianto procedurale fortemente partecipativo rischiava infatti di essere compromesso dai sistemi automatici⁵⁴. È stato quindi aggiunto un preciso obbligo di considerazione delle allegazioni delle parti, anche qualora non possano confluire nel procedimento telematico, sempre a condizione che risultino rilevanti nel singolo caso⁵⁵. Si tratta da un lato di un monito indirizzato dal legislatore alla P.A. ad adoperarsi in modo che l'implementazione di sistemi robotizzati non sia di ostacolo alla partecipazione delle parti al procedimento⁵⁶. D'altro canto, essendo l'obiettivo del procedimento digitale quello di garantire una maggiore efficienza dell'operato della P.A., ne discende per la stessa l'obbligo di considerare solo le allegazioni che possano avere effettivamente un peso nel processo decisionale⁵⁷.

⁵⁴ Prova ne è che il § 24, co. 2, *VwVfG* prevede per l'amministrazione l'obbligo di considerare tutte le circostanze che possano risultare rilevanti nel singolo caso, comprese «quelle favorevoli alle parti».

⁵⁵ «*Setzt die Behörde automatische Einrichtungen zum Erlass von Verwaltungsakten ein, muss sie für den Einzelfall bedeutsame tatsächliche Angaben des Beteiligten berücksichtigen, die im automatischen Verfahren nicht ermittelt würden.*»

⁵⁶ J. ZIEKOW, *Das Verwaltungsverfahren in der Digitalisierung der Verwaltung*, cit., 1172. In proposito anche il Tribunale costituzionale federale nell'ordinanza del 12.11.2020 (2 BvR 1616/18) ha statuito che la possibilità di sottoporre a vaglio le prove addotte dall'amministrazione (si trattava nella fattispecie di ammende comminate per superamento del limite di velocità accertato mediante radar) fosse un elemento fondante di un equo procedimento (*faïres Verfahren*). Si veda anche SaarVerfGH, sentenza del 5.7.2019 – Lv 7/17, in cui la Corte costituzionale del Saarland ha stabilito che la possibilità di riesaminare un'infrazione, accertata con procedimenti elettronici, doveva essere ritenuta espressione del principio dello Stato di diritto.

⁵⁷ Questa nuova disposizione, pur essendo stata introdotta in concomitanza con la previsione di provvedimenti amministrativi pienamente automatizzati, è parimenti considerata estensibile anche ai provvedimenti «parzialmente automatizzati»; cfr. T. SIEGEL, *E-Government und das Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit., 554. L'autore rileva che, anche se da più parti l'aggiunta di questa disposizione è stata considerata superflua, essendo già previsto al comma 2 della stessa norma un obbligo per la P.A. di considerare tutte le circostanze rilevanti, essa rappresenterebbe una risposta adeguata ai particolari rischi connessi ad un procedimento elettronico.

Una norma analoga è stata introdotta nella disciplina nell'ambito delle prestazioni sociali al § 31a, *SGB X*⁵⁸.

In ambito tributario il § 150, co. 7, *AO* prevede che il contribuente possa inserire la richiesta di elaborazione non robotizzata in un apposito campo della dichiarazione dei redditi, avvalendosi in tal modo di una deroga all'accertamento digitale del proprio debito d'imposta. Diversamente dal procedimento tributario, gli altri due codici non specificano invece in quale modo debba essere richiesto l'esame non digitale di elementi rilevanti per la decisione. Tale disparità è stata giustificata, considerando che, esternamente all'accertamento tributario, l'ampia gamma di possibili procedimenti mal si concilia con un'eccessiva delimitazione normativa⁵⁹.

Il procedimento tributario presenta inoltre un'ulteriore particolarità. Per compensare le limitazioni del principio inquisitorio richieste dal sistema algoritmico, sempre che non vi sia necessità di affidare la pratica al personale dell'amministrazione finanziaria⁶⁰, è stato aggiunto al § 88 *AO* un nuovo comma 5. In base ad esso l'amministrazione tributaria può predisporre un sistema informatizzato di *risk management* (*Risikomanagementsystem*) che consenta di individuare i casi anomali (secondo criteri da mantenere riservati) e di sottoporli ad una verifica manuale, sempre nel rispetto del principio di economicità della P.A.⁶¹. Tale meccanismo pone in primo piano l'esigenza di contemperare trasparenza e segreto di ufficio. In sintesi, le segnalazioni da parte del sistema di *risk management* impongono l'effettuazione sia di accertamenti a campione, sia di verifiche nel caso in cui, in base ad un calcolo automatico (quindi sempre robotico) di plausibilità, ci sia il fondato sospetto di false dichiarazioni⁶². In alternativa la verifica può essere attivata dal personale dell'ufficio imposte, oppure qualora lo richieda il contribuente, mediante l'inserimento di dati nella menzionata sezione speciale della dichiarazione dei redditi⁶³.

⁵⁸ Si veda *supra* a nt. 28.

⁵⁹ F. VON HARBOU, *Abschied vom Einzelfall? Perspektiven der Digitalisierung von Verwaltungsverfahren*, cit., 343.

⁶⁰ § 155, co. 1, *AO*.

⁶¹ N. BRAUN BINDER, *Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren, voll automatisiert erlassene Verwaltungsakte und elektronische Aktenführung*, cit., 315; N. BRAUN BINDER, *Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren im allgemeinen Verwaltungsverfahren*, in *NVwZ*, 2016, 14, 960.

⁶² F. VON HARBOU, *Abschied vom Einzelfall? Perspektiven der Digitalisierung von Verwaltungsverfahren*, cit., 343.

⁶³ § 155, co. 4, in combinato disposto con il § 150, co. 7, *AO*.

Un'ultima modifica introdotta dalla novella del 2017 concerne la possibile comunicazione e rispettivamente pubblicazione dei provvedimenti amministrativi su portali virtuali. Tale facoltà, inizialmente prevista dall'art. 6, co. 4, della legge bavarese sull'*e-government* (*BayEGovG*)⁶⁴, ha comportato l'aggiunta del § 41, co. 2a, *VwVfG*, secondo cui, con il consenso dell'interessato, un provvedimento può essere reso accessibile per il *download* al destinatario o al suo rappresentante su piattaforme virtuali, previa autenticazione del soggetto legittimato⁶⁵.

Secondo tale disposizione, il provvedimento elettronico si considera comunicato il giorno successivo all'effettuazione del *download*, che deve avvenire nell'arco di dieci giorni da quando l'amministrazione ha inviato l'avviso della sua pubblicazione virtuale, poiché altrimenti l'accesso viene bloccato e la comunicazione si considera non avvenuta. Paradossalmente l'inattività del destinatario, protratta per dieci giorni, può ritardare la comunicazione del provvedimento, pur avendo questi in precedenza esplicitamente e volontariamente aderito alla comunicazione elettronica⁶⁶. Allo scopo di prevenire pratiche dilatorie l'amministrazione può però rinnovare la comunicazione, anche in forma tradizionale.

Una normativa simile è stata introdotta nella disciplina in ambito sociale dal nuovo § 37, co. 2a, *SGB X*, secondo cui un provvedimento si considera comunicato tre giorni dopo l'invio dell'avviso per via telematica al destinatario del provvedimento pubblicato sul portale virtuale. Incombe sulla P.A. l'onere di provare che l'avviso è stato ricevuto dal soggetto legittimato ad accedere al provvedimento.

Anche il provvedimento tributario deve poter essere comunicato in forma elettronica, cioè reso disponibile per il *download* sul sito dell'amministrazione finanziaria, previo avviso individuale da parte della P.A.⁶⁷. Il provvedimento si considera comunicato trascorsi tre giorni da tale avviso⁶⁸. L'onere della prova grava in casi dubbi sull'amministrazione. Se questa non è in grado di dimostrare che tale comunicazione è pervenuta al destinatario, il provvedimento s'intende comunicato nel

⁶⁴ Gesetz über die elektronische Verwaltung in Bayern (*Bayerisches E-Government-Gesetz – BayEGovG*) del 22.12.2015 (*GVBl.*, p. 458). Già nel 2013 era stata inserita nel *VwVfG* una nuova norma per i procedimenti di massa al § 27a *VwVfG*, che prevede la pubblicazione in internet in aggiunta (e non in sostituzione) a quella cartacea.

⁶⁵ N. BRAUN BINDER, *Elektronische Bekanntgabe von Verwaltungsakten über Behördenportale*, in *NVwZ*, 2016, 6, 342.

⁶⁶ A. GUCKELBERGER, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, cit., 281.

⁶⁷ § 122a, co. 4, *AO*.

⁶⁸ Cosiddetta «*Drei-Tages-Fiktion*».

momento in cui viene effettuato il *download*⁶⁹. In sintesi, in base alla nuova normativa, la comunicazione si ritiene effettuata nel momento in cui il destinatario ha piena conoscenza del provvedimento. Non è considerata sufficiente la mera possibilità del *download*. Inoltre il documento deve essere effettivamente scaricabile dal sito e non unicamente disponibile nelle funzioni di mera lettura⁷⁰.

Come per gli altri codici, la comunicazione elettronica è facoltativa e presuppone il consenso del destinatario in considerazione del cosiddetto *digital divide*, cioè della circostanza che non tutti i cittadini hanno accesso ai portali elettronici. Il consenso del destinatario può essere revocato in qualsiasi momento, ai sensi del § 122a, co. 1, AO, anche se unicamente *pro futuro*. Tale previsione è stata ampiamente criticata, poiché non specifica se tale consenso debba essere accordato *una tantum* oppure per un periodo di tempo limitato o rispettivamente per singoli provvedimenti. Si ritiene tuttavia che non si possa pretendere dal contribuente che verifichi regolarmente la propria casella di posta elettronica, motivo per cui la dottrina propende per la previsione di un consenso accordato caso per caso o per un periodo di tempo limitato⁷¹.

Vi è poi un settore non espressamente toccato dalla riforma del procedimento, ma in cui l'automazione sta prendendo progressivamente piede, rappresentato dall'attività meramente informativa o rispettivamente divulgativa della P.A., ricondotta al *genus* dell'azione amministrativa non provvedimentale (*schlichtes Verwaltungshandeln*). Vi rientrano la richiesta di informazioni e consulenze, prevista dal § 25 VwVfG, ma anche moniti e divieti (equiparati nella teoria generale tedesca a mere informazioni), emanati soprattutto in materia ambientale. In questo ambito si sta diffondendo all'interno dell'amministrazione l'impiego di *software* intelligenti, come i *chatbots*, cioè di assistenti digitali che rispondono a domande *standard* dell'utenza o prestano aiuto nella compilazione di moduli⁷². Assistenti robotici, come *Alexa* e *Siri*, vengono comunemente impiegati

⁶⁹ N. BRAUN BINDER, *Elektronische Bekanntgabe von Verwaltungsakte über Behördenportale*, cit., 347.

⁷⁰ T. SIEGEL, *E-Government und das Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit., 555, come evidenziato dai lavori preparatori BT-Drs. 18/84834, p. 123.

⁷¹ N. BRAUN BINDER, *Elektronische Bekanntgabe von Verwaltungsakte über Behördenportale*, cit., 347. La pubblicazione sul portale elettronico prescinde peraltro dalla circostanza che il procedimento sia pienamente (o parzialmente) automatizzato; cfr. N. BRAUN BINDER, *Vollständig automatisierter Erlass von Verwaltungsakten und Bekanntgabe über Behördenportale*, in DÖV, 2016, 21, 891.

⁷² T. SIEGEL, *Elektronisches Verwaltungshandeln – Zu den Auswirkungen der Digitalisierung auf das Verwaltungsrecht*, cit., 930.

nell'espletamento delle pratiche amministrative, relative, ad esempio, all'immatricolazione dei veicoli⁷³.

4. Le modifiche introdotte esternamente alle leggi sul procedimento amministrativo.

4. 1. La legge sull'*e-government* e la distruzione degli archivi cartacei.

L'immagine classica dell'attività amministrativa è in realtà ancora quella «*analogica*», cioè quella di una P.A che agisce utilizzando prevalentemente documenti cartacei. Questo *modus operandi* ha elevato la forma scritta a rappresentare la «spina dorsale dell'amministrazione», ma contemporaneamente anche un «*Hemmschub der Digitalisierung*» (la palla al piede della digitalizzazione)⁷⁴. Essa ha peraltro l'indubitabile pregio di prestarsi alla percezione fisica, tramite la vista e il tatto, senza richiedere l'impiego di supporti elettronici⁷⁵.

La progressiva affermazione del procedimento automatizzato ha imposto l'analisi della «compatibilità digitale» della normativa vigente. In quest'ottica, la legge federale sull'*e-government* del 2013 ha disposto che l'intero diritto amministrativo federale fosse passato al vaglio, allo scopo di sostituire gli atti in formato cartaceo con documenti dematerializzati⁷⁶. La legge ha innescato un processo di *screening* di vasta portata, oltre a determinare l'emanazione di disposizioni analoghe a livello dei *Länder*⁷⁷.

⁷³ A. GUCKELBERGER, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, cit., 247. Lo sviluppo di queste tecnologie informatiche viene ricondotto al modello delle *blockchain* con cui s'intendono catene di dati gestite in modalità decentrata.

⁷⁴ L. PRELL, *E-Government: Paradigmenwechsel in der Verwaltung und Verwaltungsrecht*, in *NVwZ*, 2018, 17, 1255.

⁷⁵ L. PRELL, *op. ult. cit.*, 1256.

⁷⁶ *Gesetz zur Förderung der elektronischen Verwaltung* (E-Government-Gesetz – EGovG) del 25.7.2013, BGBl. I, p. 2749, da ultimo modificata dalla legge del 21.6.2019 (BGBl. I, 846).

⁷⁷ La legge federale era stata anticipata nel 2009 dall'omonima legge del *Land Schleswig-Holstein*, *Gesetz zur elektronischen Verwaltung für Schleswig-Holstein* (E-Government-Gesetz – EGovG) del 8.7.2009, *GVOBl.* 2009, p. 398. Nel frattempo la maggioranza dei *Länder* dispone di proprie leggi sull'*e-government*, tra cui la menzionata legge bavarese (si veda *supra* a nt. 64). Nel frattempo anche i *Länder* Baden-Württemberg, Berlino, Brema, Mecklenburgo-Pomerania occidentale, Renania del Nord-Vestfalia, Saarland, Sassonia, Schleswig-Holstein e Turingia hanno emanato proprie leggi sull'*e-government* (A. GUCKELBERGER, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, cit., 279).

Si è, in sostanza, avuta un'ulteriore spinta verso la digitalizzazione, anche se esternamente alle vere e proprie leggi sul procedimento amministrativo⁷⁸. In considerazione della varietà federale, le normative in vigore nei vari *Länder* si discostano in parte sostanzialmente dalla legge federale. Alcune di esse riconoscono un vero e proprio diritto soggettivo dei cittadini alla comunicazione elettronica. Ad esempio la legge della Renania del Nord-Vestfalia impone all'amministrazione di rispondere in formato elettronico al cittadino che abbia scelto questa modalità di comunicazione⁷⁹. A tale evoluzione si è aggiunto l'obbligo, previsto dalla legislazione di settore, di ricorrere ai mezzi di comunicazione elettronici, ad esempio in materia di appalti⁸⁰.

La legge federale sull'*e-government* prevede un obbligo generale di archiviazione elettronica degli atti⁸¹. A partire dal 1.1.2020 gli archivi elettronici sono divenuti obbligatori, a condizione che il formato elettronico non risulti diseconomico per l'amministrazione in una prospettiva di lungo periodo⁸². Conseguentemente la legge impone la conversione dei documenti cartacei in formato elettronico. I documenti cartacei devono essere restituiti o distrutti, nella misura in cui la loro ulteriore conservazione non sia più necessaria, mentre i documenti elettronici devono corrispondere nella grafica e nei contenuti a quelli cartacei (dovranno essere ad esempio scannerizzati a colori)⁸³.

Da ultimo, nel 2017 è stata emanata una legge avente lo scopo di sfronare sistematicamente il diritto amministrativo tedesco dal requisito della forma scritta⁸⁴. Questo intervento legislativo ha avuto un impatto solo marginale sul *VwVfG*, mediante l'introduzione della norma, secondo cui nel procedimento relativo ai piani urbanistici (*Planfeststellungsrecht*), il relativo provvedimento dopo la

⁷⁸ T. SIEGEL, *Der Europäische Portalverbund – Frischer Digitalisierungswind durch das einheitliche digitale Zugangstor* («Single Digitale Gateway»), cit., 905.

⁷⁹ Lo stesso dicasi per la legge della Turingia (§ 9, co. 1, *ThürEGovG*); cfr. A. GUCKELBERGER, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, cit., 280.

⁸⁰ In relazione agli appalti sopra la soglia comunitaria il § 97, co. 5, *GWG* ha introdotto la regola della comunicazione elettronica per tutte le fasi del procedimento di aggiudicazione, rinviando all'emanazione di un apposito regolamento. Si veda più estesamente I. REICHLING, N. K. SCHEUMANN, O. LAMPE, «*Vergabe*» – Ist das Vergaberecht im Zeitalter der Digitalisierung angekommen? (Teil II), in *GewArch*, 2020, 8, 308.

⁸¹ § 6, co. 1, *EGovG*.

⁸² § 6, co. 2, *EGovG*.

⁸³ § 7, co. 1 e 2, *EGovG*.

⁸⁴ *Gesetz zum Abbau verzichtbarer Anordnungen der Schriftform im Verwaltungsrecht des Bundes vom 29.3.2017* (BGBl. I, 2017, p. 626).

sua pubblicazione può essere richiesto anche in forma elettronica, ad esempio via e-mail⁸⁵. È stato inoltre eliminato il requisito della firma digitale e previsto un obbligo di accesso elettronico all'amministrazione, anche se pur sempre limitato alla comunicazione o trasmissione dei documenti⁸⁶.

Questa evoluzione viene considerata complementare alla digitalizzazione del procedimento amministrativo. La dottrina ha, infatti, riscontrato la tendenza «alla prosecuzione» e al completamento della normativa prevista dalla legge sul procedimento amministrativo nella legge sull'*e-government*⁸⁷. Ad esempio l'accesso alla comunicazione elettronica, previsto facoltativamente dal § 3a *VwVfG*, è reso obbligatorio dal § 2 *EGovG*. Lo stesso dicasi per l'accesso endoprocedimentale agli atti, rispetto al quale il § 8 *EGovG* rappresenta un'integrazione delle previsioni del § 29 *VwVfG*, in relazione ai documenti elettronici. La definizione delle modalità di accesso (mediante stampa, visione a video o trasmissione elettronica) è sostanzialmente affidata all'amministrazione. In sostanza è previsto un obbligo di gestire i provvedimenti in formato elettronico, mediante un accesso digitale ai dati a disposizione della P.A.

La medesima considerazione vale per gli obblighi di comunicazione. In virtù del principio di specialità la legislazione sull'*e-government* prevale sulle norme generali sul procedimento amministrativo. Rispetto a questa forma di decodificazione si auspica un'integrazione di detta normativa nella disciplina generale, anche per ovviare alle ambiguità determinate dalla scelta della legge applicabile, cioè della legge sull'*e-government* federale o del rispettivo *Land* oppure della legge sul procedimento⁸⁸. La legislazione sull'*e-government* e il suo impatto sul procedimento amministrativo rappresentano in quest'ottica una cesura rispetto alla menzionata tradizione della legislazione simultanea, cioè del recepimento più o meno identico di ogni modifica della legislazione federale sul procedimento amministrativo da parte dei *Länder*. Contemporaneamente però si

⁸⁵ § 74, co. 5, quarto periodo, *VwVfG*, come modificato dall'art. 5 del *Gesetz zum Abbau verzichtbarer Anordnungen der Schriftform im Verwaltungsrecht des Bundes* del 29.3.2017 (BGBl. I, 2017, p. 626).

⁸⁶ L. PRELL, *E-Government: Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, cit., 1257.

⁸⁷ T. SIEGEL, *E-Government und das Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit., 556.

⁸⁸ A. GUCKELBERGER, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, cit., 279 s.

avverte una spinta sia verso la modernizzazione del procedimento amministrativo, sia verso una sua maggiore uniformazione su scala nazionale⁸⁹.

4. 2. La legge sull'accesso digitale ai servizi (*Onlinezugangsgesetz*).

Sul fronte dell'*e-government* la Germania ha ancora molto terreno da recuperare, presentando un indice di digitalizzazione relativamente basso anche in confronto con il panorama europeo⁹⁰. L'amministrazione tedesca appare ancora restia a modificare percorsi decisionali consuetudinari e consolidati, investendo in apposite apparecchiature di lettura o comunque software dedicati⁹¹. Prova ne è il fatto che il Paese si posiziona attualmente al 12esimo posto del *Digital Economy and Society Index* (DESI), elaborato dalla Commissione Europea (ove peraltro l'Italia funge quasi da fanalino di coda in 26esima postazione)⁹². Conseguentemente, su proposta dell'IT *Planungsrat*, organo di coordinamento interfederale nell'ambito delle tecnologie digitali⁹³, la Conferenza congiunta dei primi ministri della Federazione e dei *Länder* ha deliberato il 14.10.2016 l'istituzione di un «portale integrato» (*Portalverbund*), cioè di una sorta di sportello unico digitale da cui accedere ai servizi della P.A. a livello nazionale.

Tale riforma richiedeva però una modifica costituzionale che attribuisse alla Federazione la relativa competenza legislativa. Tale passo è stato compiuto dalla legge costituzionale di modifica della *Grundgesetz* del 13.7.2017, adottata nell'ambito della riforma del federalismo finanziario⁹⁴. Essa ha introdotto un nuovo art. 91c, co. 5, GG, con cui si attribuisce alla Federazione la competenza

⁸⁹ H. KUBE, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, cit., 299.

⁹⁰ Cfr. *Jahresbericht 2017 des Nationalen Normenkontrollrats*, 35 ss. Si veda anche A. GUCKELBERGER, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, cit., 250 ss.

⁹¹ A. GUCKELBERGER, *op. ult. cit.*, 251.

⁹² Cfr. The Digital Economy and Society Index (DESI) (europa.eu); si veda anche F. VON HARBOU, *Abschied vom Einzelfall? Perspektiven der Digitalisierung von Verwaltungsverfahren*, cit., 340. Nel suo «European Digital Progress Report» annuale la Commissione Europea posiziona la Germania alla rubrica «Digital Public Services» ampiamente al disotto della media europea. Anche alla voce «offerta amministrativa digitale» la Germania si colloca al diciottesimo posto su scala europea (cfr. M. MARTINI, *Transformation der Verwaltung durch Digitalisierung*, in *DÖV*, 2017, 11, 434).

⁹³ H. KUBE, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, cit., 295; cfr. https://www.it-planungsrat.de/DE/Home/home_node.html.

⁹⁴ *BGBI.* I, 2017, p. 2347.

legislativa esclusiva – ma anche il compito – di regolamentare l'istituzione del portale da cui accedere a tutti i servizi della P.A. a livello federale e dei *Länder*, salvo un diritto di veto a favore della camera dei *Länder* (*Bundesrat*)⁹⁵. Si sono così poste le basi del grande progetto federale di *e-government*, in base al quale le amministrazioni sono tenute a pubblicare sui portali informatici la gamma di servizi a disposizione. La strategia perseguita è duplice e viene denominata sia «*digital first*» (dare la priorità al procedimento digitale) sia «*once only*» (immettere i dati *una tantum* e renderli accessibili da parte di tutte le amministrazioni a livello nazionale)⁹⁶.

La disposizione è collocata nella sezione della Costituzione dedicata ai compiti comuni e alla cooperazione amministrativa tra i vari livelli di governo. La novella costituzionale ha consentito il 14 agosto 2017 la promulgazione dell'*Onlinezugangsgesetz* (OZG)⁹⁷, avente lo scopo di permettere un accesso ai servizi della P.A. libero da vincoli temporali o spaziali⁹⁸.

Secondo il principio della multicanalità, il § 1 OZG prevede che la Federazione e i *Länder* siano tenuti a offrire i rispettivi servizi «anche» in formato elettronico attraverso il portale unico entro il 31 dicembre 2022 e a connettere i rispettivi portali (§ 1, co. 1 e 2, OZG)⁹⁹. Fanno eccezione

⁹⁵ Tale novella costituzionale era stata anticipata dalla seconda riforma del Federalismo dell'1.8.2009 (legge del 29.7.2009, *BGBI.* I, p. 2248), che, introducendo nella *Grundgesetz* l'art. 91c, prevede che la Federazione e i *Länder* cooperino in materia di IT nell'ambito della pianificazione, realizzazione e gestione, deliberando standard comuni di interoperabilità e sicurezza per la P.A. a livello nazionale. I dettagli della cooperazione sono stati disciplinati nell'ambito di un Trattato di Stato, negoziato tra la Federazione e i *Länder* dalla Commissione per la riforma del federalismo. Il Trattato di Stato ha istituito l'*IT-Planungsrat* (Consiglio per la pianificazione nell'ambito dell'IT) di cui fanno parte esperti del governo federale e dei *Länder* nell'ambito delle tecnologie dell'informazione (§ 1 co. 2 IT-StV); cfr. A. GUCKELBERGER, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, cit., 259. In proposito la dottrina si è interrogata se si potesse individuare un mandato, affidato dal costituente al legislatore, di promuovere la digitalizzazione, tanto più che l'art. 91c, co. 4, GG assegna alla Federazione il compito specifico di interconnettere le reti di comunicazione a livello interfederale. Esso viene altresì desunto implicitamente dal principio dello Stato di diritto (Art. 20, co. 3, GG) che comporta un impegno a rendere più efficienti e ottimizzare i servizi della P.A.; cfr. più estesamente T. SIEGEL, *Elektronisches Verwaltungshandeln – Zu den Auswirkungen der Digitalisierung auf das Verwaltungsrecht*, cit., 921. Sul progresso digitale come compito dello Stato si veda M. MARTINI, *Transformation der Verwaltung durch Digitalisierung*, cit., 433.

⁹⁶ F. VON HARBOU, *Abschied vom Einzelfall? Perspektiven der Digitalisierung von Verwaltungsverfahren*, cit., 341; si veda anche l'analisi effettuata da B. MARCHETTI, *La garanzia dello human in the loop alla prova della decisione amministrativa algoritmica*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 21, 2 (in fase di pubblicazione).

⁹⁷ *BGBI.* I, p. 3122, 3138; cfr. T. SIEGEL, *Auf dem Weg zum Portalverbund – Das neue Onlinezugangsgesetz (OZG)*, in *DÖV*, 2018, 5, 185.

⁹⁸ Cfr. l'art. 9 del *Gesetz zur Neuordnung des bundesstaatlichen Finanzausgleichs ab dem Jahr 2020 und zur Änderung haushaltsrechtlicher Vorschriften* del 14.8.2017 (*BGBI.* I, p. 2787).

⁹⁹ T. SIEGEL, *Auf dem Weg zum Portalverbund – Das neue Onlinezugangsgesetz (OZG)*, cit., 188. Vengono in rilievo complessivamente 575 servizi che spaziano da rilascio dell'atto di nascita, agli assegni familiari, ai permessi di costruire,

solo i servizi inidonei ad essere offerti online¹⁰⁰. Un requisito essenziale per il funzionamento del portale integrato è rappresentato dalla standardizzazione del *software* informatico che dovrà essere disciplinata unitariamente con regolamento¹⁰¹. Questo sforzo di uniformazione richiede necessariamente una concertazione non solo verticale tra la Federazione e i *Länder*, bensì anche trasversale tra i rispettivi dicasteri. L'apparato organizzativo della riforma è stata realizzato a livello federale con l'insediamento del cosiddetto «*Digitalkabinett*», riunitosi per la prima volta a giugno del 2018, cioè di una commissione tecnica con funzioni consultive nei confronti del Governo federale¹⁰².

L'interfaccia virtuale, rappresentata dal *Portalverbund*, è lo strumento con cui ci si propone di superare le carenze digitali della Germania, attuando una strategia coordinata tra la Federazione e i *Länder*. Si tratta di un portale «front-office» che, analogamente a quanto previsto dalla direttiva Bolkenstein 2006/123/CE, non modifica l'assetto competenziale del «back office», cioè delle amministrazioni dei tre livelli di Governo rispettivamente federale, dei *Länder* e comunale. Va peraltro tenuto presente che, in esito al recepimento della direttiva servizi, i cosiddetti «*Behördenportale*» (anche denominati «*Verwaltungsportale*» o «*Bürgerportale*») avevano già preso piede nella realtà amministrativa, rappresentando un punto di riferimento istituzionale per i cittadini e la società civile. Rispetto al portale unico l'*IT-Planungsrat* ha deliberato il 5 ottobre 2017 le linee guida per la realizzazione, fatto che lascia ben sperare che possa essere attuato nei tempi previsti¹⁰³.

all'immatricolazione di autovetture e all'iscrizione di imprese commerciali (cfr. F. VON HARBOU, *Abschied vom Einzelfall? Perspektiven der Digitalisierung von Verwaltungsverfahren*, cit., 340).

¹⁰⁰ § 1, co. 1, secondo periodo, OZG. Va peraltro aggiunto che a ottobre del 2018 anche il legislatore europeo ha fatto propria l'idea del portale unico con il varo del regolamento (UE) 2018/1724 sul *single digital gateway* come elemento di spicco della strategia digitale dell'Unione europea. Tale «metaportale» è allestito dalla Commissione (art. 2) con funzione di front office, e quindi senza intaccare i compiti di back office degli Stati membri, in ossequio alla loro autonomia procedurale, come si ricava dai *consideranda* 24-26. Il regolamento UE 2018/1724 prevede l'istituzione di tale portale allo scopo di accedere a informazioni, procedimenti e servizi di supporto (art. 7). Esso si riferisce *ratione materiae* a informazioni e procedimenti rilevanti per il mercato interno. Entrerà in vigore il 12.12.2020 (art. 39, co. 2). È tuttavia previsto che la norma riguardante il procedimento amministrativo (art. 6) entri in vigore solo alla fine del 2023. Questa novella normativa rappresenta la codificazione di un obiettivo da tempo perseguito dalla scienza giuridica di realizzare un *one-stop-government* e quindi un interlocutore unico, senza modificare l'assetto competenziale delle singole amministrazioni; cfr. T. SIEGEL, *Der Europäische Portalverbund – Frischer Digitalisierungswind durch das einheitliche digitale Zugangstor* («*Single Digitale Gateway*»), cit., 906.

¹⁰¹ Cfr. § 4, OZG sulle componenti informatiche; § 5 sugli standard di sicurezza; § 6 sugli standard di comunicazione.

¹⁰² A. GUCKELBERGER, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, cit., 258.

¹⁰³ T. SIEGEL, *Auf dem Weg zum Portalverbund – Das neue Onlinezugangsgesetz (OZG)*, cit., 192.

5. Potenzialità e limiti del procedimento pienamente automatizzato.

Come si è visto nei paragrafi precedenti, dal 2017 la possibilità di svolgere un procedimento pienamente automatizzato è prevista in tutte e tre «le colonne» del procedimento amministrativo. Ormai circa 120 milioni di provvedimenti tributari possono essere emanati in formato elettronico¹⁰⁴. Negli altri due ambiti non è ancora stato ben definito quali provvedimenti possano essere convertiti in formato digitale e si è in attesa dell'intervento del legislatore di settore, anche se si ritiene che vengano ricompresi soprattutto provvedimenti adottati su base bilaterale, standardizzati e vincolati¹⁰⁵.

In una prospettiva generale, si osserva una progressiva tendenza al passaggio dall'uso facoltativo del formato digitale all'*e-government* come scelta obbligatoria, ad esempio in relazione al procedimento nell'ambito dei *single points of contact* previsti dalla direttiva Bolkenstein, alla comunicazione elettronica nell'ambito delle gare di appalto e all'offerta di servizi attraverso il portale unico secondo l'*Online-Zugangsgesetz*.

Un limite per l'amministrazione consiste nella sua perdita di autonomia e nella sua crescente dipendenza da operatori di servizi esterni. La concezione, programmazione e manutenzione dei procedimenti automatici richiedono specifiche conoscenze informatiche che si sovrappongono all'*expertise* in ambito amministrativo, relegando in secondo piano il ruolo della P.A. quale «*signora del procedimento*». Di conseguenza appare necessario evitare che «le istituzioni e gli enti pubblici rimangano passivi fruitori delle tecnologie messe in campo dai privati»¹⁰⁶. Viceversa gli esperti di IT spesso non dispongono di *know-how* in ambito amministrativo, motivo per cui s'impone un approccio interdisciplinare¹⁰⁷. Tale evoluzione è, ad esempio, rinvenibile al § 87c AO, che prevede

¹⁰⁴ N. BRAUN BINDER, *Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren, voll automatisiert erlassene Verwaltungsakte und elektronische Aktenführung*, cit., 318.

¹⁰⁵ N. BRAUN BINDER, *op. ult. cit.*, 318.

¹⁰⁶ S. TRANQUILLI, *Rapporto pubblico privato nell'adozione e nel controllo della decisione amministrativa «robotica»*, cit., 284.

¹⁰⁷ L. PRELL, *E-Government: Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, cit., 1258.

che possano essere impiegati in ambito tributario programmi informatici elaborati esternamente all'amministrazione (*nicht amtliche Datenverarbeitungsprogramme*)¹⁰⁸.

Per ottenere provvedimenti automatizzati le disposizioni applicabili nei procedimenti devono essere a monte traducibili in algoritmi e nel linguaggio della programmazione. La digitalizzazione dell'attività amministrativa richiede dunque un nuovo approccio da parte del legislatore, che dovrà tenere conto delle esigenze di schematicità, connesse ai procedimenti robotici, rinunciando a distinguere e specificare eccessivamente singole fattispecie a favore di criteri e tipologie generali. Questa evoluzione, già nota nei procedimenti di massa, rischia tuttavia di sacrificare considerazioni di giustizia individuale (*Einzelfallgerechtigkeit*) e le particolarità del singolo caso a favore dell'efficientamento generale del sistema amministrativo. In questo senso il diritto tributario si presta particolarmente alla digitalizzazione, visto il ricorso diffuso a provvedimenti di *routine*, diversamente da altri ambiti quali, ad esempio, il diritto di polizia, suscettibili di incidere con particolare intensità su diritti e libertà individuali che impongono un'analisi specifica su ogni singolo caso¹⁰⁹. Mantenere l'equilibrio tra differenziazione e automazione rappresenta pertanto la vera difficile sfida per la digitalizzazione amministrativa¹¹⁰.

Viviamo attualmente nel cosiddetto «VUCA-World», acronimo con cui si definisce una situazione caratterizzata da «volatility, uncertainty, complexity, ambiguity»¹¹¹. Gli algoritmi, soprattutto se «autodidatti» (*learning algorithms*) vengono visti con sospetto dal cittadino, timoroso di essere privato della possibilità di verificare la correttezza dei dati immessi e delle decisioni adottate. Il singolo che si rapporta al procedimento amministrativo robotizzato secondo le modalità «opache»¹¹² delle reti neurali, cosiddetta *blackbox*, vuole poter effettivamente ricostruire i risultati prodotti dai sistemi

¹⁰⁸ H. KUBE, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, cit., 312.

¹⁰⁹ H. KUBE, *op. ult. cit.*, 322.

¹¹⁰ Si veda sul punto A. CASSATELLA, *La discrezionalità amministrativa nell'età digitale*, in: AA.VV., *Scritti in onore di Franco Gaetano Scoca*, Vol. I, Napoli, 2020, 675 ss.

¹¹¹ H. HILL, *Kommunikation und Entscheidung in der «VUCA-World»*, in H. HILL, J. WIELAND (a cura di), *Zukunft der Parlamente – Speyer Konvent in Berlin*, Berlin, Duncker & Humblot, 2018, 21.

¹¹² B. MARCHETTI, *La garanzia dello human in the loop alla prova della decisione amministrativa algoritmica*, cit. (in fase di pubblicazione).

esperti¹¹³. La trasparenza è, parte integrante dello Stato di diritto, motivo per cui risulta essenziale garantire l'*accountability* dei sistemi robotici, come si sta sforzando di fare il legislatore tedesco¹¹⁴.

Le *chance* offerte dal mondo digitale in termini di snellimento dell'attività amministrativa, nel pieno rispetto delle prescrizioni di legge che prevedono un procedimento «semplice opportuno e rapido» (§ 10 *VwVfG*), sono enormi. I provvedimenti elettronici hanno il vantaggio di essere accessibili senza limiti di spazio e di tempo, anche considerando che le assenze per malattie o ferie non si riflettono sul bilancio dell'efficienza. Hanno però il difetto di essere esposti a fenomeni di hackeraggio e quindi di richiedere misure per garantire la sicurezza dei dati, la protezione da interruzioni di corrente oppure la leggibilità nel tempo nonostante la rapida evoluzione della tecnica.

Il progresso della digitalizzazione anima vivacemente in tutti i paesi europei la discussione sull'uso dell'intelligenza artificiale nell'Amministrazione. S'intende con questo concetto un'attività di *problem solving* realizzata con il ricorso alle macchine. L'intelligenza artificiale è strettamente connessa all'impiego di algoritmi non deterministici, cioè di sistemi di apprendimento automatico (*machine learning*). Gli algoritmi deterministici si attagliano invece a decisioni standardizzate, come quelle previste dalla normativa del § 35a *VwVfG*. L'intelligenza artificiale è viceversa poco compatibile con il disposto di questa norma che esclude decisioni discrezionali o spazi di valutazione della P.A..

Un ampio ricorso all'intelligenza artificiale dovrà comunque fare i conti con l'esigenza di ottemperare ai principi costituzionali e alle regole dello Stato di diritto¹¹⁵. Va altresì dato atto che soprattutto le procedure complesse non si lasciano agevolmente automatizzare in poco tempo, richiedendo una prospettiva di riforma che si snodi sul medio o lungo periodo. Se dunque sul fronte dell'*e-government* la Germania, in un confronto europeo, ha ancora molto terreno da recuperare, questo difficile periodo di pandemia potrebbe, se non altro, avere il pregio di infondere una spinta decisiva al processo digitale.

¹¹³ M. MARTINI, *Wenn Maschinen entscheiden*, in *NVwZ*, 2017, 10, 682; T. BARCZAK, *Algorithmus als Arkanum*, in *DÖV*, 2020, 22, 997.

¹¹⁴ L. GUGGENBERGER, *Einsatz künstlicher Intelligenz in der Verwaltung*, in *NVwZ*, 2019, 10, 849.

¹¹⁵ T. SIEGEL, *Elektronisches Verwaltungshandeln – Zu den Auswirkungen der Digitalisierung auf das Verwaltungsrecht*, cit., 929.

ALEJANDRO VERGARA BLANCO

Full professor of Administrative Law and Director of the Economic Administrative Law Program at the Pontificia Universidad Católica Law School
alvergar@uc.cl

THE PUBLIC/PRIVATE *SUMMA DIVISIO IURIS*

LA *SUMMA DIVISIO IURIS* PUBBLICO/PRIVATO

ABSTRACT

This article analyzes the old dichotomy between public and private Law, *summa divisio* of the juridical disciplines, where we find the other dichotomy that deals with the opening and closing of the juridical phenomena: *lex* and *ius*. Not only does a useful bipolarity arise from this fundamental classification of subject matters that jurists are dedicated to, but also the basis and juridical principles transmitted to the corresponding norms; and these basis and principles are amended by means of the supplementary technique integrating norms among different areas of the Law.

SINTESI

Il presente articolo analizza la vecchia dicotomia tra diritto pubblico e privato, *summa divisio* delle discipline giuridiche, ove ritroviamo l'ulteriore dicotomia, che si relaziona con l'apertura e la chiusura dei fenomeni giuridici: *lex* e *ius*. Da questa classificazione fondamentale di materie, alla quale i giuristi si sono dedicati, non deriva solo un utile bipolarità ma derivano anche le basi e i principi trasmessi alle norme corrispondenti; e queste basi e principi sono modificati per mezzo della tecnica integrativa delle norme tra le diverse aree del diritto.

KEYWORDS: Juridical Science – Public Law – Private Law – Lex-ius

PAROLE CHIAVE: Scienze giuridiche – Diritto pubblico – Diritto Privato – Lex-ius

INDEX: Introduction - I. History and current wide acceptance of this bipolarity 1. Bipolarity in juridical history 2. The public and the private under current law 3. The functions of the bipolarity - II. The normative phenomenon and the public-private 1. The unique origin of the sources of Law 2. The juridical nature of each norm - III. The public and the private of juridical disciplines and laws 1. Bipartition of all juridical disciplines 2. Assignment of the “juridical nature” of each law IV. The public or the private of legal science 1. The juridical disciplines and their autonomy 2. The two hemispheres of Law 3. Two ancient and ambiguous legal axioms 4. Legal system and local priority, as contexts for the configuration of divisions and subdivisions of Law 5. The *summa divisio* public/private as a classifier of legal norms - V. The State, the public and the private 1. That of the state and the public and the private 2. Administrative law and private law - VI. The bipolarity and the suppletory aspects

Introduction

The juridical bipolarity that distinguishes between the public and the private is actually a *summa divisio* of the juridical disciplines, which marks a fundamental classification frame of all of them.

It is a duty of the Theory of Law to understand and analyze the Law phenomenon, in particular, the links between the rules (*lex*) and the science of Law (*ius*). It is the role of the epistemology of the juridical disciplines to analyze the way in which the branches and that bipartite division are created.

In this article I will analyze the old dichotomy of public/private law, the *summa divisio* of juridical disciplines, which would seem to always be at the center of everything. It means one must refer to the epistemology of juridical disciplines from where this other dichotomy emerges, lying at the opening and closing of this legal phenomenon: *lex* and *ius*.

Therefore, an epistemological review of the juridical disciplines is important: that of the *summa divisio iuris*, which heuristically classifies Law as public and private. Not only does a useful bipolarity arise from this fundamental classification of subjects to which jurists are dedicated, but also the basis and juridical principles that are transmitted to the corresponding norms. We will see that these foundations and principles can be amended by means of the supplementary technique that integrates norms from different sectors of Law.

I. History and current wide acceptance of this bipolarity.

1. Bipolarity in juridical history.

This ancient classification has had a unique journey in the history of juridical thinking. It steps into history in Rome¹, then it vanishes from the map during the Middle Ages, reemerging in the early modern period without any end to this continuity ever since.

¹ About the origin and history in Rome, see G. NOCERA, *Il binomio pubblico-privato nella storia del diritto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiana, 1992, p. 7 and *passim*.

In fact, this bipolarity enters the historical sources through a fragment of a doctrinaire nature from the Ulpian Institutes, taken from the Institutes and from the Digest². The said text points out that the aspects of the study (*positiones studii*) of Law are two: *publicum et privatum*:

i) “public law is that concerning the Roman thing” [*publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat*]; and

ii) “private [law] is the one concerning the utility of individuals” [*privatum, quod ad singulorum utilitatem*].

This distinction disappears during the Middle Ages, a period dominated by the concept of a “Common Law” (*ius commune*) legal system based on autonomy with respect to the particular laws (*iura propria*)³. Romanists and Canonists for many years refused to mutilate the unity of the perspective⁴.

This diptych of private Law/public Law reappears in the middle of the XVII century in juridical literature⁵, where diverse works were written, precisely and wholly naturally entitled private Law and public Law⁶. From that period until today, this terminology has been adopted by legal work authors in order to distinguish, paraphrasing Ulpian, *positiones studii iuris*, the fields of science.

It is evident that the philosophers view it with the same naturalness, and the studies of Law are classified in the schools of education in the same way. This is how teaching and the different departments or sections that group different law professors are usually separated. Additionally, specialists in the different branches of Law usually classify themselves as either “publicists” or “privatists” if their dedication is relative to a discipline of one side of this diptych.⁷

2. The public and the private under current law.

² Compiled in both *Institutas*, I, 1, 4, and *Digesto*, I, I, 1, 2.

³ Cf. P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995, 226 [traducc.: *El orden jurídico medieval* (Madrid, Marcial Pons, 1996) 224].

⁴ Thus: G. CHEVRIER, *Remarques sur l'introduction et les vicissitudes de la distinction du «jus privatum» et du «jus publicum» dans les œuvres des anciens juristes français*, en *Archives de philosophie du droit*, 1952, 7.

⁵ *Ibidem*

⁶ It is the case of the *traité de “Droit Public”*, by J. DOMAT, *Le droit public, suite des lois civiles dans leur ordre naturel*, en *Œuvres de J. Domat*, Paris, Libraire de Jurisprudence, 1829.

⁷ See *Metaphysik der Sitten* 1797, by Kant, of which the first part is dedicated to the “metaphysical principles of the doctrine [theory] of Law”, where it offers a supreme division of Law, which he precisely refers to as public Law and private Law.

The Public Law/Private Law bipolarity today is an undeniable part of legal culture and is a distinction that, for a long time, has been structuring the discourse of the jurists of our “continental” tradition⁸. Thus, the point is an object of intense discussion from those who deny the distinction⁹, calling it ideological and anti-scientific, to those who relativize it¹⁰, but every jurist in his or her works seems to feel obliged to point out something about the distinction, either vaguely or with greater precision.¹¹

Notwithstanding the foregoing, the public/private today is not only a matter of juridical analysis, but is the object of study of other perspectives, whether philosophical, sociological or historical; hence, many still think that it is merely ideological and not juridical. The public and the private emerge from human reality, and from life in society¹², and these perspectives are useful to Law, albeit not always coinciding. We will not address these perspectives.

Therefore, this bipolarity is a creation of juridical literature and the teaching of Law. It is clearly the incorporation of a doctrinaire language of the authors and professors, connected with

⁸ M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, Presses Universitaires de France, 1994, 184, [traducc. *Por una teoría jurídica del Estado*, Madrid, Dykinson, 2001, 164].

It would seem that this distinction has no relevance in the *Common Law*. See D. OLIVER, “Pourquoi n’y a-t-il pas vraiment de distinction entre droit public et droit privé en Angleterre?”, en *Revue internationale de droit comparé*, N° 2, pp. 327- 338, who points out that “there is only law and justice”, and J. B. AUBY y M. FREEDLAND, *La distinction du droit public et du droit privé: regards français et britanniques. The Public Law/Private Law Divide: une entente assez cordiale?*, Paris, Editions Pánthéon-Assas, 2004, which contains the minutes of a Franco-British meeting of professors from different specialties aimed at analyzing the dichotomy in both systems.

⁹ As the positivist normativist position that denies the distinction in the case of Kelsen.

¹⁰ A discussion we cannot address herein; a perspective and extensive bibliography in S. PUGLIATTI, “*Diritto pubblico e diritto privato*”, voz en: *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè editore, XII, 1958, 606-746.

¹¹ This echoes back to each introductory manual of the disciplines of Law, or philosophy or theory of Law. The might be rather extensive. For our current purposes, we can establish it in G. RADBRUCH, *Filosofía del derecho*, Granada, Editorial Comares, 1999; G. ROBLES, *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid, Debate, 2003, 159-164; É. DESMONS, “*Droit privé, droit public*”, voz en *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Quadrige/Lamy-PUF, 2003, 520-525, and in Chile, the incimparable attempt by R. CÉSPEDES Proto, “*La clasificación del derecho en público y privado en el ordenamiento jurídico chileno*”, en *Revista Actualidad Jurídica*, N° 9. 2004, 273-300.

¹² See philosophical perspectives on the public and private realm in H. ARENDT, *The Human Condition*, Chicago, Illinois, The University of Chicago Press, 1958, [traducción: *La condición humana*, Barcelona, Paidós, 1993] chapter II, 37-95 and in J. HABERMAS, *Strukturwandel der Öffentlichkeit* [traducc.: *Historia y crítica de la opinión pública*, Madrid, 1982; traducc. francesa: *L'espace public*, 1962, 94-123, who have developed it from their perspectives, and in a polemical fashion among them, a historical vision in B. CLAVERO, *Razón de Estado, razón de individuo, razón de historia*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1991.

reality, which little by little began to imbue the dialogue with the rest of the literature and especially with that of the legislator.

It is important to observe this phenomenon of the public/private from different perspectives that are different from the juridical and enable an approximation of reality¹³. Their perspective is the observation of life itself. They ask themselves: what is the purpose of the public/private binomial in an explanation of social life? We can review the more common answers.

a) It is a rationalizing tool of social organization

All of these analyses fog the current thinking and each one uses this counterpoint in different ways. There seems to be a breaking point with what we jurists think (following Ulpian, Kant), and the public and the private for philosophical or general sociological thinking. It seems to be somewhat subdued:

i) *The public*: would be that which belongs to the people, on the whole/what is common in all, not necessarily that of the state.

ii) *The private*: that which is personal and private. Nevertheless, it is possible to distinguish two dimensions of individual behavior: i) the private dimension: it is the free initiative of the individual, personal development; and, ii) the public dimension: individuals.

Thus, the public/private intermingle: i) the State may safeguard the public as well as the private; and, ii) individuals have two dimensions: private/public. In such a way that we cannot attribute the whole public thing to the State, or the whole private thing to the individual, these two dimensions are part of both entities.

The philosophical and sociological view then does not necessarily coincide with either historical vision (we have already seen that the bipartition has been evolutionary) or with the juridical approach (which we will review in due course).

b) Axiology of the public and the private

There is an axiology in both sectors from which a constant creation of principles arises. From here, specific juridical principles might emerge for each sector. Thus:

¹³ H. ARENDT, 1958, *ibidem* and in J. HABERMAS, *ibidem*, come forth as advocates of the public interest. The split of these two dimensions suggests society and State, but it is something different.

i) *The public sphere*: would be dominated by the notion of general interest. From here it is possible to distinguish if the general interest is a sort of interest ontologically typical of the new entity created by the meeting of individuals, meaning the State, or if it is the interest of society as a whole, which is distinct and distinguishable from that reality called State.

ii) *The private sphere*: submitted to individual interests.

As a juridical consequence of this bipolar representation of society, two categories of individuals or juridical subjects have been formed:

i) Private individuals, which are natural and legal; and ii) public individuals, which are only juridical. Thus, for some jurists (or juridical systems) all distinction of public law and private law lies in this syllogism:

1) *Public bodies*: the "public" juridical entities (that is, the bodies of the State) are in charge of the general interest, followed by:

2) *Special/public Law for said public bodies*: for its juridical regulation, the Law creates statutory rights meaning a right created for said "public" individuals, which is prohibitive of the "common law" (civil Law, which applies to "private" individuals) whose outcome is public/private bipolarity:

3) *Public jurisdiction*: All this translates into a jurisdictional dualism, two orders of jurisdiction, which gives an institutional basis to the division of law; judges for the public and for the private. This is the case of France. It is necessary to verify in each conflict whether an administrative judge (public law) or a judicial judge (private law) is authorized.

c) *This division in society is not static; it is evolutionary*

The division of the public and the private is linked to the historical context and to the dominant ideologies. The public and the private are not the same thing in regimes that are more or less: i) statist (that try to capture through the State all that is public/to seize everything that is common, including relevant private aspects); or, ii) liberal (that try to expand the private). Ultimately, it is a fluctuating division. Kelsen was right; it is an ideological division. It depends on the trends at the heart of a society.

Therefore, the public and the private are different in reality. We must be careful when trying to transfer without filter, purely and simply, the philosophical or sociological texts to the world of Law. Let us review the public/private in Law.

Essentially, today its analysis is necessary not only as a theoretical dialogue in the midst of the epistemology of the disciplines of Law, but it also requires a dogmatic-juridical analysis. This is an interpretation of current norms, given that legislators have resumed this classification to define frameworks for implementing norms. The assumption here is that, for example, norms of one or another sector of the regulatory order may be successively applied to administrative Law. That is the case in the following two examples:

1) Article 21 of the Decree with the Force of Law No. 164 of 1991 [whose text was set out in D.S. N° 900 of 1996], Law of Public Works Concessions refers to "*norms of public Law*" and to "*norms of private Law*",

2) Article 1 of Law No. 19.886 of 2003 on Rules for Administrative Contracts for Provision of Supplies and Services refers to "*norms of public Law*" and "*norms of private Law*"¹⁴. Hence, it is possible to offer the following two responses:

i) that which is public Law and that which is private Law, and then, ii) that which is a norm from one or another sector.

Let us not deceive ourselves, because every time we mention this division, we can only do so because: i) we think systemically about the proximate genus: the legal reality that covers everything; and, ii) next we classify because we know that the whole has to be divided and each discipline must be contained in one or another part of the system.

3. The functions of the bipolarity.

What is the public? What is the private? What is the proximate genus of the nouns/adjectives public and private? What is the legal use of a widespread philosophical and sociological discussion about it? When a philosopher or a sociologist classifies reality by public/private, do they come from the same position as the jurist?

¹⁴ The Law says, "*Contracts (...) shall be adjusted to the rules and principles of the legal body and its regulations. In a suppletory manner, the rules of Public Law will apply to them and, in the absence of those, the rules of Private Law.*"

Clarity about the bipolarity is not only necessary for the purposes of the science of Law, to look for coherence or similarities in each sector of Law, and for the purposes of its teaching, but also for these two practical effects:

1 to assign this or that condition to the norms, and

2 to verify if the method of integrating the norms of both sectors is possible or coherent; i.e. if the interference of norms is theoretically and practically acceptable to close loopholes from one to another sector. This is something new in our normative scheme, and it is possible to analyze and offer elements for said task of normative integration.

The brief development that we offer in this work on bipolarity is only an attempt to cover the second objective indicated above.

II. The normative phenomenon and the public-private.

1. The unique origin of the sources of Law.

The task of legal dogmatics presupposes, at least initially as a point of departure, the acceptance of a legal system - laws - as part of the juridical phenomenon. In our current regulatory reality, as a primeval fact, there is the *populus*, gathered around a referendum, which dictates the Political Constitution. Said regulatory body contains regulations (norms: *lex*), whose nature we can only qualify once the juridical disciplines (*iuris*) are created, which in turn are classified as public or private.

The legislator (or the constituent) regulates social life according to political imperatives without a classifying spirit. It is unimaginable for a legislator to have a classificatory conscience regarding a public or private nature. The legislator simply dictates norms, which only later are classified by the jurists in the specific areas. The disciplines of Law are those that can be clearly classified first into private or public and conform the two old branches of Law as a science by established academic convention. Second, the transmission of this classification to laws or norms takes place in the subsequent operation that the jurist undertakes by systematizing the regulations, integrating a given norm as part of each discipline. In such cases, the jurist assigns each law or

norm a specific nature in accordance with its subject matter (civil, procedural, constitutional, administrative, labor, etc.), which in turn will be public or private, depending on the position of said discipline within the partition of scientific Law. Therefore, only once this entire process has been followed will the jurist assign the nature of a law or norm.

It usually happens in juridical practice that the same regulatory body may include norms of a different nature, either public or private as explained above. What matters to the science of Law for classificatory purposes is the substance of the content. The repository (the specific norm, the Law/legal) is important for the purposes of validity or the normative hierarchy¹⁵. The *origin* of the Law/legal is neither public nor private. If the very *nature* of legal Law can become binary, this is the result of a subsequent verification by a jurist, as stated above.

The classification of the public/private does not refer to a supposed binary origin of the sources of the positive law in force, as if they were from discernible authors.¹⁶ This is because today they all originate in the *only* politically accepted way: the *populus*, through a plebiscite (Political Constitution) or the State/legislator (Congress: nearly always through laws (or substitute customary Law); the President of the Republic: D.F.L.; the Supreme Court: self-stipulated).

From the above it appears that the *privus* of today (individuals) are never authors of a Law/legal, i.e. regulations. A contract or a will are not laws. They are not Law/legal sources, nor can they be considered "regulations" by any definition, however lax. They are simply private, unilateral or bilateral acts according to the classic classification, fruit of the principle of the autonomy of will. Hence, a current jurist cannot take Article 1545 of the Civil Code seriously insofar as it refers to the fact that the contract is a "*law*" for the contracting parties, which cannot be considered more than mere metaphor on the unilateral inviolability of its clauses¹⁷.

¹⁵ See A. VERGARA BLANCO, "Prólogo" a Guzmán Brito, 1995, now in *Derecho Administrativo: identidad y transformaciones*, Santiago, Ediciones UC, 2018.

¹⁶ As A. GUZMÁN BRITO, *El derecho privado constitucional de Chile*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso de la Universidad Católica de Valparaíso, 2001, p. 18.

¹⁷ In this context, L. CLARO SOLAR, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, Editorial Jurídica de Chile, T. V, 1939, 470, points out: "The comparison of the contract with the law, in terms of the effect that it is called upon to produce among the contracting parties, is therefore traditional. The Roman jurisconsult wants to indicate an exact and complete idea of the binding force of the contract; and does not find a more appropriate word to express it than to say that the contract constitutes a law, *legem contractus decit*, that is to say that for the contracting parties their consent gives rise to the obligation that the obligated party has imposed on itself as it would be imposed by the law itself that

2. The juridical nature of each norm.

As a result of the foregoing, each of the branches or disciplines of Law, i.e. specialized law sciences can be included in any of the two poles or spheres of either public law or private law. Now, Law/legal meaning legislation, every sectorial regulation, or even each norm are in fact classified or systematized "by" such disciplines. Being situated within a given branch in accordance with the subject imbues it with that nature. It is the Law scientist, who observes the norms and reality of social life that encapsulates each norm in a "factual hypothesis" that designs, separates, disaggregates, dissects, whatever it may be called, the concentrations of rules or norms (of any hierarchy be it constitutional or legal), and verifies and assigns the nature of such norms (*lex*) considering them from such an analysis as the "source" of the corresponding discipline. This function is typical of the "doctrine" (of jurists) and forms the so-called external system.

In the normative analysis (of the Law/legal: first phase of the legal phenomenon) the work of the jurist commences, creating and delimiting the juridical disciplines and formulating theories and juridical principles. By connecting a norm with a discipline, it assigns a legal nature in a real world context. It is what we explain next.

III. The public and the private of juridical disciplines and laws.

The "public-private" binomial today is first of all a disciplinary *summa divisio*. It is a great disciplinary classifier that splits into two parts the entire constellation of autonomous disciplines that make up the scientific legal universe.

This binomial does not explain the *origin* of the laws that make up the internal order. It is rather a (in truth: "*the*") great classification of the dogmatic legal phenomenon: any legal discipline should be classifiable as public or private (equivalent to public Law or private Law); otherwise it would no longer have its systematizing role.

would have arranged it that way. And the modern legislator could not leave aside the formula that so accurately expressed the binding effect of the contract.

It is necessary to review, then, the public/private binomial in both the *lex* and the *ius*. In fact, the classification public/private is relative:

- i) to the content of the juridical disciplines (*ius*), and
- ii) from there, then, indirectly, to the nature of the norms (*lex*).

We will analyze both places where this public/private binomial is used and applied in juridical matters.

1. Bipartition of all juridical disciplines

The binomial first applies to the juridical «abstract-conceptual system» elaborated by jurists.

In this case, the juridical disciplines are classified by the public/private bipolarity, which consist of the specification of a subject from which the nature of the norms that are its object derives.

How are juridical disciplines categorized? They are encompassed by two units that differentiate the disciplines that are public from those that are private. All the disciplines of Law are classified and incorporated into each of these two parts of the *summa divisio*, thus, each juridical discipline (Civil Law, Criminal Law, Administrative Law, Labor Law, etc.) turns out to be from one or another sector.

As each discipline, in turn, systematizes the norms relative to its subject matter (civil, criminal, administrative, labor, etc.), as we see below, this public/private classification is indirectly transferred to the norms.

Consequently, we see that the first application of the binomial is directed at the scientific disciplines, the so-called "external system" that is not legislative, but rather a conceptual abstract that includes each specific science or jurist specialty. This means it is firstly a classification intended for the doctrinal sectors.

2. Assignment of the “juridical nature” of each law.

This binomial also indirectly applies to the juridical "legal" system, elaborated by a legislator.

In this case the juridical norms are classified by the public/private bipolarity.

Let us recall that the norms of a given subject matter as a whole are the subject of a particular discipline that systematizes them: Civil Law, Criminal Law, Administrative Law, Labor Law, etc.

In what way is any *lex* considered to pertain to this and that discipline, incorporated into its core and studied as such? It is said that a given law or norm is civil, criminal, administrative, labor, etc., from the analysis of the legal reality or regulated subject from which arises its "legal nature": civil, criminal, administrative, labor, etc. Then as each norm has a "juridical nature" assigned to it, they can in turn be qualified as public or private norms, according to the juridical discipline whose dogmatic core is integrated by that norm.

These are the two approaches from a legal viewpoint of referring to the public or private.

IV. The public or the private of legal science.

In short, the phenomenon of private/public in Law, first of all, can be reduced to the classification made by Law scientists in two large groups of juridical disciplines according to their content.

The jurist's work of dissection is carried out with respect to the norms that comprise these disciplines, which includes describing its juridical nature or formulating principles, institutions and juridical theories, through all the technical apparatuses of the Science of Law. Additionally, the disciplinary autonomy of each juridical discipline is a result of the fact that each has its own nucleus, foundation, principles and essential characteristics. This is why criminal Law (on penalties), labor Law (on subordinate relationships), water Law (on usage rights), etc. exist. These subjects and subsequent disciplines, according to their kinship form two large families, giving rise to the great public/private classification.

1. The juridical disciplines and their autonomy.

For the conformation of a legal discipline, and therefore to consider it autonomous from the juridical perspective, there are essential aspects that make up its content, which the jurist must

discover by observing the normative data and the material reality. They are the aspects that constitute the "*dogmatic core*" of each discipline because in said nucleus it must be possible to discover the central juridical institutions of each autonomous discipline. From these essential aspects dissected from its regulation (*lex*) do the core institutions of each discipline and the general principles of Law (*ius*) arise, enabling legal science to bring to bear all of its added value, and not merely legalism, to address social problems.

The classifications that juridical Science performs in public/private and also in other specialized branches: tax, forestry, financial, environmental, etc., are aimed at creating disciplines of study, shaping legal principles from which to offer solution models, which is why the Science of Law "systematizes" the laws in force at any given time. The Science of Law grants these laws a juridical nature, and wherever they are collected, or whatever the denomination that the legislator (or the constituent) has given them, the jurist "systematizes" them in a specific discipline. Thus, what makes a discipline public or private is its doctrinal classification.

The norms in and of themselves always have their own nature, but this nature does not come from pertaining to a legal body with a better or worse name applied by a legislator, nor does a legislator define it. Its nature arises from the essential content of each discipline and the classification that the jurist gives it, depending on whether it forms part of the core of a given discipline.

2. The two hemispheres of Law.

As stated above, from the classification derived from this *summa divisio* emerges what is called public law as well as private law. These two fields do not constitute disciplines unto themselves; rather these expressions are used for classifying them into two separate large groupings of juridical disciplines. Although this may be controversial, juridical disciplines are usually classified in both areas and could be as follows:

a. The disciplines of public Law

Its most marked characterization is the existence of powers of state entities (belonging to authorities) in the respective juridical relationship (this is the case of Administrative Law:

administrative authority, Constitutional or Political Law: legislative powers, Procedural Law: jurisdictional powers or of process).

b. *The disciplines of private Law*

Its most marked characterization is the existence of a relationship between private or private individuals (this is the case of Civil Law: property, family, inheritance, acts and contracts, etc.; Criminal Law, Labor Law, Commercial Law).

c. *The disciplines combined?*

They are usually called Criminal Law and Labor Law. The need to classify all juridical disciplines as a whole into public or private Law could raise the suspicions of those who believe that the boundaries between public and private law are not always clear, however, what I offer in this classification is a criterion: the existence of public powers in the branches and juridical relationships in which one of the powers of the State intervenes as a subject, and the non-existence of these powers in private law relations, in which the subjects interact on equal footing. It is a criterion for dividing these two hemispheres. No one disputes that the legal disciplines are public or private. The debate centers on how each one is classified, and the possibility of a *tertium genus*. A third class would break the bipolarity.

3. Two ancient and ambiguous legal axioms.

The following is connected with the foregoing: the two legal proverbs below are usually considered as two characteristics of the public/private classification, according to which:

i) *"In public Law it is possible to do that which is expressly allowed",* and

ii) *"In private law it is possible to do everything except what is expressly prohibited".*

Said axioms derive from the old compilations of Law of medieval origin¹⁸ through which we should understand that confusing language was often employed to attempt to describe what we

¹⁸ This legal axiom featured in the work of V. VIZCAINO PEREZ, *Compendio del Derecho Público y Común de España de las Leyes de las Siete Partidas*, first Volume, in Regla decimoquinta, Título IX "De las Reglas Generales o Principios del Derecho", Editorial Joaquín Ibarra, 1784.

describe today with greater precision, with the following two juridical phenomena/principles, respectively:

1 for public Law: of juridicity (or legality); in truth, of the necessary typicality of the powers of action of the authorities, and

2 for private Law: of the autonomy ["private"] of action and creation of rights of individuals.

But in both cases, or in both spheres, public and private, there are regulations, either “prohibiting” or “allowing, respectively.

The disciplines that make up each of the two major sectors in which Law is divided (Public Law/Private Law) share essential bases and legal principles among themselves, whereas the disciplines of different sectors do not share them. Hence the difficulty of using normative integration techniques, such as the case of suppletory application, between disciplines of the opposing areas of Law.

4. Legal system and local priority, as contexts for the configuration of divisions and subdivisions of Law.

The juridical disciplines are subdivisions between the two large parties (public and private) of the juridical phenomenon. The juridical disciplines are thus either public or private. Is this also applicable to laws? To answer this, we can analyze the role of jurists to internally divide and subdivide these dimensions.

The creation of juridical disciplines is one of the more significant tasks of academic jurists because through it the legal dogma, also known as “external order” (or juridical or legal doctrine = *science of law*, *doctrine juridique*, *dottrina*, *Rechtswissenschaft*, *Rechtsdogmatik*). This is truly the juridical knowledge par excellence¹⁹: *it is the legal literature*. Such literature is always specialized. It is never offered in a generic way (there are no "Law" treaties, to be plain), but it is always singled out in branches, special disciplines: administrative Law, criminal Law, constitutional Law, civil Law, etc.

¹⁹ This affirmation is stated by M. ATIENZA, “*Prólogo*”, en *Courtis* (ed.), 2006, 9.

The so-called juridical dogmatics, juridical or legal doctrine, or simply doctrine, then is always specialized and never general.

This task is different from the construction of a legal system, of norms (commissioned to a legislator) or of the issuance of sentences (commissioned to a judge).

The study or analysis of the design, the structure and the contours of each legal discipline is doubly relevant:

- 1) Because of the usefulness of such a disciplinary division for better understanding and teaching Law; and,
- 2) Because of its evident usefulness in the implementation that judges carry out under the law.

Hence, it is worth asking what the role is in applying the Law of the following two areas: (i) of the specialized "branches"; and, (ii) now (with the regulatory imperative of articles 21 D.S. No. 900 and 1st Law No. 19.886) of the public/private dichotomy.

The creation and function of specialized "branches" has been a constant theme in the analysis of the juridical phenomenon from Savigny (as "*system*") to Dworkin (as "*local priority*").

It seems that any investigation must start by reviewing the first clues found in Savigny (mid-nineteenth century) and then analyzing the latest proposals in Dworkin (at the end of the 20th century). Thorough research in this regard is not something that we can do in this first formulation, only that which we say in due course.

In this regard, it is stated, correctly and realistically, that judges, in applying the law, grant an essential preference and relevance ("*local priority*", the author points out) to the specialized disciplines in which the law is divided ("departments" or "provinces").²⁰ It is from there, from said disciplines, where the judge gets the first answers, in the attempt made by every judge that the application of the Law be "coherent".

From there, the judge identifies with even greater precision:

- The existing rules (which, if they exist, implementation cannot be hindered, except as a perversion of justice); and,

²⁰ R. DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, 250-251, [traducido como: *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1988, 180-181].

- In case of the absence of a rule (simply put, the “difficult case”), he or she shall turn to the juridical principles²¹.

In both cases, rules and principles, the judge perceives them as pertinent and unique to a singular branch of the law. If the rules and principles were too *general*, the judge would not have a tool to apply said rules and principles to cases, which are always specific and unique. The tool is each specialized discipline. The judge perceives that a norm or a principle will always be of a special juridical nature:

i) either from a specific and unique branch, part or department of law; that is, a rule or principle will always be, for example, administrative law, civil law, criminal law, etc.;

ii) or from one of the two hemispheres of Law: public or private.

This division of law in public and private is, by the way, already shown and expressly mentioned at the dawn of legal science in the nineteenth century by Savigny (as dividing the legal system), and in the late twentieth century by Dworkin (as a local priority)²².

5. The *summa divisio* public/private as a classifier of legal norms.

The current problem for jurists and judges is that articles 1st Law No. 19.886 (regarding administrative contracting) and 21 D.S. No. 900 (in terms of concession of public work) in the case of filling loopholes, forces them to an epistemological/ontological task: classify the norms of the juridical order as having a public or private nature. But this classification already exists for the juridical disciplines.

In these two cases, the normative loopholes must be filled by applying correlatively, as a supplement, first *other* Public Law norms and then *other* Private Law norms.

There is:

²¹ The distinction between rules and principles is highlighted by Dworkin in many passages of his work *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, 250-251, [transl. 1984, 72].

²² See F. K. SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin reimp. Scientia, Aalen, 1981, I, § 9 y R. DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, 250 [transl. 1988, 180].

i) Something a bit unusual: a reference to "*Lam*" (that is, to *ius*/in contrast to the *lex*. This is what we are trying to explain.

ii) There is a *supplementary source order of precedence*: First Public Law, then Private Law.

iii) It is uncommon for Regulation to supersede other laws. The filling of loopholes is done through hierarchical measures and other laws that supersede *special* regulations, but of lesser normative hierarchy. This is problematic.

iv) If we understand that it is a purely normative integration mandate, does it rule out the possibility of resorting to juridical principles to fill loopholes? Unless we understand that the legislative reference to norms of Public Law and Private Law is to legal principles, which is not expressly stated, it refers to "norms."

V. The state, the public and the private.

1. That of the state and the public and the private.

In the Chilean case, the problem of the public/private is particularly relevant in regard to the Political Constitution of 1980 (CP), where the difference between the public and a related phenomenon, but necessarily distinguishable, is quite evident: the state.

The CP is riddled with references to the public and private, and as a direct dichotomy; or, *avant la lettre*, referring expressly only to the public, which reveals the implicit existence of the private. This dichotomy appears at every moment.

Today it is not possible to include all that is state-related in the realm of the public. In fact, although this is strange and paradoxical at first glance, there is the state/public and the state/private.

a) The public state

The public, that of the people, cannot be confused with the state, to put it succinctly, for there are missions of political power [the phenomena we call State/Administration;

State/Regulator (legislator); State/Jurisdiction] that are linked to the *populus*, as such; and, separately, with the *privati*, but *uti singuli*.

We must not lose sight of the object of study of juridical dogmatics: the domestic law of a given country. In a dogmatic analysis it is not possible to bring up the (debatable) thesis of the legal personality of the State as political entity in terms of International Relations.

Once this is clear, it should be noted that the phenomenon of public/private in terms of domestic Law is of such complexity that it requires detailed analysis. Plainly stated, the "State" has no operation in the legal world, although the Constitution makes mentions to the State, so it cannot be considered as a legal entity under domestic Law (is possible to study that perspective in International Relations). In domestic Law, there are political organizations exercising specific powers to which the CP references as "State bodies": administrative power (the State/Administration); power to legislate or regulate (the State/Legislator); power to judge (the State/Jurisdiction). State bodies do have legal personality, but not so the "State" itself, which is rather a sociological concept. In fact, only the administration possesses legal personhood, but the Judicial and the Legislative Powers do not.

This is a state issue and in effect "public", given that it belongs to the common interest, that of the people.

This is an initial perspective of *the state: as public*.

b) The private state

As for property, there are aspects of the state covered by a private legal regime. In effect, various aspects of the state can be regulated (by the norms) and analyzed (by the jurist) through private statute. This is the case of fiscal property (real estate owned by the state treasury), for example, in which the legal/government individual acts according to the same basic property regime as a private individual and is governed in its real relationship to the real estate by private law. However, this does not cause it to lose its quality as a state actor. It would not be an option for the State/Treasury (which is not possible save for the State/Administration), but it is for private property law.

The property framework for the practical exercise of these powers gives rise to a legal person: the treasury (the State/treasury), and said juridical person, in spite of its connection with all the

facultative organs, acts in said sphere (property) under the same basic regime like an individual. The resulting connection to money and goods is identical to that of a private individual, although this should not be confused with the "purpose" of its use, or the "capability" to dispose of them, or the "responsibility" of its agents, because they are money or assets of a legal entity (the treasury) managed by other people (tax officials, called "public" officials, but rather administrative).

This phenomenon is the same with regards to other goods. We see the state, in the public sphere as well as the private sphere. Indeed, *State* goods (of private status: the State/treasury can be the owner) cannot be confused with *public* goods (of public statute: in which the State/Legislator or the State/ Administration act optionally, without being able to be "Owners").

This is a second perspective of *the state: as private*.

c) The fiscal and the state

In sum, in the analysis of the public/private dual scheme, it is necessary to clearly distinguish:

1 the "fiscal", which only claims to pertain to the property aspects, which is regulated on the basis of norms and principles of private Law; of the 2nd state/facultative, which is regulated by public Law.

This means in the current legal context the state appears to us to have different regulations in both sectors of Law: public and private.

2. Administrative law and private law.

For instance, private juridical disciplines develop their own principles, their own characteristics and their own institutions. Examples of principles include autonomy of the will, equality of contracting parties, etc. Some examples of the institutions include contracts, responsibility derived from damages, prescription (manner of acquisition and termination), property or ownership, legal personality, representation or mandate, nullity, family law, and in the commercial arena there are societies, acts of commerce, bankruptcy, etc. Private Law has a tradition of two thousand years, but Administrative Law was born just after the French Revolution, i.e. just over 200 years ago.

In Administrative Law, the relationship is not peer-to-peer; rather it is about an individual in front of a State organism. Although the individuals and the bodies of the State are legal subjects, and can face each other in a Court of Law, the relation or confrontation in the facts is unequal.

Until the middle of the 20th century, the Administration enjoyed many privileges. They argued that they acted in function of the public good and this led individuals to calmly give up their rights and liberties before the Administration.

Example of the incompatibility of civil law concepts with Administrative Law: to make a road (acquisition of goods) it is necessary to resort to expropriation, and not to the autonomy of will to verify whether individuals want to sell or not. The relationship between the administration and the property is called "public property", i.e. suggesting the civilian concept of "property or domain". However, the administration does not have a proprietary connection to these goods.

Institutions have been created in Public Law using these sorts of oddities. Public property does not have the same exclusionary nature as private property because general it is a public good (fiscal goods also exist). That is to say, distinctions definitely have to be made for the same concept, even if the same one is used. The idea of an "administrative contract" has also been transferred, although there is no equality of parties.

Occasionally the Administration carries out activities in the private world, and it does so using legal personhood: the Treasury.

The "principle of good faith", common to Civil Law, is united to the "principle of legitimate trust" of Administrative Law.

When reviewing the legislation and treaties of Administrative Law one must recognize the conceptual transfer from Civil Law to Administrative Law.

VI. The bipolarity and the suppletory aspects.

1) The Public Law/Private Law bipolarity is a *summa divisio* of juridical disciplines, which marks a fundamental classifier of all of them; from whence two differentiated areas of the juridical phenomenon originate. Hence, the disciplines that make up each of the two major areas share

essential bases and legal principles among themselves, but the disciplines of different areas do not share them.

From this *summa divisio*, according to the specific matter of each discipline; the jurist, *a posteriori*, assigns a juridical nature concordant to each norm. In turn, depending on the location of the discipline at one of the two poles, said norms may be grouped according to public or private.

2) Hence the difficulty of using normative integration techniques, such as the case of supplementarity between disciplines in opposing areas of Law. Therefore, it does not seem appropriate in the face of regulatory loopholes to use normative integration techniques, such as substitution among disciplines from opposing sectors of the Law. It is problematic, because the norms thus integrated do so *without the adjustments* that the judge and the jurist incorporate through the delicate process of constructing juridical principles to and from bipolar/opposing sectors, which do not share essential bases or juridical principles.

RENATO ROLLI

Professore Associato presso il Dipartimento di Scienze Aziendali e Giuridiche dell'Università della Calabria
renatorolli@hotmail.com

MARIAFRANCESCA D'AMBROSIO

Dottoranda in Giurisprudenza
dambrosio.mfrancesca@gmail.com

LA NECESSARIA LETTURA ANTROPOCENTRICA DELLA RIVOLUZIONE 4.0

THE NECESSARY ANTHROPOCENTRIC READING OF THE 4.0 REVOLUTION

SINTESI

Il contributo analizza il percorso che ha condotto alla digitalizzazione della Pubblica Amministrazione, ponendo l'attenzione sui vantaggi e sulle criticità connessi all'innovazione tecnologica, alla luce dei recenti arresti giurisprudenziali e delle concrete forme di utilizzo del digitale durante la pandemia da Covid-19.

L'avvento della rivoluzione 4.0 ha travolto il settore pubblico e tutti gli attori che in esso intervengono, determinando, inevitabilmente, una incisiva trasformazione degli strumenti e delle modalità di intervento generalmente adoperati. Invero, il procedimento amministrativo informatico si accinge a divenire la modalità ordinaria di emanazione dei provvedimenti amministrativi poiché funzionale all'attuazione dei criteri di efficienza ed economicità; gli strumenti informatici rappresentano, oramai, il mezzo primario per l'attuazione dell'azione amministrativa. Inoltre, il ricorso al digitale ha scongiurato la paralisi generalizzata del Paese durante la fase più acuta della pandemia, consentendo alle Pubbliche amministrazioni di proseguire nella loro attività volta al soddisfacimento dell'interesse pubblico.

È del tutto evidente che la rivoluzione in itinere offra un ventaglio di opportunità di potenziamento del settore pubblico. Tuttavia, se non guidata da una visione antropocentrica, essa rischia di scalfare il valore che permea l'intero ordinamento giuridico: la persona.

ABSTRACT

The contribution analyzes the path that led to the digitalization of the Public Administration, focusing on the advantages and critical issues related to technological innovation, in the light of recent case law and the concrete forms of use of digital during the Covid-19 pandemic.

The advent of the 4.0 revolution has overwhelmed the public sector and all the actors involved in it, determining, inevitably, an incisive transformation of the tools and methods of intervention generally used. Indeed, the computer-based administrative procedure is about to become the ordinary way of issuing administrative measures as it is functional to the implementation of the criteria of efficiency and cost-effectiveness; computer-based tools represent, by now, the primary

means for the implementation of administrative action. Moreover, the use of digital technology has averted the general paralysis of the country during the most acute phase of the pandemic, allowing the public administration to continue its activities aimed at satisfying the public interest.

The revolution now underway offers a range of opportunities for strengthening the public sector. However, if not guided by an anthropocentric vision, it risks undermining the value that permeates the entire legal system: the person.

PAROLE CHIAVE: digitalizzazione, Pubblica Amministrazione, semplificazione

KEYWORDS: digitalisation, Public Administration, simplification

INDICE: 1. La digitalizzazione del settore pubblico: verso l'Amministrazione 4.0. – 2. L'automatizzazione delle decisioni vincolate e discrezionali. – 3. L'evoluzione della giurisprudenza amministrativa. – 4. L'imputabilità della responsabilità della decisione algoritmica. – 5. La digitalizzazione nell'emergenza sanitaria. – 6. Considerazioni conclusive.

1. La digitalizzazione del settore pubblico: verso l'Amministrazione 4.0.

Con l'avvento dell'era digitale ha preso forma un vero e proprio *digital journey*, fortemente indirizzato verso la realizzazione di un elevato livello di automazione e di digitalizzazione del settore pubblico¹.

I fenomeni che stanno alla base della rivoluzione *in itinere* sono essenzialmente due: la modificazione dei concetti di tempo e di spazio, scaturita dall'utilizzo di nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione (ICT²); la variazione delle modalità di elaborazione di dati e di informazioni, mediante l'automatizzazione di attività che prima potevano essere svolte soltanto dall'intelligenza umana³.

Tali cambiamenti si ripercuotono, inevitabilmente, sia sull'organizzazione della Pubblica Amministrazione, sia sul procedimento amministrativo, coinvolgendone tanto la struttura quanto

¹ A. MASUCCI, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie. Il procedimento amministrativo elettronico ad istanza di parte*, Giappichelli, Torino, 2011, p.5; L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, in *federalismi.it*, 21/2018.

² Acronimo di Information and Communications Technology.

³ V. G. BALANDIER, *Le désordre. Eloge du mouvement*, Paris, 1988.

la disciplina, sia sul meccanismo di imputabilità delle decisioni amministrative e della connessa responsabilità⁴.

Si discorre con frequenza sempre maggiore di “quarta rivoluzione industriale”⁵, volendo in tal modo indicare la possibilità di affidare il procedimento di formazione della decisione amministrativa ad un algoritmo, ossia ad una «sequenza finita di passi elementari che portano alla risoluzione di un problema»⁶.

⁴ D.U. GALETTA – J.G. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *federalismi.it*, 3/2019, p. 3.

⁵ D.U. GALETTA – J.G. CORVALÁN, *op. cit.*, in *federalismi.it*; P. LÈVY, *L'intelligenza collettiva. Per un'antropologia del cyberspazio*, Milano, 1996; J. RIFKIN, *La terza rivoluzione industriale: come il “potere laterale” sta trasformando l'energia, l'economia, il mondo*, Milano, 2011; M. BRETTEL, N. FRIEDERICHSEN, M. KELLER, M. ROSEMBERG, *How Virtualization, Decentralization and Network Building Change the Manufacturing Landscape: An Industry 4.0 Perspective*, in *International Journal of Mechanical, Industrial Science and Engineering*, 2014, 8.1, pp. 37 ss.; G.E. VIGEVANI, C. MELZI D'ERIL, M. CUNIBERTI, M. BASSINI, *Diritto dell'informazione e dei media*, Torino, 2019.

⁶ P. FERRAGINA - F. LUCCIO, *Il pensiero computazionale. Dagli algoritmi al coding*, Società Editrice il Mulino, 2017, p. 10; sul tema si rinvia inoltre a A. MASUCCI, *Atto amministrativo informatico*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1997, Agg. I, pp. 221 ss., § 1; F. SAITTA, *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 *federalismi.it*, 2/2018.

L'informatizzazione diventa sinonimo di semplificazione⁷, di «Stato più leggero»⁸; gli obiettivi che essa deve perseguire sono impressi nel dettato costituzionale agli artt. 97 e 98, e all'art 12 CAD e sono riconducibili ai principi di economicità, efficienza⁹, efficacia¹⁰, imparzialità, trasparenza, uguaglianza, tutti convergenti nel più ampio progetto di *e-government*¹¹.

Il fenomeno esplica i suoi effetti ben oltre i limiti nazionali. La *Directory General for Informatics* della Commissione europea nel rapporto “*State-of-play report on digital public administration and*

⁷ Sulla semplificazione amministrativa si registra un'ampia dottrina. Si veda G. VESPERINI, *La semplificazione dei procedimenti amministrativi*, ivi, p. 655 ss.; M. CLARICH, *Modelli di semplificazione nell'esperienza comparata*, ivi, p. 679 ss.; S. CASSESE, *La semplificazione amministrativa e l'orologio di Taylor*, ivi, p. 699 ss.; R. FERRARA, *Le «complicazioni» della semplificazione amministrativa: verso un'amministrazione senza qualità?*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, p. 323 ss.; ID., *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla «libertà dall'amministrazione» alla libertà dell'amministrazione?*, in *Dir. e soc.*, 2000, p. 101 ss.; V. CERULLI IRELLI - F. LUCIANI, *La semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2000, p. 617 ss.; M. CARTABIA, *Semplificazione amministrativa, riordino normativo e delegificazione nella legge annuale di semplificazione*, in *Dir. pubbl.*, 2000, p. 385 ss.; S. AMOROSINO, *Lo stallo della semplificazione amministrativa: fattori critici e ipotesi di rilancio*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2004, p. 1887 ss.; M.A. SANDULLI, *Semplificazione, certezza del diritto e braccia legate*, in *GiustAmm.it*, 5, 2005; R. SCARCIGLIA, *La semplificazione amministrativa in Italia*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2006, p. 364 ss.; L. VANDELLI, *Tendenze e difficoltà della semplificazione amministrativa*, in *Nuove autonomie*, 2008, p. 417 ss.; F. SALVIA, *La semplificazione amministrativa: tra scorciatoie procedurali e semplicismi mediatici*, ivi, p. 447 ss.; P. LAZZARA, *La semplificazione dell'azione amministrativa ed il procedimento tra diritto interno e diritto comunitario*, ivi, p. 475 ss.; T. BONETTI, *Semplificazione amministrativa e competitività del sistema paese*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008, p. 173 ss.; R. CHIEPPA, *La (possibile) rilevanza costituzionale della semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, p. 257 ss.; G. VESPERINI, *Note a margine di una recente ricerca sulla semplificazione amministrativa*, ivi, 2010, p. 203 ss.; M.R. SPASIANO, *La semplificazione amministrativa e la garanzia di effettività dell'esercizio del potere pubblico*, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2010, p. 3041 ss.; C. VIDETTA, *Semplificazione amministrativa e interessi sensibili. Una prospettiva di analisi*, in *Dir. econ.*, 2013, p. 557 ss.; G. MARCHIANÒ, *“White list”, elenchi di merito e “rating” di legalità: semplificazione amministrativa?*, in *Munus*, 2013, p. 117 ss.; C. PINELLI, *Liberalizzazione delle attività produttive e semplificazione amministrativa. Possibilità e limiti di un approccio giuridico*, in *Dir. amm.*, 2014, p. 355 ss.; N. LONGOBARDI, *La legge n. 124 del 2015: i procedimenti amministrativi e il problema della semplificazione*, in *GiustAmm.it*, 4, 2016; A. TRAVI, *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, ivi, 5, 2016; C. DEODATO, *I limiti della semplificazione amministrativa* ivi, 5, 2017.

⁸ F. MOROLLO, *Documento elettronico fra e-government e artificial intelligence*, in *federalismi.it*, 2/2015.

⁹ Del resto, già art. 2, lett. c), d.lgs. n. 29 del 1993 in cui l'informatizzazione aveva assunto un valore strategico al fine dell'incremento dell'efficienza della p.a.

¹⁰ Sul punto F. BELLOMO, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 2009, p. 96, nota come l'art. 3bis della legge generale sul procedimento amministrativo n. 241 del 1990 che sancisce, dopo la riforma del 2005, il ricorso all'uso della telematica, richiami testualmente l'obiettivo dell'efficienza, che, a differenza dell'efficacia che concerne il valore assoluto del prodotto, fa riferimento, invece, ad un valore relativo, dato dalla differenza fra i costi per raggiungere il prodotto e il valore del prodotto stesso. Ne deriva che un'azione sarà tanto più efficiente quanto più il valore primario superi i costi impiegati per produrla.

¹¹ Per una visione maggiormente dettagliata sui processi di cui l'e-government si caratterizza, soprattutto a seguito dell'entrata in vigore del D. Lgs. 82/2005, si veda diffusamente M. DELLA TORRE, *Diritto e Informatica*, Giuffrè, 2007. Cfr. altresì, più recentemente, L. AUDIA, G. BOMBELLI, R. BRENNI, A. D. CORTESI, A. MANCINI, M. MONTULLI, P. PRANDINI, M. SALA, *ICT e diritto nella società dell'informazione*, Giappichelli, Torino, 2017; S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA (a cura di), *La tecnificazione*, in L. FERRARA, D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana, parte prima*, Firenze University Press, 2016. Si veda anche, da ultimo, D.U. GALETTA, *Open-Government, open-data e Azione Amministrativa*, in *Istituzioni del Federalismo*, 3/2019, p. 663 ss., spec. parr. 1 e 2.

interoperability 2020” delinea il quadro delle azioni intraprese dagli Stati e dall’Unione in tema di digitalizzazione¹².

Inoltre, le Nazioni Unite, in un recente rapporto sull’*e-government* quale strumento di sviluppo sostenibile (2016)¹³, hanno evidenziato un aumento consistente del numero di Paesi che ricorrono a strumenti informatici nel settore pubblico per offrire servizi online ai cittadini¹⁴. Nel rapporto si evidenzia come l’attività delle amministrazioni possa trarre beneficio dal ricorso alle ICT sia nel *back office*, sia nel *front office*: per ciò che concerne il primo aspetto, l’amministrazione, ricorrendo alle ICT, accede direttamente agli atti di altre amministrazioni e comunica e riceve informazioni in tempo reale; quanto al secondo aspetto, il cittadino può disporre con maggiore facilità delle informazioni mediante una connessione ad Internet senza recarsi personalmente agli uffici¹⁵. L’ultima edizione dell’E-Government Survey, atta ad analizzare il livello di sviluppo digitale degli Stati membri delle Nazioni Unite, mostra tuttavia un’evidente retrocessione dell’Italia che, rispetto al 2018, perde ben 13 posizioni e si classifica trentasettesima¹⁶.

A livello nazionale, un intervento strutturale in tema di *e-government* è stato compiuto con la L. 7 agosto 2015, n. 124 (c.d. Riforma Madia), il cui art. 1 rubricato “Carta della cittadinanza digitale” delega il Governo ad emanare norme di modifica al CAD che garantiscano “ai cittadini ed alle imprese il diritto di accedere a tutti i dati, i documenti ed i servizi di loro interesse in modalità digitale” e “la semplificazione nell’accesso ai servizi alla persona, riducendo la necessità dell’accesso fisico agli uffici pubblici”. Le modifiche apportate al CAD hanno quale comune denominatore la semplificazione dell’azione amministrativa ancora impigliata in lenti e spinosi adempimenti burocratici¹⁷.

L’amministrazione digitale deve garantire i principi della interoperabilità e della cooperazione applicativa e, dunque, acquisire *digital skills* utili per l’alfabetizzazione del personale di servizio, e

¹² Sul punto si rinvia a B. CAROTTI, *Digitalizzazione della P.A. e interoperabilità: lo stato dell’arte secondo la Commissione Europea*, in *irpa.eu*.

¹³ *The United Nations E-Government Survey 2016: e-Government in Support of Sustainable Development*, July 2016, reperibile al seguente link: <https://publicadministration.un.org/egovkb/en-us/Reports/UN-E-Government-Survey-2016>.

¹⁴ F. MARTINES, *La digitalizzazione della pubblica amministrazione*, in *Mediaslaws - Rivista dir. Media*, 2018, n.2

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ [https://publicadministration.un.org/egovkb/Portals/egovkb/Documents/un/2020-Survey/2020%20UN%20E-Government%20Survey%20\(Full%20Report\).pdf](https://publicadministration.un.org/egovkb/Portals/egovkb/Documents/un/2020-Survey/2020%20UN%20E-Government%20Survey%20(Full%20Report).pdf)

¹⁷ Si pensi ancora al principio del *digital first*.

favorire l'omogeneità delle procedure adottando moduli standard per la presentazione delle istanze da parte dei privati (cittadini e imprese), favorendo l'uso del fascicolo elettronico e privilegiando la modalità telematica per le comunicazioni¹⁸. Ne discende la necessità di fornire alla pubblica amministrazione non solo tecnologie, ma anche persone capaci di lavorare nell'ambito della “cultura del dato»” e, viceversa, di far confluire in quest'ultima le conoscenze giuridiche, specie quelle amministrative¹⁹.

Il diritto amministrativo, come autorevolmente affermato, “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”²⁰, sicché si può pacificamente affermare che esso abbia colto il concetto di “*black box*”, poi trasformato in “*glass box*”²¹, ancor prima della *Data science*.

2. L'automatizzazione delle decisioni vincolate e discrezionali.

L'implementazione dei sistemi di AI nel settore pubblico ha coinvolto, com'era inevitabile, il procedimento di formazione delle decisioni amministrative.

Duplice è la problematica nel diritto amministrativo giacché la relazione tra cittadino e amministrazione sorge non soltanto in vista di un provvedimento, quale esito di un procedimento, ma anche dopo l'emanazione del provvedimento²²: difatti, stante la natura dello stesso diritto amministrativo, la decisione e il provvedimento sono il frutto «*di un procedimento tracciato, accessibile, rivedibile, in un quadro previsto ed orientato per legge, circondato da principi, clausole generali, disposizioni normative*

¹⁸ Si veda l'art. 15 CAD.

¹⁹ P. FORTE, *Diritto amministrativo e data Science. Appunti di intelligenza amministrativa artificiale (AAI)*, PA Persona e Amministrazione, 1, 2020, p. 247.

²⁰ *Ivi*.

²¹ 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.

²² P. FORTE, *op.cit.*, p. 247.

di carattere generale, [...] che rendono possibile, per un verso, identificare il predecisionale come oggetto connesso ma distinguibile dal decisionale, e soprattutto di riconoscerne una rilevanza giuridica»²³.

Sicché le modalità in cui si esplica il potere, tra esse l'iter di formazione del provvedimento, ossia la manifestazione scritta dell'amministrazione, svolgono un ruolo chiave poiché attorno al provvedimento o in vista della sua emanazione, i privati e le amministrazioni organizzano i loro interessi, ed è attorno ad esso che si svolge il giudizio amministrativo²⁴.

Attualmente è possibile distinguere due diverse modalità in cui si estrinseca il processo amministrativo informatico: una prima modalità prevede, rispondendo alle esigenze di semplificazione e celerità dell'azione amministrativa, la digitalizzazione di attività prima cartacee, nella quale la tecnologia assolve ad una funzione di ausilio ad un'attività che segue prevalentemente le regole tradizionali e che ha nel funzionario il suo referente principale²⁵.

Secondo una prospettiva più radicale il procedimento amministrativo può realizzarsi per il tramite di macchine collegate in banche dati connesse che svolgono la procedura per intero con penetranti riforme sul versante organizzativo e funzionale della Pubblica Amministrazione²⁶.

La Legge 241/1990 impone alle Pubbliche Amministrazioni di porre a fondamento delle loro decisioni solo i dati e le informazioni raccolte nella c.d. fase istruttoria del procedimento amministrativo. Ebbene, questa fase può essere oggi arricchita attraverso il ricorso alle ICT che permettono alle Pubbliche Amministrazioni di «rilevare, in tempo reale, dati ed informazioni dai vari canali di fruizione in loro possesso»²⁷.

Il ricorso ad un'attività interamente automatizzata nella quale gli interessi sono selezionati da un programma, da un lato, esclude o almeno riduce il ricorrere di errori o favoritismi; d'altro canto, solleva talune problematiche laddove si accolga la teoria dell'atto che promana da persone²⁸. Le procedure automatizzate, pur nella loro complessità, possono configurarsi come applicazione di

²³ *Ivi*.

²⁴ *Ivi*.

²⁵ G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, Napoli, 2019.

²⁶ L. MUSSELLI, *La decisione amministrativa nell'età degli algoritmi: primi spunti*, p.3, in *mediaslaw.it*

²⁷ D.U. GALETTA, *Algoritmi, procedimento amministrativo e garanzie: brevi riflessioni, anche alla luce degli ultimi arresti giurisprudenziali in materia*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc. 3, 1° giugno 2020, p. 501.

²⁸ Si rinvia a A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico*, cit.; D. MARONGIU, *L'attività amministrativa automatizzata*, Rimini, 2005.

istruzioni esterne, conoscibili e ripetibili, ma possono anche rappresentare l'esito di percorsi di auto-apprendimento, non pienamente prevedibili²⁹.

Si rende necessario, in questa fase della trattazione, un richiamo alla distinzione tra attività amministrativa vincolata nella quale, essendo eliso il margine di discrezionalità dell'amministrazione, l'utilizzo di strumenti digitali in sede decisionale non solleva specifiche problematiche³⁰, ed attività nella quale viene riconosciuta una sfera di discrezionalità all'amministrazione e che dunque si presta a maggiori censure³¹.

Nel primo caso l'elaboratore informatico non pone in essere operazioni deduttive autonome, ma si limita a trasformare gli *input* provenienti dall'esterno in *output* e ad applicare "istruzioni strutturate in un algoritmo (procedura computazionale intellegibile dall'uomo) e successivamente tradotte in un programma (procedura computazionale intellegibile dalla macchina)"³². In questa ipotesi si è dinanzi il tradizionale schema che dalla norma, attraverso il fatto, produce l'effetto³³; di conseguenza, la decisione potrà essere automatizzata se *ab origine* la norma si presenta precisa ed inequivocabile, così da consentire la determinazione dell'atto³⁴ e, conseguentemente, il controllo³⁵.

²⁹ Si discorre in questi casi di *machine learning*.

³⁰ Sull'attività vincolata v. F. FOLLIERI, *Decisione amministrativa e atto vincolato*, in *federalismi.it*, 7/2017.

³¹ Sul punto L. MUSSELLI, *op.cit.*: «Come esempio del primo tipo, classico caso di procedimento amministrativo totalmente informatizzato, troviamo la procedura di accertamento di sanzioni del codice della strada per mezzo dei c.d. autovelox. La macchina in questo caso ravvisa un discostamento dal parametro tipico impostato (il limite di velocità) e produce un provvedimento amministrativo di tipo afflittivo, la sanzione. In questa ipotesi la discrezionalità è azzerata e il soggetto destinatario del provvedimento sfavorevole può solo contestare un errato funzionamento dell'apparecchio o qualche vizio di tipo formale attinente alla sua corretta installazione ed indicazione. Proprio in quest'ottica la giurisprudenza ha affermato che l'apparecchio deve essere previamente indicato, posizionato in modo visibile, così come deve essere soggetto periodicamente a verifiche della funzionalità e taratura. Maggiore problematica risulta invece la situazione con riferimento ad attività decisionale complessa - dove sono previste delle alternative legali ovvero laddove la fattispecie normativa faccia riferimento a concetti giuridici non analitici - che in qualche modo sfugge alla logica tradizionale del sillogismo giuridico».

³² P. OTRANTO, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della PA*, in *federalismi.it*, 2/2018.

³³ E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1983, p. 267 ss.

³⁴ Secondo F. SAITTA, *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Rivista di diritto amministrativo elettronico*, 2003, p. 17: "senza dubbio compatibile con la logica propria dell'elaboratore elettronico – posto che il software traduce i dati giuridici (principi generali, norme e giurisprudenza) ed i dati fattuali in linguaggio matematico, dando vita ad un ragionamento logico formalizzato che porterà ad una conclusione che, dati gli elementi iniziali, è immutabile – è l'attività vincolata".

³⁵ A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997

Nella potestà organizzativa di ciascun ente³⁶ trova fondamento il potere dell'amministrazione di automatizzare l'attività vincolata in conformità ai principi di logicità e ragionevolezza³⁷, sempre che la decisione automatizzata comporti una riduzione del rischio di disparità di trattamento e contribuisca alla prevenzione di fenomeni corruttivi, configurandosi come strumento fondamentale nella attuazione dell'imparzialità che deve connotare l'agire amministrativo.

Non solo, tutte le volte che la fattispecie normativa è costruita attraverso «*concetti giuridici non analitici*»³⁸, l'amministrazione dispone di sufficienti spazi per stabilire una plausibile chiave esegetica che, una volta trasmessa al *software*, esplicherà i suoi effetti «*nell'assetto dei rapporti e degli interessi inciso dall'atto automatizzato*»³⁹. Considerato il legame inscindibile tra l'enunciato normativo trasfuso nel *software* e l'operazione compiuta dal *robot*, l'attività vincolata automatizzata risulterà illegittima «*qualora, le istruzioni fornite "a monte" all'elaboratore attraverso il software siano errate, ovvero quando il software presenti difetti di programmazione o nel caso di mal funzionamento dell'hardware*»⁴⁰. È così emersa l'esigenza di assicurare «*un'etica della progettazione e costruzione delle macchine, e un'etica incorporata nella macchina tale da porla in grado di comportarsi in modo moralmente controllato*»⁴¹ e indirizzarla verso la scelta della condotta migliore o meno lesiva.

³⁶ A. MASUCCI, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie*, p. 86.

³⁷ F. SAITTA, *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, cit., p. 24.

³⁸ P. OTRANTO, op. cit. e A. MASUCCI, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie*, Giappichelli, Torino, 2011.

³⁹ P. OTRANTO, op.cit.; F. FOLLIERI, *Decisione amministrativa ed atto vincolato*, cit., p. 15, dalla sussistenza di un profilo decisorio anche nell'interpretazione delle norme che disciplinano il potere (e dei concetti che esse richiamano) fa discendere l'adesione ad uno "scetticismo sulla vincolatezza", per vero risalente in dottrina.

Sul rapporto tra discrezionalità ed interpretazione cfr. L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986.

⁴⁰ Così P. OTRANTO, op.cit.

⁴¹ E. CATERINI, *L'intelligenza artificiale «sostenibile» e il processo di socializzazione del diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, pp. 21-22, che così prosegue: «*Si affaccia l'esigenza di «richiedere spiegazione e trasparenza nelle scelte operate dagli algoritmi sia in senso epistemico sia in senso giuridico (come hai ragionato nella decisione? Di chi è la responsabilità dell'azione?».* [...] Posto che la c.d. "legge zero" di Asimov statuisce che il "bene dell'umanità" è l'imperativo categorico e operativo, primo e superiore di ogni robot, l'autonomismo indeterministico dell'azione macchina non può che implicare anche questioni giuridiche», chiedendosi allora se sia possibile «*individuarsi per le macchine che adottano la deeplearning una posizione giuridica assimilabile alle persone giuridiche*» o ancora, se possa «*la macchina essere essa stessa artefice di un dialogo con l'essere umano, ovvero, con le altre macchine dotate di autonomia decisionale e di conoscenza*». [...] Ecco che riemerge il bisogno di intelligibilità degli algoritmi, di disambiguazione delle azioni delle macchine intelligenti, di verificabilità delle scelte etiche contenute nella computazione».

Nell'attività discrezionale, invece, si è dinanzi lo schema norma-potere-effetto⁴² che esige una valutazione ed una comparazione di più interessi, sia pubblici sia privati.⁴³ In questi casi si configura l'«*amministrazione algoritmica*» e l'«*atto amministrativo algoritmico*» poiché la derivazione della decisione dal codice sorgente è pressoché imprevedibile e, di conseguenza, «*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*»⁴⁴.

La questione ha generato un corposo dibattito, giacché la distinzione tra attività vincolata e attività discrezionale non è unanimemente condivisa e soprattutto perché, pur riconoscendo che l'attività vincolata⁴⁵ ben si presta ad essere automatizzata, vi sono casi in cui è irrinunciabile, pure nell'attività vincolata, una valutazione o una interpretazione del presupposto sulla base del quale l'atto è stato adottato⁴⁶.

Sull'ammissibilità delle decisioni robotizzate, ossia decisioni «*non elementari assunte sulla base di un percorso decisionale non meramente meccanico ma rimesso a macchine*»⁴⁷, si è espressa a più riprese la giurisprudenza amministrativa, manifestando un atteggiamento ora più conservativo, ora più aperto all'implementazione dell'AI.

3. L'evoluzione della giurisprudenza amministrativa.

⁴² A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 3, la cui posizione è stata variamente ripresa da Autori più recenti: si veda in particolare, D. SORACE, *Atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, Annali III, Milano, 2010, p. 51. È interessante la riflessione di P. FORTE, *Diritto amministrativo e Data science. Appunti di intelligenza amministrativa artificiale*, *op.cit.*

⁴³ MC. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, 16/2019 p. 12, in *federalismi.it*.

⁴⁴ P. FORTE, *op.cit.*, p. 265.

⁴⁵ 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.

⁴⁶ MC. CAVALLARO, G. SMORTO, *op.cit.*

⁴⁷ E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Dir. Amm.*, fasc. 2, 1° giugno 2020, p. 271.

Negli ultimi anni la giurisprudenza amministrativa si è pronunciata su una serie di *quaestiones* che hanno quale comune *fundamentum* i provvedimenti della pubblica amministrazione definiti da meccanismi di decisione automatica basati su algoritmi⁴⁸.

La ragione del sopravvenire di questi casi è duplice: da una parte, le pubbliche amministrazioni, sempre più frequentemente, privilegiano nelle procedure ad evidenza pubblica il ricorso a piattaforme telematiche⁴⁹ per la presentazione ed accettazione delle domande⁵⁰; dall'altra, l'emanazione della L. 13 luglio 2015, n. 107, nota come “buona scuola” ha determinato il sorgere di un sorprendente *casus belli*⁵¹. Con la suddetta legge il Ministero per l'Istruzione, l'Università e la Ricerca (MIUR) dava avvio ad un Piano straordinario di assunzioni a tempo indeterminato e di mobilità su scala nazionale riguardante la scuola primaria e secondaria, inquadrandolo all'interno di un più ampio progetto di riforma della scuola⁵², prevedendo che le assegnazioni delle sedi ai docenti vincitori di concorso, nonché le decisioni relative alle richieste di mobilità, fossero effettuate da un algoritmo (*software*) che, sulla base della normativa, degli esiti dei concorsi e delle disponibilità delle sedi, definiva le graduatorie per le assegnazioni e per i trasferimenti⁵³.

Le decisioni generate dall'algoritmo suscitavano il malcontento dei docenti, i quali ritenevano di essere stati assegnati a province più lontane da quella di propria residenza o comunque scelta come prioritaria, nonostante in tali province fosse disponibile un gran numero di posti⁵⁴. Gli stessi

⁴⁸ A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, in *dejure.it*, 2019.

⁴⁹ Anche in conseguenza degli articoli 3 e 12 del Codice della amministrazione digitale (d.lg. 7 marzo 2005, n. 82 e successive modificazioni ed integrazioni) che sanciscono, da un lato, il diritto di chiunque «di usare, in modo accessibile ed efficace, le soluzioni e gli strumenti di cui al presente Codice nei rapporti con i soggetti (pubblici) anche ai fini dell'esercizio dei diritti di accesso e della partecipazione al procedimento amministrativo» e, dall'altro, il dovere delle pubbliche amministrazioni di «utilizzare 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»; d'altra parte un numero assolutamente crescente di procedimenti amministrativi prende avvio attraverso l'accesso a piattaforme telematiche (si pensi alla quasi totalità delle domande di ammissione a finanziamenti alla ricerca sia nazionali che europee).

⁵⁰ A. SIMONCINI, *op.cit.*

⁵¹ *Ivi*

⁵² N. MUCIACCIA, *Algoritmi e procedimento decisionale: alcuni recenti arresti della giustizia amministrativa*, in *federalismi.it*, 10/2020.

⁵³ A. SIMONCINI, *op. cit.*

⁵⁴ TAR Lazio 9227/2018 punto 2.2.

lamentavano altresì l'assenza di qualsivoglia attività amministrativa, essendo la procedura affidata *in toto* ad un algoritmo a loro sconosciuto⁵⁵ in violazione dell'art. 1 della L. n. 241 del 1990.

I giudici amministrativi hanno accolto il ricorso ritenendo che nel caso di specie fosse mancata «una vera e propria attività amministrativa, essendosi demandato ad un impersonale algoritmo lo svolgimento dell'intera procedura di assegnazione dei docenti alle sedi disponibili nell'organico dell'autonomia della scuola». Neppure un assai elevato grado di ampiezza o complessità delle procedure legittima la devoluzione di esse «ad un meccanismo informatico o matematico del tutto impersonale e orfano di capacità valutazionali delle singole fattispecie concrete», che, al contrario, caratterizzano «la tradizionale e garantistica istruttoria procedimentale che deve informare l'attività amministrativa, specie ove sfociante in atti provvedimenti incisivi di posizioni giuridiche soggettive di soggetti privati e di conseguenziali ovvie ricadute anche sugli apparati e gli assetti della pubblica amministrazione»⁵⁶. Un tal modo di procedere ha mortificato gli istituti di partecipazione, di accesso e di trasparenza, sostituendo l'attività umana con quella impersonale «che poi non è attività, ossia prodotto delle azioni dell'uomo che può essere svolta in applicazione di regole o procedure informatiche o matematiche». L'assenza di motivazione del provvedimento adottato, violando l'obbligo di motivazione delle decisioni amministrative di cui all'art. 3 l. n. 241 del 1990, ha altresì causato la lesione del diritto di azione e difesa sancito dall'art. 24 della Costituzione⁵⁷.

⁵⁵*Ibidem*: «i ricorrenti denunciano che il delineato piano straordinario non è stato corredato da alcuna attività amministrativa ma è stato demandato ad un algoritmo, tuttora sconosciuto, per effetto del quale sono stati operati i trasferimenti e le assegnazioni in evidente contrasto con il fondamentale principio della strumentalità del ricorso all'informatica nelle procedure amministrative. Vi sarebbe stata quindi effettuazione di attività provvedimento senza la previa attività istruttoria e procedimentale. L'algoritmo in sostanza ha sostituito l'istruttoria commessa ad un ufficio e ad un responsabile.», punto 2.4

⁵⁶ Si veda TAR Lazio 9227/2018, punto 3.1. Proseguono i giudici: «Un algoritmo, quantunque, preimpostato in guisa da tener conto di posizioni personali, di titoli e punteggi, giammai può assicurare la salvaguardia delle garanzie procedurali che gli artt. 2, 6, 7, 8, 9, 10 della legge 7.8.1990 n. 241 hanno apprestato, tra l'altro in recepimento di un inveterato percorso giurisprudenziale e dottrinario».

⁵⁷ A sostegno delle loro tesi i giudici della Sezione III hanno richiamato «quanto di recente affermato dalla giurisprudenza, sia pure nel caso di esclusione da una procedura concorsuale per problematiche discendenti dall'impiego della modalità informatica prescritta dalla lex specialis per la presentazione della domanda di partecipazione. Si è precisato sul punto che “nel caso di specie, si è giunti invece ad un sostanziale provvedimento di esclusione, senza alcun procedimento, senza alcuna motivazione, senza alcun funzionario della Pubblica Amministrazione che abbia valutato il caso in esame ed abbia correttamente esternato le relative determinazioni provvedimentali potendosi inoltre rinviare alle motivazioni espresse dallo specifico precedente conforme di questa sezione del 27 giugno 2016, n. 806/2016, con cui si è evidenziata “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” e 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” (T.A.R. Puglia – Bari, n.896/2016)». Nonché il precedente T.A.R. Lazio – Roma, Sez. III bis, n.8312/2016, «3.2.1. Va al riguardo ribadito, invero,

Un simile approdo giurisprudenziale prende le mosse dal principio della strumentalità del ricorso a strumenti informatici nelle procedure amministrative: invero, la stessa struttura del procedimento amministrativo impedisce che esso possa essere completamente sostituito da procedure informatiche, quand'anche perfette, poiché esse non rendono possibile lo svolgimento di quella «attività cognitiva, acquisitiva e di giudizio che solo un'istruttoria affidata ad un funzionario persona fisica è in grado di svolgere», sicché quest'ultimo «deve seguitare ad essere il dominus del procedimento stesso, all'uopo dominando le stesse procedure informatiche predisposte in funzione servente e alle quali va dunque riservato tutt'oggi un ruolo strumentale e meramente ausiliario in seno al procedimento amministrativo e giammai dominante o surrogatorio dell'attività dell'uomo»⁵⁸.

I valori costituzionali scolpiti negli artt. 3, 24, 97 della Costituzione oltre che all'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo impediscono la «deleteria prospettiva orwelliana di dismissione delle redini della funzione istruttoria e di abdicazione a quella provvedimentale»⁵⁹.

L'impossibilità di sostituire *tour court* la decisione "umana" con quella algoritmica è chiaramente affermata dai giudici amministrativi. La stessa distinzione tra attività amministrativa discrezionale e vincolata perde di valore dinanzi alla assoluta insostituibilità tra la valutazione "dianoetica"⁶⁰ dell'uomo e quella computazionale dell'algoritmo⁶¹.

Per quanto possa considerarsi innovativo, nell'estendere la nozione di atto amministrativo anche all'algoritmo, al fine di consentirne la sindacabilità, tale approccio risulta fortemente restrittivo, escludendo in maniera netta la possibilità di un'attività amministrativa completamente automatizzata⁶².

Ex adverso, il Consiglio di Stato, nella nota sentenza. 2270/19, ha ufficialmente sancito l'ammissibilità della informatizzazione della decisione amministrativa, sia pure a ben determinate

quanto già sancito dalla giurisprudenza della Sezione in tema di ruolo conferibile all'impiego dello strumento informatico in seno al procedimento, ossia il principio generale secondo il quale "le procedure informatiche applicate ai procedimenti amministrativi devono collocarsi in una posizione necessariamente servente rispetto agli stessi, non essendo concepibile che, per problematiche di tipo tecnico, sia ostacolato l'ordinato svolgimento dei rapporti tra privato e Pubblica Amministrazione e fra Pubbliche Amministrazioni nei reciproci rapporti».

⁵⁸TAR Lazio, 9227/2018, punto 5.1.

⁵⁹ *Ibidem*

⁶⁰ A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, 2019, p.76, in *BioLaw Journal*; P. FORTE, *op.cit.*, p. 262.

⁶¹ *Ivi*

⁶² E. CARLONI, *op.cit.*

condizioni. Anzitutto, occorre che la PA utilizzi soltanto algoritmi pienamente conoscibili all'esterno e sindacabili dal giudice: «la conoscibilità dell'algoritmo deve essere garantita in tutti gli aspetti: dai suoi autori al procedimento usato per la sua elaborazione, al meccanismo di decisione, comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale e dei dati selezionati come rilevanti»⁶³; la sindacabilità risponde all'esigenza di sottoporre a controllo le concrete modalità di esercizio del potere e costituisce altresì declinazione dell'irrinunciabile diritto di difesa del cittadino.

Solo questo *modus operandi* rende concreta la valutazione sulla legittimità della regola giuridica, spostando a monte la responsabilità amministrativa, e determina la codificazione dell'algoritmo.

I criteri ai quali deve attenersi il processo di innovazione tecnologica sono stati specificati nella successiva sentenza n. 8474/19. Anzitutto, il principio della conoscibilità viene ricondotto agli artt. 13 e 14 del Regolamento UE 2016/679, sicché la tutela dei diritti degli interessati risulta connessa all'intelligibilità della regola giuridica posta a monte.

I giudici hanno poi fissato due principi: il principio di non esclusività della decisione algoritmica e quello di non discriminazione algoritmica. Il primo si esplica nel «diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato»⁶⁴, che implica che nessuna decisione assunta dalla PA possa essere priva di un controllo da parte di un funzionario a ciò deputato, chiamato ad assumersi la responsabilità della decisione stessa.

Il secondo principio, quello di non discriminazione algoritmica⁶⁵, consente di depurare i procedimenti interamente digitalizzati dai *bias* cognitivi che possono incidere significativamente sul funzionamento delle macchine. Invero, posto che gli algoritmi restituiscono degli *output* a fronte di *input* che provengono dall'esterno, è necessario che siano assicurati standard di imparzialità e trasparenza anche nella fase di immissione dei dati nel sistema.

Pur consentendo l'ingresso dell'algoritmo nella decisione amministrativa, i giudici di Palazzo Spada hanno comunque fissato dei requisiti minimi di legalità algoritmica: poiché l'uso di sistemi automatizzati non può essere in alcun modo «motivo di elusione dei principi che conformano il

⁶³ Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270.

⁶⁴ Art 22, Regolamento UE 2016/679.

⁶⁵ Il principio è sancito nel considerando 71 del Regolamento UE 2016/679.

nostro ordinamento e che regolano lo svolgersi dell'attività amministrativa»⁶⁶ si impone l'osservanza dei principi del giusto procedimento e degli obblighi di trasparenza, nonché la stretta aderenza ai principi di buon andamento e imparzialità sanciti all'art. 97, ai diritti fondamentali ex artt. 3 e 24 Cost., ai principi dettati dalla legge sul procedimenti amministrativo (L. n. 241/1990⁶⁷) e dall'art 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁶⁸.

In una recentissima sentenza il Consiglio di Stato (sent. n. 451/2021) ha ribadito, ancora una volta, come «la pubblica amministrazione debba poter sfruttare le rilevanti potenzialità della c.d. rivoluzione digitale», nel rispetto dei principi che conformano l'ordinamento giuridico e regolano lo svolgersi dell'attività amministrativa⁶⁹.

4. L'imputabilità della responsabilità della decisione algoritmica.

L'implementazione di sistemi di intelligenza artificiale nel procedimento di formazione della decisione amministrativa, pur comportando evidenti vantaggi, non può spingersi sino a determinare la totale sostituzione del funzionario persona fisica. Per tale ragione, l'imputabilità giuridica della decisione (e dei suoi eventuali errori) e la connessa responsabilità amministrativa⁷⁰ non potranno

⁶⁶ Cons. Stato Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472.

⁶⁷ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, p. 74 e pp. 82 e 84; M. RENNA – F. SAITTA, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012; S. BARTOLE, voce *Principi del diritto* (dir. Cost.) in *Enc. Dir.* vol. XXXV, Milano, 1986, p. 532; N. BOBBIO, voce *Principi generali del diritto*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XIII, Torino, 1966, p. 889; F. MODUGNO, voce *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. Giur.*, vol. XXIV, Roma, 1991, p. 1.

⁶⁸ Norme e principi così richiamati da F. MARCONI, *op.cit.*

⁶⁹ Cons. Stato Sez. VI, 14 gennaio 2021, n. 451.

⁷⁰ In tema di responsabilità: A. CASSATELLA, *La responsabilità funzionale nell'amministrare. Termini e questioni*, in *Dir. Amm.*, 2018, p. 677; O. RANELLETTI, *Della responsabilità degli enti pubblici per atti dei loro dipendenti*, in *Foro it.* 1898, I, p. 80; A. ZITO, *Il danno da illegittimo esercizio della funzione amministrativa*, Napoli 2003, anche per la bibliografia riportata. Più in generale, sulla responsabilità civile, sul cui paradigma si è ricostruita la nozione di responsabilità dell'amministrazione per lesione dell'interesse legittimo, da ultimo nella trattatistica si vedano, tra gli altri: C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018; G. ALPA, *La responsabilità civile. Principi*, Milano, 2018; P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2017; M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2011; A. DI MAJO, *Profili della responsabilità civile*, Torino, 2010; P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, Torino, 2006.

che essere ascritti al titolare del potere decisorio⁷¹ «il quale deve poter svolgere la necessaria verifica di logicità e legittimità della scelta e degli esiti affidati all'algoritmo»⁷².

Il principio di responsabilità si esplica anzitutto «nell'esigenza di limitare il ruolo della tecnica in generale, e dell'algoritmo in particolare, a strumento servente dell'amministrazione»⁷³, con l'ovvia conseguenza che la responsabilità derivante dall'adozione della decisione informatica rimarrà in capo all'agente⁷⁴.

Specularmente si può configurare, a carico di chi utilizza le informazioni, un obbligo fiduciario⁷⁵ nei confronti dei soggetti direttamente coinvolti e della collettività generalmente intesa⁷⁶.

Altra manifestazione del principio di responsabilità è la creazione di «algoritmi equi»⁷⁷, ossia conformi ai valori fondanti l'ordinamento giuridico nel quale si collocano⁷⁸.

In questo senso, anche i rapporti tra fornitori di software e la PA dovranno conformarsi al principio di conoscibilità, senza possibilità di addurre la riservatezza dell'algoritmo poiché esso si

⁷¹ D.U. GALETTA – J.G. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, op.cit.

⁷² Con. Stato Sezione VI, 14 gennaio 2021, n. 451.

⁷³ D.U. GALETTA – J.G. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, op.cit.

⁷⁴ Sotto il profilo dell'imputazione della responsabilità in capo all'amministrazione, la giurisprudenza pare avere assunto un orientamento che oscilla tra la sussistenza della c.d. colpa d'apparato e la ricerca di un errore scusabile: cfr. Cons. Stato, sez. V, 20 agosto 2013, n. 4189, secondo cui «l'imputazione alla p.a. di una responsabilità extracontrattuale non può avvenire sulla base del mero dato obiettivo dell'illegittimità dell'azione amministrativa, ma il giudice deve svolgere una più penetrante indagine, non limitata al solo accertamento dell'illegittimità del provvedimento in relazione alla normativa ad esso applicabile, bensì estesa anche alla valutazione della colpa, non del funzionario agente e da riferire ai parametri della negligenza o imperizia, ma dell'Amministrazione intesa come apparato, che sarà configurabile nel caso in cui l'adozione e l'esecuzione dell'atto illegittimo e lesivo dell'interesse del danneggiato siano avvenute in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione amministrativa deve ispirarsi»; nonché Cons. Stato, sez. V, 18 gennaio 2016, n.148, che afferma che «ai fini della configurabilità della responsabilità della Pubblica Amministrazione devono ricorrere i presupposti del comportamento colposo, del danno ingiusto e del nesso di consequenzialità tra i fatti; pertanto l'imputazione della colpa alla Pubblica Amministrazione non può avvenire, sulla base del mero dato obiettivo dell'illegittimità dell'atto amministrativo e, comunque, essa va negata in particolare quando l'indagine conduca al riconoscimento dell'errore scusabile per la sussistenza di contrasti giudiziari, per l'incertezza del quadro normativo di riferimento o per la complessità della situazione di fatto».

⁷⁵ M. C. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, op.cit., p. 21.

⁷⁶ J. M. BALKIN, *Information Fiduciaries and the First Amendment*, 49 U.C DAVIS L. REV. 1183 (2015); per una recente ricognizione del tema degli obblighi fiduciari in prospettiva comparatistica, si rinvia a E. J. CRIDDLE, P. B. MILLER, R. H. SITKOFF (cur.), *Oxford Handbook of Fiduciary Law*, Oxford, 2018.

⁷⁷ M. C. CAVALLARO, G. SMORTO, op.cit.

⁷⁸ SOLON BAROCAS, ET AL., *Accountable Algorithms*, 165 U. PA. L. REV. 633 (2017).

pone «*al servizio di un potere autoritativo*»⁷⁹ accettando «le relative conseguenze in termini di necessaria trasparenza»⁸⁰.

Pur nell'evolvere della scienza e delle innovazioni tecnologiche (e, conseguentemente, della dottrina e della giurisprudenza *in subiecta materia*), l'esigenza primaria resta quella di stabilire un adeguato sistema di *accountability* che consenta di non rinunciare ai numerosi vantaggi derivanti dalla rivoluzione digitale⁸¹: in attuazione del principio ex art. 28 Cost.⁸², mediante il rapporto di immedesimazione organica⁸³, occorre individuare il responsabile del procedimento e della relativa decisione⁸⁴.

Si sono fatte strada in dottrina due alternative: la creazione del cd. organo informatico, al quale imputare la responsabilità della decisione «*il riconoscimento in capo al dirigente [...] di una sorta di responsabilità oggettiva o formale*»⁸⁵, ossia una responsabilità che non ricade sulla macchina, bensì sull'essere umano dal quale essa dipende.

La responsabilità dell'organo informatico⁸⁶ si prospetta quale migliore soluzione laddove l'algoritmo sia dotato di capacità di apprendimento automatico (c.d. *machine learning*), e sia, dunque,

⁷⁹ C. MORELLI, *Consiglio di Stato apre alla P.A. robot. Algoritmi conoscibili, comprensibili, antidiscriminatori*, in Altalex.com, ove si legge inoltre che «Una conferma indiretta di questa ultima considerazione pare arrivare da un'altra sentenza del Consiglio di Stato (n. 302, del 2 gennaio 2020, segnalata dall'avvocato Luigi Viola, esperto di modelli matematici applicati al diritto), nella quale sempre la VI sezione ha stabilito che il titolare dei diritti di proprietà industriale e intellettuale del software (algoritmo) assume la parte di controinteressato, in quanto titolare di un interesse uguale e contrario a coloro che chiedono l'accesso e l'ostensibilità dell'algoritmo».

⁸⁰ Cons. Stato, Sezione VI, 14 gennaio 2021, n. 451.

⁸¹ M. C. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, op.cit., p. 21.

⁸² L'art. 28 Cost. così dispone: «I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici».

⁸³ F. MARCONI op.cit., p. 18.

⁸⁴ In tema di responsabilità si vedano E. PICOZZA, *Intelligenza artificiale e diritto – politica, diritto amministrativo and artificial intelligence*, in *Giur. It.*, 2019, 7, p. 1761; U. RUFFOLO, *Intelligenza artificiale e responsabilità*, Milano, 2018; G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Milano, 2005.

⁸⁵ F. MARCONI op.cit., p. 18.

⁸⁶ G. TEUBNER, *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, a cura di P. Femia, Napoli, ESI, 2019.

in grado di generare decisioni non prevedibili⁸⁷ a priori. In tali ipotesi non sono chiari gli *input* che conducono alla decisione finale e di conseguenze risulta opaco anche il processo decisionale⁸⁸.

L'esigenza di piena conoscibilità e trasparenza rileva in misura maggiore per l'organo deputato *ex lege* all'adozione del provvedimento⁸⁹, al quale deve essere riconosciuta la possibilità di verificare che la regola tecnica traduca esattamente la regola giuridica⁹⁰. Difatti, la decisione algoritmica non coincide propriamente con la decisione finale, ma si immette in quest'ultima a seguito della verifica, o della decisione di non verificare, assunta dall'organo competente nell'ambito della propria responsabilità⁹¹.

Il controllo umano diviene così garanzia del fondamentale principio di «*autonomia umana*»⁹².

5. La digitalizzazione nell'emergenza sanitaria.

L'automatizzazione e la digitalizzazione del settore pubblico hanno manifestato, e continuano a manifestare, la loro utilità nel periodo di emergenza sanitaria da Covid-19.

La rapida espansione dei contagi sul territorio nazionale e la conseguente dichiarazione dello stato di emergenza⁹³ hanno determinato l'elaborazione e l'applicazione di un *corpus* normativo

⁸⁷ S. VERNILE, *Verso la decisione amministrativa algoritmica?*, in *mediaslaw.eu*, 2/2020, p.147, che ritiene così superata «la possibile obiezione per la quale la macchina si limiterebbe ad applicare soluzioni già apprese e inserite dal programmatore, negandole la capacità creativa e la flessibilità necessarie per assicurare imparzialità e uguaglianza, anche trattando situazioni diverse in modo diverso».

⁸⁸ A. MASUCCI, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie*, cit., p. 101; ID. *L'atto amministrativo informatico*, cit., 99; F. SAITTA, *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, cit., p. 24.

⁸⁹ Si veda la lett. e), art. 6, l. 241/1990.

⁹⁰ Così definita da Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270.

⁹¹ S. VERNILE, *op.cit.*

⁹² N. SMUHA, *Orientamenti etici per un'IA affidabile*, Gruppo di esperti ad alto livello sull'intelligenza artificiale.

⁹³ L'emergenza delinea «una situazione imprevista che, normalmente non è esplicitamente regolata dal diritto vigente e deve essere affrontata come un'eccezione rispetto al sistema di valori giuridicamente riconosciuti». In questi termini, A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008, p. 12, il quale precisa ulteriormente che, «nel [...] significato lessicale, l'emergenza viene definita come una difficoltà improvvisa, una circostanza imprevista o come una situazione che comunque impone di intervenire rapidamente [...]». Sul tema dell'emergenza, V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986; P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, 1988; G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano, 2003; M. GNES, *I limiti del potere d'urgenza*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2005, p. 645 ss.; G. RAZZANO, *L'amministrazione dell'emergenza. Profili costituzionali*, Bari, 2010; M. A. CABIDDU, *Necessità ed emergenza ai confini dell'ordinamento*, in *Amministrare*, 2010, p. 167 ss.; A. CARDONE, *La "normalizzazione" dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem*

derogatorio rispetto a quello ordinario⁹⁴, atto ad introdurre le cautele necessarie al contenimento del virus, nonché a fornire un sostegno all'economia del Paese colpita dalla crisi⁹⁵.

Il Governo è intervenuto mediante atti di diverso *genus*⁹⁶, ai quali sono state conformate le ordinanze promulgate dalle competenti autorità regionali e locali sulla base delle specifiche condizioni territoriali⁹⁷.

La gestione del fenomeno epidemiologico può essere scandita in fasi qualificate dalla maggiore o minore incisività delle misure adottate, sull'esercizio di diritti e libertà costituzionali⁹⁸.

Il ricorso a strumenti informatici è stato incoraggiato in più occasioni. Da ultimo il decreto-legge n. 76 del 2020, noto come Decreto Semplificazioni, recante “Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale”, ha apportato modifiche alla disciplina ordinaria al fine di realizzare la semplificazione dei procedimenti amministrativi, la velocizzazione degli adempimenti burocratici e più in generale la digitalizzazione della Pubblica Amministrazione. Ancora, le molteplici iniziative del “Progetto di solidarietà digitale” hanno consentito a cittadini e imprese lo svolgimento del lavoro da remoto (c.d. *smart working*), l'accesso online ai servizi pubblici e specialistici, la lettura di libri e giornali in formato elettronico, nonché il monitoraggio del contagio mediante l'App Immuni.

Anche la disciplina del processo amministrativo è stata travolta dal mutato quadro emergenziale⁹⁹: si è, infatti, resa necessaria una disciplina derogatoria, eccezionale, che scongiurasse

del Governo, Torino, 2011; L. D'ANDREA, *Brevi considerazioni sui limiti dei poteri emergenziali nel sistema costituzionale*, in M. CARTABIA, E. LAMARQUE, P. TANZARELLA, *Gli atti normativi del governo tra Corte costituzionale e giudici. Atti del Convegno annuale dell'Associazione “Gruppo di Pisa”* (Milano-Bicocca, 10-11 giugno 2011), Torino, 2011, p. 305 ss.

⁹⁴ V. DI CAPUA, *Il nemico invisibile. La battaglia contro il Covid-19 divisa tra Stato e Regioni*, p. 2, in *federalismi.it*: C. ACOCCELLA, *Ancora su diritto e tecnica. Le valutazioni tecnico-scientifiche come premessa delle decisioni politico-amministrative assunte per fronteggiare l'emergenza pandemica da covid-19*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, N. 2/2020.

⁹⁵ Sul punto si veda la rappresentazione fornita da G. LEONE, *Coronavirus, sorte del paese e... appalti a sorte*, in *federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, 5 maggio 2020, p. 4, secondo cui «la pandemia Covid [...], come un tornado, ha arrecato danni immensi all'economia nazionale». Per una riflessione puntuale sugli effetti a lungo termine della pandemia sul piano economico, sociale e istituzionale, che scardinano gli assetti consolidati e impongono una rimeditazione dei tradizionali strumenti regolatori, si rinvia a E. CHITI, *‘Questi sono i nodi’. Pandemia e strumenti di regolazione: spunti per un dibattito*, in *laCostituzione.info*, 20 aprile 2020.

⁹⁶ A titolo esemplificativo si possono ricordare deliberazioni, decreti-legge, leggi di conversione, decreti, ordinanze, circolari.

⁹⁷ V. DI CAPUA, *op.cit.*, p. 3.

⁹⁸ *Ibidem*, p.6.

⁹⁹ Per una estesa analisi del Processo Amministrativo Telematico si rinvia a L. VIOLA, *Diritto e tecnica nel processo amministrativo telematico*, in *federalismi.it*, 22/2018.

un'interruzione della tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi anche nell'ambito della ridotta mobilità sul territorio nazionale imposta dalle misure di contrasto alla diffusione del virus.

In un arco temporale ridotto si è avuta una notevole proliferazione di atti regolativi¹⁰⁰, sia a livello statale sia a livello locale, «che hanno sprigionato una massa critica di prescrizioni dai contenuti frammentati e commisti, determinando notevoli difficoltà conoscitive prima ancora che interpretative»¹⁰¹.

La disciplina dettata per il processo amministrativo si è differenziata da quella prevista per le altre giurisdizioni. Esigenze imprescindibili cui dare risposta mediante la disciplina derogatoria sono state essenzialmente due:

- 1) Garantire il sindacato degli atti, per la maggior parte di natura amministrativa, emanati dalle autorità per contrastare e contenere la diffusione dei contagi e far fronte alla situazione di emergenza sanitaria. In proposito, numerose sono state le pronunce dei giudici di prime e seconde cure aventi ad oggetto l'adeguato bilanciamento tra il diritto alla salute e gli altri diritti in gioco, nonché l'attribuzione di competenze tra Stato e Regioni o tra Stato e autorità locali.
- 2) Scongiurare il rinvio al 2021 di cause già pronte per la decisione.

Il soddisfacimento di queste esigenze ha garantito l'attuazione dei principi della ragionevole durata del processo e dell'effettività della tutela, ma ha reso necessario altresì un bilanciamento con il diritto di difesa e la tutela del contraddittorio¹⁰².

¹⁰⁰ F. PATRONI GRIFFI, *Emergenza sanitaria e processo amministrativo*, p. 1, 2 luglio 2021, in <https://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/-/patroni-griffi-emergenza-sanitaria-e-processo-amministrativo>, che riporta le seguenti “fonti” di produzione emergenziale: “i) la dichiarazione dello stato di emergenza sanitaria (con Delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, in attuazione del d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1, «Codice della protezione civile»), che ha attribuito al Capo del Dipartimento della protezione civile un potere di ordinanza, «in deroga a ogni disposizione vigente e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico»; ii) i decreti-legge che hanno dato fondamento ai decreti del Presidente del Consiglio dei ministri (gli oramai celeberrimi “DPCM”) adottati durante tutto il periodo di pandemia (l'assetto delineato dal decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, è stato rimodulato con il decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, al fine di fornire una più sicura base legale a interventi incidenti su diritti anche fondamentali); iii) il potere di ordinanza dei Presidenti delle Regioni e dei Sindaci (in forza del richiamo all'art. 32, comma 3, della legge 23 dicembre 1978, n. 833, all'art. 50, comma 5, del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, e all'art. 117, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112, compiuto dall'art. 3, comma 2, del decreto-legge n. 6 del 2020, cui era demandato di intervenire «nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri [...] nei casi di estrema necessità»); iv) il potere di ordinanza del Ministro della salute, ai sensi dell'art. 32 della legge n. 833 del 1978”.

¹⁰¹ *Idem*.

¹⁰² L'art. 111 della Costituzione così dispone: “La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata. Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di

L'iniziale sospensione dei termini del processo amministrativo e l'assenza totale di contraddittorio (con conseguente sacrificio del principio di oralità in un'udienza ormai cartolarizzata) ha lasciato spazio alla possibilità di discussione orale da remoto, su richiesta di parte ovvero, anche in assenza di istanza di parte, se comunque ritenuta necessaria.

L'uso di strumenti digitali ha così impedito l'interruzione dello svolgimento del processo amministrativo, «che giudica sul corretto uso dei poteri pubblici»¹⁰³, in un contesto emergenziale nel quale ampio è stato il ricorso a tali poteri.

6. Considerazioni conclusive.

L'emergenza sanitaria ha messo in luce le difficoltà di un Paese chiaramente impreparato alla transizione digitale. In tale contesto, quindi, occorre predisporre le basi per un duraturo sviluppo tecnologico.

La digitalizzazione del settore pubblico, infatti, risponde all'esigenza di garantire l'attuazione dei principi che regolano l'agire amministrativo: economicità, efficienza, imparzialità e trasparenza. Tale esigenza è stata, in parte, soddisfatta mediante un uso sempre più diffuso di strumenti informatici che rendono possibile, tra le altre cose, una più celere erogazione dei servizi pubblici,

un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo. Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore.

La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita.

Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati [cfr. artt. 13 c.2, 14 c.2, 15 c.2, 21 c.3].

Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale [cfr. art. 13], pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge [cfr. art. 137 c.3]. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra [cfr. art. 103 c.3, VI c.2].

Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione [cfr. art. 103 c.1,2].

¹⁰³ F. PATRONI GRIFFI, *op. cit.*

l'attuazione del principio *once only* che impone alle pubbliche amministrazioni di non richiedere ai privati informazioni di cui esse siano già in possesso, una più attiva partecipazione dei privati alla vita pubblica. Non solo, durante l'emergenza sanitaria l'utilizzo di tali strumenti ha scongiurato la paralisi totale del Paese ed ha consentito alle Pubbliche Amministrazioni di proseguire nella loro attività volta al pieno soddisfacimento del pubblico interesse.

La sfida lanciata dal processo di digitalizzazione offre, come è evidente, un ventaglio di opportunità di potenziamento delle pubbliche amministrazioni, ma al tempo stesso presta il fianco a numerose *quaestiones iuris*, che richiedono un attento bilanciamento.

La diffusione del digitale può dirsi tutt'altro che equa, giacché essa avviene secondo modalità differenti sul territorio nazionale e tra le diverse fasce della popolazione: se l'attività amministrativa si caratterizza per il perseguimento di un interesse generale in maniera paritaria, allora occorre correggere le storture derivanti dal c.d. *digital divide*, ossia dal divario tra coloro che hanno accesso ad Internet e coloro che, senza o per propria volontà, non dispongono di tale facoltà e che di conseguenza risultano esclusi dai vantaggi ad esso connessi. Il rischio è che il progresso tecnologico possa tradursi in fattore di discriminazione e disuguaglianza sociale, e sia dunque pienamente contrastante col dettato costituzionale. La necessità di ridurre i divari territoriali, quelli generazionali e di genere rientra tra gli obiettivi del recentissimo Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR): la prima delle sei missioni¹⁰⁴ del Piano è la “Digitalizzazione, Innovazione, Competitività, Cultura”, con la quale si intende «promuovere la trasformazione digitale del Paese, sostenere l'innovazione del sistema produttivo, e investire in due settori chiave per l'Italia, turismo e cultura»¹⁰⁵. Non solo, il PNRR prevede un vasto programma di riforme dirette, tra le altre cose, a facilitare il grado di modernizzazione del Paese e ad aumentare il grado di digitalizzazione della P.A..

Quanto alla configurazione di una “amministrazione robot”, sebbene essa possa risultare per certi versi preferibile a quella “umana” in termini di buon andamento e imparzialità¹⁰⁶, nonché di

¹⁰⁴ La prima componente della Missione n. 1, che riguarda la digitalizzazione, innovazione e sicurezza della PA, è articolata in tre settori di intervento:

digitalizzazione della PA; modernizzazione della PA; innovazione organizzativa della giustizia.

¹⁰⁵ Per approfondimenti sul PNRR si rinvia a www.mef.gov.it/focus/Il-Piano-Nazionale-di-Ripresa-e-Resilienza-PNRR

¹⁰⁶ Sul tema 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*, in *Istituzioni del Federalismo*, 3/2019, p. 605: «i

maggiore prevedibilità, rimane l'insormontabile limite della "sovranità umana" quale espressione dell'orientamento antropocentrico della *data science*¹⁰⁷. L'intelligenza artificiale differisce dall'intelligenza umana, non perché i dati siano «muti»¹⁰⁸, ma perché è «nella comprensione, nel significato, nel senso da dare agli elementi di base (che) consiste il cuore stesso della decisione discrezionale»¹⁰⁹.

È per tali motivi che la decisione amministrativa, proprio perché riferita a bisogni, interessi, aspettative umane, deve provenire da una persona: «umano il sovrano, umano il fine, umano il funzionario, umana la decisione»¹¹⁰.

È necessario predisporre il binario che l'innovazione tecnologica dovrà percorrere per pervenire ad una condizione costituzionale di progresso, nella quale la persona conserva il suo ruolo cardine e l'algoritmo funge da strumento di ausilio¹¹¹.

*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 con-dotte 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, lasciato dalla 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 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.*

¹⁰⁷ P. FORTE, *op.cit.*

¹⁰⁸ P. FORTE, *op.cit.* e A. MASUCCI, *Il documento informatico. Profili ricostruttivi della nozione e della disciplina*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 755.

¹⁰⁹ P. FORTE, *op.cit.* e V. BRIGANTE, *Evolving pathways of administrative decisions. Cognitive activity and data, measures and algorithms in the changing administration*, Napoli, ES, 2019., 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. 21octies of the law on administrative proceedings».

¹¹⁰ P. FORTE, *op.cit.*

¹¹¹ R. ROLLI, M.F. D'AMBROSIO, *Recensione a E. Caterini, L'intelligenza artificiale «sostenibile» e il processo di socializzazione del diritto civile*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, fasc. n. 2, 2020.

ANTONIO MITROTTI
Assegnista di ricerca in Diritto Costituzionale presso l'Università degli Studi di Trieste
amitrotti@units.it

INTERESSE NAZIONALE ITALIANO ED EMERGENZA PANDEMICA: NIHIL SUB SOLE NOVUM

ITALIAN NATIONAL INTEREST AND PANDEMIC EMERGENCY: NIHIL SUB SOLE NOVUM

SINTESI

Pandemia ed interesse nazionale italiano costituirebbero per onestà intellettuale due argomenti astrattamente a sé: giacché singolarmente bisognerebbe di un approfondimento *ad hoc*. Eppure lo studio di cosa sia attualmente l'interesse nazionale nella Repubblica italiana è venuto palesemente ad incrociarsi con i nodi della complessa gestione ordinamentale dell'emergenza epidemiologica da COVID-19: da qui le oggettive premesse d'indagine per offrire alcuni spunti argomentativi (strutturalmente suffragati da una recentissima decisione della giurisprudenza costituzionale) utili a mettere (debitamente) in luce (per il giurista) che quando si riflette sull'interesse nazionale italiano non c'è davvero "nulla di nuovo sotto il sole" repubblicano del pur revisionato Titolo V.

ABSTRACT

Pandemic and Italian national interest would constitute, for intellectual honesty, two subjects abstractly in their own right: because individually they need an *ad hoc* deepening. Yet the study of what is currently the national interest in the Italian Republic has clearly come to intersect with the nodes of the complex legal management of the epidemiological emergency by COVID-19: from here the objective premises of investigation to offer some argumentative cues (structurally supported by a very recent decision of the constitutional jurisprudence) useful to put (duly) in light (for the jurist) that when it is reflected on the Italian national interest there is really "nothing new under the sun" Republican although revised Title V.

PAROLE CHIAVE: interesse nazionale, unità repubblicana, leale collaborazione, pandemia, autonomia.
KEYWORDS: national interest, republican unity, loyal cooperation, pandemic, autonomy.

INDICE: - 1. Introduzione. - 2. Cenni su origini ed evoluzione dell'interesse nazionale italiano, dal '48 fino alle soglie della revisione del *Titolo V*. - 3. L'interesse nazionale dalla revisione del *Titolo V* fino al dilagare del COVID-19 in Italia. - 4. L'interesse nazionale italiano nella pandemia: osservazioni a partire dalla sentenza n. 37/2021 della Corte costituzionale. - 5. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione.

Sin dall'infanzia ci sono stati insegnati a scuola, come in famiglia, diversi metodi di esercizio della capacità di sintesi rispetto alla complessità della realtà che, da sempre, circonda l'uomo e da cui (apertamente) promana l'esigenza diretta ad “*intelligere*” le concrete soluzioni per vivere (se non, talvolta, per sopravvivere) nel laborioso percorso di crescita che ci è proprio: ne è un pragmatico esempio il tanto temuto esame di maturità, non a caso frapposto sulle soglie della maggiore età prevista all'articolo 2 del Codice Civile.

D'altra parte ogni forma di sapere, compresa la scienza giuridica, si tramanda alle generazioni future grazie a quanti - semplificando la complessità dei problemi esistenti - riescono con un encomiabile sforzo di sintesi a trasmettere, saggiamente, gli strumenti (ossia i ferri del mestiere, per intendersi) utili a permettere ai discenti di orientarsi (con maturità) dinanzi ai diversi casi della materia affrontata, specialmente di fronte alle ipotesi più improbabili ed imprevedibili.

La pandemia da COVID-19 quale evento difficilmente prevedibile (se non nei più fantasiosi casi di scuola) ha rispolverato in quest'ottica nelle menti di tantissimi giuristi delle sensazioni, in qualche modo, ‘assonanti’ (*mutatis mutandis*) rispetto agli ostacoli vissuti, a suo tempo, con l'esame di maturità.

Dinanzi alle difficoltà di un fenomeno come il COVID-19, infatti, al giurista è stato spesso richiesto non solo una imprescindibile capacità di sintesi dei profili coinvolti dai numerosi problemi emersi ma addirittura lo sforzo di “*intelligere*” le soluzioni necessarie alla stessa sopravvivenza dell'ordinamento italiano, soprattutto mediante il ragionevole e meditato aggiornamento critico (e

maturo) delle tradizionali categorie dogmatiche (ossia degli strumenti del mestiere di cui si parlava) su cui, fin qui, si è sviluppato il diritto pubblico¹.

È così che - senza precedenti paragonabili - dalla pandemia il giurista ha 'dovuto' trarre spunto per mettere a nudo (in tutta la necessaria evidenza) mito e realtà, luci ed ombre, pregi e difetti interpretativi di importanti e numerosi istituti presenti da tempo nell'ordinamento della Repubblica italiana; eppure, venuti alla ribalta delle cronache di attualità politica e giudiziaria solo a fronte della stringente necessità di dover superare la (ardua) "prova di maturità" imposta dal *Virus*.

Il che si è verificato particolarmente in relazione alla sensibile disciplina costituzionale dei rapporti tra Stato, Regioni ed Autonomie locali, laddove - per l'esattezza - proprio le convulse esigenze sottese alla gestione dell'emergenza epidemiologica hanno finito per mettere il dito nella piaga dell'interesse nazionale italiano².

Il tema dell'interesse nazionale (inteso quale multiforme ed imprescindibile valvola di chiusura nell'alveo un ordinamento statale a base decentrata³) strutturalmente costituisce nella storia della Repubblica italiana uno dei più noti e tormentati istituti a cavallo delle relazioni tra Stato, Regioni ed Autonomie locali nonché (per conseguenza) dei relativi riparti di competenza⁴.

¹ Né può in tal senso trascurarsi l'intima vocazione giuridica finora coltivata dalla Rivista Persona e Amministrazione. «Questa Rivista, fin dal suo nascere, si è proposta di studiare - con il metodo del rigoroso confronto di opinioni - il profondo mutamento delle categorie costitutive del diritto pubblico che il presente richiede, muovendosi nella prospettiva della Costituzione e, per conseguenza, della ricerca di soluzioni e percorsi che si fondino sulla dimensione normativa della persona rispetto al potere, anche attraverso il ripensamento di concetti fondamentali del nostro sapere disciplinare» L. R. PERFETTI, *Sullo Statuto costituzionale dell'emergenza. Ancora sul diritto pubblico come violenza o come funzione dei diritti della persona*, in questa Rivista, n. 2/2020, p. 52.

² Per uno studio generale sul tema dell'interesse nazionale sia consentito il rinvio ad A. MITROTTI, *L'interesse nazionale nell'ordinamento italiano. Itinerari della genesi ed evoluzione di un'araba fenice*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020. Più di recente, per un'aggiornata lettura delle relazioni tra interesse nazionale e COVID-19, appare, altresì, significativo rimandare a L. GIURATO, *Le relazioni "pericolose" tra enti territoriali nella gestione dell'emergenza Covid-19: il principio di leale collaborazione come baluardo dell'interesse nazionale?*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2/2020, pp. 687-703; E. GUARNA ASSANTI, *Una Res smarrita e forse ritrovata: l'interesse nazionale*, in *Diritti Regionali*, n. 1/2021, pp. 248-260; M. RUBECCHI, *Due "nuove" rondini ... fanno primavera? Considerazioni su recenti tendenze del regionalismo italiano*, in *Federalismi.it*, n. 10/2021, pp. 254-268; M. CARRER, *L'interesse nazionale, araba fenice dell'ordinamento costituzionale. Metafore e paralleli giuridici da una recente monografia*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 2/2021, pp. 327-342.

³ *Ex plurimis* appare significativo rimandare, sul punto, a quanto diffusamente ricostruito in F. TRIMARCHI BANFI, *Identità e variabilità dell'interesse nazionale*, in *Le Regioni*, n. 3/1986, pp. 631-641; U. ALLEGRETTI, *Autonomia regionale e unità nazionale*, in *Le Regioni*, n. 1/1995, pp. 9-26; A. CERRI, *Alla ricerca dei ragionevoli principi della riforma regionale*, in Aa. Vv., *Problemi del Federalismo*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 203-215; G. FALCON, *Il "big bang" del regionalismo italiano*, in *Le Regioni*, n. 6/2001, pp. 1141-1152; L. A. MAZZAROLLI, *Spunti per una riconsiderazione del limite degli interessi nazionali nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Diritto della Regione*, n. 5/2001, pp. 945-955.

⁴ In dottrina si confrontano, *ex multis*, A. REPOSO, *Profili dello Stato autonomico. Federalismo e regionalismo*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 3 ss.; G. C. DE MARTIN, *Il federalismo proclamato ma non praticato*, in *www.astrid-online.it*; B. CARAVITA,

Ciò soprattutto perché l'intima natura sottesa all'interesse nazionale (con venature ambigualmente poste sul crinale tra diritto e politica, tra declinazioni di merito ed interpretazioni di legittimità, tra esigenze di unità e garanzia delle autonomie) ha fatto sì che l'Istituto si prestasse, nel tempo, ad equivocate strumentalizzazioni - di fatto avvilenti la *ratio* ed il valore degli interessi nazionali (*ex parte principis*) come pure le ricollegabili ragioni di una sana e fisiologica tutela del pluralismo autonomista (*ex parte civis*) - fino al punto, addirittura, di pervenire, nel 2001, con la revisione costituzionale del *Titolo V* ad un'ambigua espunzione dal testo della Carta di qualsiasi riferimento all'interesse nazionale: nel (proclamato) nome di un'aspirazione repubblicana ad una maggiore, e concreta, garanzia degli spazi costituzionalmente attribuiti alle Regioni ed agli altri Enti autonomi territoriali.

Sennonché non ci si può coprire gli occhi sulla circostanza che se già prima della pandemia l'espunzione dal testo della Carta repubblicana di ogni riferimento all'interesse nazionale ha manifestato segni di oggettiva cedevolezza - fino alla cruciale manifestazione di una materiale riemersione, se non resurrezione, della *ratio* dell'interesse nazionale *sub specie* di nuovi istituti enucleati dalla 'creativa' giurisprudenza costituzionale - oggi l'importante prova di maturità promanante dal COVID-19 richiede all'ordinamento delle serie, chiare ed efficaci soluzioni (a tutto tondo) per i concreti dilemmi di funzionamento e di coordinamento emersi nella, così detta, "Repubblica delle Autonomie"⁵.

L'esigenza di 'mature' soluzioni si rendono, infatti, mai come prima assolutamente necessarie: a partire dagli aspetti, più teorici, di pura ingegneria costituzionale fino, nondimeno, a pervenire al

Lineamenti di Diritto costituzionale federale e regionale, Torino, Giappichelli, 2009, p. 15 ss.; F. MANGANIello, *L'interesse nazionale scompare nel testo ... ma resta nel contesto. Una rassegna dei problemi*, in *Le Regioni*, n. 1-2/2012, pp. 57-99.

⁵ «Tutti sappiamo che anche la precedente disciplina costituzionale optava per un sistema istituzionale pluralistico: la novità, ora, è rappresentata dal fatto che tra le articolazioni di tale sistema non è più possibile individuare alcuna posizione di gerarchia, o comunque di preminenza. Il principio enunciato dal 1° comma del nuovo art. 117 Cost., l'equiparazione ontologica tra legge statale e legge regionale, con effetti profondi ancora da esplorare ma che comunque portano alla piena e reciproca parità, la dislocazione in termini di principio dell'amministrazione al livello comunale e locale, ne sono solo le più rilevanti (e non certo uniche) espressioni» M. CAMMELLI, *Amministrazione (e interpreti) davanti al Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, n. 6/2001, pp. 1274-1275. Sempre sulla "Repubblica delle Autonomie" si vedano, *ex plurimis*, F. MERLONI, *La leale collaborazione nella Repubblica delle autonomie*, in *Diritto Pubblico*, n. 3/2002, pp. 827-880; T. GROPPi - M. OLIVETTI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo Titolo V*, Torino, Giappichelli, 2003; A. PIOGGIA - L. VANDELLI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie nella giurisprudenza costituzionale. Regioni ed enti locali dopo la riforma del Titolo V*, Bologna, il Mulino, 2006; C. DI MARCO - L. G. SCIANNELLA (a cura di), *Dalla Repubblica delle Autonomie ad un nuovo (e indefinito) accentramento dei poteri nello Stato*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014; G. DEMURO, *La Repubblica delle autonomie, una e indivisibile*, in *Federalismi.it*, n. 7/2018.

più concreto piano della garanzia di un'effettiva tutela giurisdizionale per tutte le situazioni giuridiche soggettive tangibilmente incise dagli 'inediti' provvedimenti di gestione dell'emergenza in corso⁶ (si hanno qui in mente gli effetti collaterali dell'utilizzo del D.P.C.M. come, specifico, strumento di indirizzo e di coordinamento nazionale a base della gestione emergenziale da COVID-19).

Tornare a riflettere con attenzione sull'interesse nazionale italiano si impone oggi come una, assai stringente, necessità per la sicurezza e per la ragionevolezza delle basi del diritto pubblico (nel suo complesso), anche al fine peculiare di 'alleggerire' il peso oggettivamente caricato sulle spalle della Corte costituzionale dopo la testuale scomparsa della (elastica) 'clausola di supremazia' ad onta della, celeberrima, riforma del *Titolo V*: che, per vero, ha 'costretto' il Giudice delle Leggi ad una creatività interpretativa piuttosto pericolosa per la certezza del diritto nel nostro ordinamento, in quanto all'aleatorietà tipicamente riconducibile ad un giudizio casistico - strutturalmente scevro della preziosa possibilità di ricorso ad una espressa clausola *ad hoc* per la risoluzione di ogni 'conflitto' competenziale - la Corte, non di rado, ha affiancato delle (sensibili) 'sferzate' nell'elaborazione dei propri orientamenti sulle rilevanti fattispecie di interesse nazionale.

Ne è un tangibile esempio la recentissima sentenza del 12 marzo 2021, n. 37: una decisione in cui il Giudice delle Leggi si è trovato dinanzi ad una complicatissima operazione di sintesi (e di 'maturità', per l'appunto) tra le ragioni (non del tutto strettamente giuridiche⁷) di gestione

⁶ Nella copiosa letteratura scientifica maturata sul tema si confrontino, *ex plurimis*, G. VIRGA, *I conti che non tornano (a proposito dell'epidemia da coronavirus)*, in *LexItalia.it*, 14 marzo 2020; L. MAZZAROLLI, «Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo ad una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp. aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost. per tacer d'altri, in *Federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, 23 marzo 2020; A. BARONE, *Emergenza pandemica, precauzione e sussidiarietà orizzontale*, in questa *Rivista*, n. 1/2020, pp. 185-196; S. GARDINI, *Note sui poteri amministrativi straordinari*, in *Il diritto dell'economia*, n. 2/2020, pp. 147-199; A. MITROTTI, *Salus Rei Publicae e legalità alla prova dell'emergenza da Covid-19. Inediti strumenti di gestione dei D.P.C.M.*, in *AmbienteDiritto.it*, n. 3/2020; G. CORSO, *Emergenza e Organizzazione*, in questa *Rivista*, n. 2/2020, pp. 13-17; A. SCHIAVELLO, *Il costituzionalismo contemporaneo ai tempi del Covid-19*, in questa *Rivista*, n. 2/2020, pp. 19-37; G. TROPEA, *Emergenza, Pandemia, Sovranità popolare e Diritti della Persona. Qualche dubbio sulla lettura biopolitica*, in questa *Rivista*, n. 2/2020, pp. 39-49; L. R. PERFETTI, *Sullo Statuto costituzionale dell'emergenza. Ancora sul diritto pubblico come violenza o come funzione dei diritti della persona*, in questa *Rivista*, n. 2/2020, pp. 51-79; F. FOLLIERI, *Precauzione, prevenzione e legalità nell'emergenza da Covid-19*, in questa *Rivista*, n. 2/2020, pp. 81-89; M. TRIMARCHI, *Dall'emergenza epidemiologica due indicazioni per la riforma dell'autonomia comunale*, in questa *Rivista*, n. 2/2020, pp. 91-97; M. C. CAVALLARO, *La decisione politica nel tempo dell'emergenza sanitaria*, in questa *Rivista*, n. 2/2020, pp. 107-122.

⁷ La gestione dell'emergenza epidemiologica ha oggettivamente sotteso un intricato intreccio di competenze, da cui è subito apparso difficilissimo scindere gli aspetti di politica del superamento emergenziale: una commistione resa di fatto possibile dalle oggettive lacune proprie del principio di leale collaborazione che, per la strutturale carenza

dell'emergenza nel policentrico ordinamento repubblicano (come risultante dalla revisione costituzionale del 2001), da un lato, e, dall'altro, la *ratio* dei persistenti meccanismi unitari dell'intramontabile interesse nazionale italiano⁸.

2. Cenni su origini ed evoluzione dell'interesse nazionale italiano, dal '48 fino alle soglie della revisione del Titolo V.

Che cos'è l'interesse nazionale? L'interrogativo è d'obbligo, oltre che - logicamente - preliminare rispetto a qualsiasi altro discorso in tema di relazioni competenziali tra Stato, Regioni ed Autonomie locali.

Eppure una risposta secca, pertinente ed esaustiva potrebbe rivelarsi un compito assai ingrato: complicato, se non estremamente scivoloso. Sul punto la cosa più sicura è, senz'altro, affrontare le problematiche questioni definitorie sottese all'interesse nazionale partendo da ciò che è concretamente emerso, a suo tempo, in seno ai lavori preparatori maturati nell'Assemblea Costituente⁹, che - in origine - introdusse l'esplicito riferimento all'interesse nazionale nel testo della Carta repubblicana del '48.

D'altronde è ponendosi in questa puntuale prospettiva che si può scientificamente arrivare a definire che cosa fosse e che cos'è l'interesse nazionale: senza timori di smentite.

di una formale sede *ad hoc* costituzionalmente disciplinata per la procedimentalizzazione di provvedimenti concertati tra i diversi livelli di governo, finisce, di fatto, per funzionare nell'ordinamento su di un piano (assai vischioso) prettamente politico. Tutto ciò senza, per altro, trascurare le forti pressioni economiche e sociali che la gestione giuridica dell'emergenza ha quotidianamente sotteso.

⁸ D'altra parte, non può dirsi una pura casualità che - di fatto - il redattore della richiamata sentenza della Corte costituzionale sia proprio il Prof. Augusto Barbera, autore di un celeberrimo studio monografico sul tema dell'interesse nazionale, per cui si rimanda, per l'appunto, più diffusamente ad A. BARBERA, *Regioni e interesse nazionale*, Milano, Giuffrè, 1973. In più giova altresì rinviare a quanto successivamente ricostruito in A. BARBERA, *Scompare l'interesse nazionale?*, in www.forumcostituzionale.it, 9 aprile 2001; A. BARBERA, *Chi è il custode dell'interesse nazionale?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2001, pp. 345-346; A. BARBERA, *La polverizzazione delle materie regionali e la (oramai necessaria) clausola di supremazia*, in *Le Regioni*, n. 2-3/2011, pp. 557-564.

⁹ Si confronti quanto diffusamente ricostruito in S. M. CICONETTI - M. CORTESE - G. TORCOLINI - S. TRAVERSA (a cura di), *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, Camera dei Deputati - Segretariato Generale, Roma, volume III, 1970-1971, p. 2598 ss.

Senonché se ci collocassimo prudentemente sotto il medesimo angolo visuale del legislatore Costituente ci accorgeremmo con una certa facilità che (sotto la lente di una, lungimirante, chiave di lettura teleologica) i Padri Costituenti intesero disciplinare ('cristallizzandolo' tra le pieghe dei principi irrevisionabili della Carta) un essenziale obiettivo, di carattere politico-costituzionale, intrinsecamente inscindibile rispetto all'esercizio della sovranità popolare nell'alveo della 'forma' (unitaria ed indivisibile) della Repubblica italiana.

Dalla lettura dei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente può infatti desumersi che l'interesse nazionale fosse concepibile come un (aggregante) obiettivo repubblicano, teleologicamente proteso nel voler assicurare «*l'interesse della Nazione e la solidarietà fra tutte le Regioni*»¹⁰, specialmente nella sensibile opera del più equilibrato bilanciamento 'possibile' tra le basilari ragioni dell'unità (e di indivisibilità) della Repubblica (da una parte) e (dall'altra) le fondamentali istanze di riconoscimento ed effettiva promozione delle Autonomie (così come espressamente contemplato dall'art. 5 della Costituzione).

Del resto, come autorevolmente osservato in dottrina, è difficile contestare che «[...] *in tutti gli ordinamenti [...] nei quali in contrapposizione al potere centrale sussistono approfondite autonomie territoriali, dagli Stati federali agli Stati regionali sul tipo di quello italiano, si è sempre sentito il bisogno di introdurre nel riparto delle competenze fra lo Stato e le Regioni (al di là della rigida normativa costituzionale) meccanismi di compensazione, valvole di sicurezza, adeguamenti continui*»¹¹.

In altri termini, l'interesse nazionale è venuto in luce tra le pieghe dispositive della Carta costituzionale come un pregnante meccanismo posto «*in nome dell'unità politica e per evitare conflitti tra Stato e Regioni*»¹²: poiché tanto "l'opportunità politica" quanto la "legittimità costituzionale" rappresentarono - geneticamente - due diverse facce della medesima medaglia appuntata sugli interessi nazionali, premianti l'essenziale rispetto degli interessi unitari ed infrazionabili nei

¹⁰ E. MORELLI, in S. M. CICCONE - M. CORTESE - G. TORCOLINI - S. TRAVERSA (a cura di), *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, Camera dei Deputati - Segretariato Generale, Roma, volume III, 1970-1971, pp. 2598-2599.

¹¹ L. PALADIN, *Relazione*, in N. OCCHIOCUPO (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività*, Bologna, il Mulino, 1978, p. 265.

¹² A. RUGGERI, *L'"interesse di altre Regioni" come limite di merito alla potestà legislativa regionale*, in *Rassegna di Diritto Pubblico*, n. 2-3/1972, p. 392; in questo senso si veda anche A. BARBERA, *Regioni e interesse nazionale*, Milano, Giuffrè, 1973, p. 82 ss.

confronti di ogni potenziale ‘conflitto’ con l’autonomia legislativa ed amministrativa costituzionalmente riconosciuta alle Regioni.

Se infatti rileggesimo l’originaria formulazione dell’articolo 127 della Carta repubblicana ci si ricorderebbe senz’altro della duplice declinabilità sostanziale sottesa al limite dell’interesse nazionale rispetto all’esercizio dell’autonomia legislativa regionale: giacché l’originario articolo 127 contemplava una clausola *ad hoc* che il Governo statale avrebbe, sempre, potuto alternativamente far prevalere o dinanzi alle Camere del Parlamento come censura di puro merito politico delle leggi regionali contestate oppure dinanzi alla Corte costituzionale per motivi di legittimità - dal ‘combinato disposto’ tra le originarie prescrizioni di cui agli articoli 117 e 127 Cost. - degli impugnati atti legislativi regionali.

Per altro, la duplice declinabilità (di merito politico e di legittimità costituzionale) dell’interesse nazionale manifestava tangibili effetti non soltanto sul piano dell’autonomia legislativa regionale ma pure sotto i profili della discendente autonomia amministrativa: se si pensa, cioè, alla portata del previgente “parallelismo” delle funzioni legislative ed amministrative.

Anche perché fu chiaro sin da subito che gli interessi nazionali non si limitassero, unicamente, al piano della potestà legislativa ma finivano, pure, per connotare le basilari finalità di esercizio dei poteri amministrativi: il che sia, per l’appunto, in base al previgente “parallelismo” delle funzioni legislative ed amministrative¹³ che, nondimeno, nell’ottica dell’includibile portata del principio di legalità dell’azione amministrativa, di per sé storicamente rafforzato, oltretutto, dall’introduzione (con la celeberrima Legge del 16 maggio 1970, n. 281) delle (pervasive) funzioni statali di indirizzo e coordinamento¹⁴, che segnarono un (ulteriore) ruolo unificante dell’interesse nazionale nell’alveo delle attività amministrative trasferite dallo Stato alle (esordienti) Regioni.

¹³ Per un quadro generale della previgente impostazione costituzionale si rimanda, *ex multis*, sul punto a F. BASSANINI, *Riflessioni sull'applicazione del principio del parallelismo delle funzioni e sulle competenze regionali in materia ospedaliera*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 6/1971, pp. 2149-2174; A. D’ATENA, *Funzione, III) Funzioni amministrative delle Regioni*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XIV, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1989.

¹⁴ Nello specifico, preme qui puntualizzare come la funzione di indirizzo e di coordinamento riservata al legislatore statale sia stata sostanzialmente “inventata” (l’espressione, si badi, è coniata da R. BIN, voce *Legge regionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, volume IX, Torino, UTET, 1994, p. 190) con l’introduzione della Legge del 16 maggio 1970, n. 281 (rubricata “*Provvedimenti finanziari per l’attuazione delle Regioni a statuto ordinario*”) al fine di indirizzare, appunto, nonché coordinare legislativamente l’esercizio delle funzioni amministrative trasferite dallo Stato alle Regioni, secondo il rispetto delle peculiari esigenze di unitarietà e di uniformità amministrativa.

La maggioritaria dottrina ha, tuttavia, prevalentemente criticato e guardato con enorme sospetto la funzione di

Una simile impostazione dell'interesse nazionale potrebbe apparire oggi - di primo acchito - come oltremodo sbilanciata verso le ragioni unitarie e centripete del tipo di Stato solennemente consacrato con la Costituzione del '48: eppure non dovremmo - mai - trascurare che ogni nostra 'attuale' valutazione andrebbe, pur sempre, contestualizzata al periodo dell'immediato secondo dopo Guerra, in cui molti dei Costituenti ebbero in verità non poche difficoltà a svincolarsi dagli schemi politici e giuridici dell'assai risalente retaggio storico italiano, che, sin dall'unità d'Italia, manifestò fortissime 'resistenze' al riconoscimento delle 'ragioni' autonomistiche.

Tant'è che il dibattito intorno all'effettivo ruolo che le Regioni avrebbero dovuto rivestire in Costituzione non fu affatto privo di vivaci visioni dinamicamente contrastanti: che ben si dispiegarono tra chi per un verso concepiva la Regione come un mero strumento di decentramento amministrativo (o al più come una forma di autogoverno della comunità locale) e chi, piuttosto, immaginava la Regione come una, fondamentale, 'leva' istituzionale per la democrazia partecipativa

indirizzo e coordinamento, considerata, in pratica, come una sorta di ulteriore limitazione nei confronti del legislatore regionale, "costituzionalizzata" anche per il tramite del prezioso avallo della stessa Corte costituzionale che, particolarmente, con l'emblematica sentenza del 4 marzo 1971, n. 39, rigettò via ogni questione di legittimità inerente all'art. 17, lett. a) della Legge 16 maggio 1970, n. 281, per quanto, ad onor del vero, i Giudici di Palazzo della Consulta tennero a puntualizzare che la funzione di indirizzo riservata allo Stato costituisse, più esattamente: «[...] il risvolto positivo di quel limite generale del rispetto dell'«interesse nazionale e di quello di altre Regioni», che l'art. 117 espressamente prescrive alla legislazione regionale e cui è preordinato il controllo successivo detto comunemente «di merito», spettante al Parlamento dietro ricorso dello Stato (art. 127 Costituzione)» C. cost., sent. 4 marzo 1971, n. 39, par. 5 del Considerato in diritto. La letteratura sviluppata in dottrina sulla funzione di indirizzo e coordinamento è davvero ampia, si vedano soltanto, e senza pretesa di esaustività, G. AMATO - S. BARTOLE - F. BASSANINI - S. CASSESE - L. ELIA, *Dibattito sul trasferimento delle funzioni amministrative alle Regioni di diritto comune*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 1/1971, pp. 456-498; A. D'ATENA, *Osservazioni sulla ripartizione delle competenze tra Stato e Regioni: e sul collaudo dell'autonomia ordinaria*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 3-4/1972, pp. 2011-2030; E. CASETTA, *Le Regioni alla soglia degli anni '80*, in *Le Regioni*, n. 3-4/1981, pp. 569-580; M. PEDETTA, *Sul rapporto tra interesse nazionale e potestà legislativa delle Regioni*, in *Le Regioni*, n. 1-2/1982, pp. 78-99; M. PEDETTA, *Funzione di indirizzo e coordinamento esercitata in via amministrativa e sistema delle fonti*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 2-4/1983, pp. 672-683; A. COSTANZO, *In tema di indirizzo e coordinamento delle attività regionali*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 2-4/1983, pp. 666-671; L. CARLASSARE, *I problemi dell'indirizzo e coordinamento: le soluzioni giurisprudenziali*, in *Le Regioni*, n. 1/1985, pp. 29-40; S. BARTOLE - C. BOTTARI - M. CARLI - G. FALCON - M. MARPILLERO - D. SORACE - L. VANDELLI, *Spunti per una ricerca sull'indirizzo e coordinamento*, in *Le Regioni*, n. 1/1985, pp. 57-93; R. PROSPERI, *Interesse nazionale e funzione di indirizzo e coordinamento*, in *Il Foro Amministrativo*, n. 4/1985, pp. 4-7; F. TRIMARCHI BANFI, *Identità e variabilità dell'interesse nazionale*, in *Le Regioni*, n. 3/1986, pp. 631-641; E. GIZZI - A. ORSI BATTAGLINI, *La funzione di indirizzo e coordinamento*, Milano, Franco Angeli, 1988; V. ANGIOLINI, *Sulla poca coordinazione della funzione statale di indirizzo e coordinamento*, in *Le Regioni*, n. 4/1991, pp. 1265-1275; R. BIN, *L'atto di indirizzo e coordinamento può trovare nella giurisprudenza costituzionale il fondamento della sua legalità?*, in *Le Regioni*, n. 2/1996, pp. 315-322; S. MANGIAMELI, *L'indirizzo e il coordinamento: una funzione legislativa costituzionalizzata dalla Corte*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 1/1997, pp. 1131-1139; L. CALIFANO, *L'irriducibile ascesa dell'indirizzo e coordinamento*, in *Le Regioni*, n. 1/1999, pp. 49-66. Sul rapporto tra la funzione d'indirizzo e coordinamento ed i poteri sostitutivi dello Stato si veda, più diffusamente, (*ex multis*) P. CARETTI, *Rapporti fra Stato e Regioni: funzione di indirizzo e coordinamento e potere sostitutivo*, in *Le Regioni*, n. 6/2002, pp. 1325-1336.

(nella prospettiva, per intendersi, di una divisione 'verticale' del popolare potere sovrano, nell'alveo degli enti territoriali costituenti la Repubblica italiana).

Calandosi in quest'ottica storica la definitiva consacrazione costituzionale delle Regioni come enti territoriali dotati di una piena autonomia politica¹⁵ traente il proprio baluardo costituzionale nella titolarità dell'esercizio di una potestà legislativa (ancorché per le Regioni a Statuto ordinario si trattasse di una competenza di natura concorrente con lo Stato) costituì, per l'epoca, il miglior collocamento possibile che l'ente regionale potesse aspirare ad avere: quale - per l'appunto - «*ente dotato di autonomia politica pur nell'unità dello Stato*»¹⁶ e, per l'esattezza, nel rispetto del limite dell'interesse nazionale.

In realtà la sistemazione delle ripartizioni competenziali teoricamente disegnate dai nostri Padri Costituenti - che pensarono al più equilibrato bilanciamento 'possibile' nei rapporti tra unità ed esigenze autonomistiche - venne ben presto a subire più di qualche distorsione pratica: con torsioni innaturali protese a comprimere, se non a neutralizzare, la *ratio* dell'originario impianto dei rapporti tra Stato e Regioni.

Il che si è concretamente verificato a partire da un nodale punto di ingegneria costituzionale contemplato, nel previgente *Titolo V* della *Parte II* dalla Carta repubblicana, all'articolo 127.

Laddove, segnatamente, il potere attribuito al Governo statale dal previgente articolo 127 della Costituzione (costituendo l'intima espressione di un vero e proprio atto politico connotato¹⁷

¹⁵ Si confrontino le ricostruzioni in A. BARBERA, *Regioni e interesse nazionale*, Milano, Giuffrè, 1973, p. 48 ss.; V. FALZONE - F. PALERMO - F. COSENTINO (a cura di), *La Costituzione della Repubblica italiana. Illustrata con i lavori preparatori e corredata da note e riferimenti*, Milano, Mondadori, 1976, pp. 11-22 e pp. 368-377. Più di recente si legga F. MANGANIello, *Interesse nazionale, interessi europei e vincoli alla potestà normativa regionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, p. 46 ss.

¹⁶ C. cost., sent. 30 dicembre 1968, n. 143, par. 3 del Considerato in Diritto.

¹⁷ Per preziose riflessioni sull'atto politico appare significativo rimandare *ex multis* a quanto approfondito in E. SICA, *Del potere e degli atti politici*, in *Rassegna di Diritto Pubblico*, n. 3/1948, pp. 455-471; E. CHELI, *Atto politico e funzione d'indirizzo politico*, Milano, Giuffrè, 1961, specialmente p. 187 ss.; M. TANFERNA, *Atti amministrativi, atti politici e atti sostanzialmente presidenziali: problemi di tutela giurisdizionale*, in *Rivista Amministrativa della Repubblica italiana*, n. 2-3/1994, pp. 258-261; V. FANTI, *L'atto politico nel governo degli enti locali*, in *Diritto e Processo Amministrativo*, n. 2/2008, pp. 433-520; V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti 'politici' e atti di 'alta amministrazione'*, in *Diritto Pubblico*, n. 1/2009, pp. 101-134; G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, in *Diritto Amministrativo*, n. 3/2012, pp. 329-414; L. BUSCEMA, *Atti politici e principio di giustiziabilità dei diritti e degli interessi*, in *Rivista AIC*, n. 1/2014; G. PEPE, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale tra atti politici, atti di alta amministrazione e leggi-provvedimento*, in *Federalismi.it*, n. 22/2017; G. DE GIORGI CEZZI, *Aboliamo l'art. 7 comma 1 del Codice del processo amministrativo? Limiti e autolimiti del giudice amministrativo e sostenibilità dei procedimenti di generazione delle conoscenze in ordine ai fatti. I casi dell'eccesso di potere, dell'atto politico e dei poteri ancora non esercitati*, in *Federalismi.it*, n. 11/2018. Più di recente sia

di un'ampia discrezionalità¹⁸) rese pressoché inevitabile che il peso degli indirizzi politici emergenti nelle (piuttosto instabili) maggioranze di Governo venisse, di fatto, ad assumere un significativo ruolo in relazione alle contingibili scelte (politiche) se rinviare un testo di legge regionale (a seconda, per esempio, che si trattasse o meno di una Regione in quel momento politicamente consonante) o se decidere di impugnarlo dopo la sua riapprovazione conseguente al 'rinvio' del Commissario di Governo oppure, ancora, se 'limitarsi' a sollevare dei profili di pura legittimità costituzionale anziché eccepire delle (maggiormente penetranti) censure di merito (politicamente scomode) dell'interesse nazionale dinanzi alle Camere.

Si trattava - come è intuibile - di un punto davvero cruciale per la vita istituzionale degli interessi nazionali, il cui meccanismo costituzionale in tanto avrebbe funzionato, in relazione al dinamico rapporto dialettico con l'esercizio dell'autonomia che si riconosceva alle Regioni, in quanto fosse stato ragionevolmente esercitato - a monte - il potere governativo di cui al previgente art. 127 Cost.: concepito in origine dai Padri Costituenti come un potere finalizzato al perseguimento dell'obiettivo (politico-costituzionale) dell'unità repubblicana, per «*l'interesse della Nazione e la solidarietà fra tutte le Regioni*»¹⁹).

Eppure, è assolutamente innegabile (con il senno di poi) che il peso dell'indirizzo politico statale abbia finito con l'esercitare un'impropria 'influenza' sulla concreta esplicazione (effettiva) sottesa al meccanismo di cui al previgente art. 127 Cost.: a detrimento sia dell'interesse nazionale che d'altra parte della stessa autonomia regionale, posta in antitetica relazione dialettica con la cura degli interessi nazionali.

Il che si è materialmente verificato sotto entrambe le declinazioni dell'interesse nazionale italiano: tanto cioè per i profili di merito, quanto per le censure di legittimità costituzionale.

consentito il rinvio ad A. MITROTTI, *L'atto politico: riflessioni intorno ad un istituto in perenne tensione tra scienza costituzionale ed amministrativa*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 1/2020.

¹⁸ Per una più articolata ricostruzione sul punto, F. MANGANIELLO, *L'interesse nazionale scompare nel testo ... ma resta nel contesto. Una rassegna dei problemi*, in *Le Regioni*, n. 1-2/2012, p. 58 ss.; ancora più di recente, F. MANGANIELLO, *Interesse nazionale, interessi europei e vincoli alla potestà normativa regionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, p. 50 ss.

¹⁹ E. MORELLI, in S. M. CICONETTI - M. CORTESE - G. TORCOLINI - S. TRAVERSA (a cura di), *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente, Camera dei Deputati* – Segretariato Generale, Roma, volume III, 1970-1971, pp. 2598-2599.

Da un lato - infatti - la decisione politica “sul merito” dell’interesse nazionale anziché essere, debitamente, esercitata dinanzi alle Camere (in senso positivo) è stata strumentalizzata alla stregua di un improprio mezzo politico di contrattazione contenutistica con i legislatori regionali.

Tant’è vero che il riferimento alla clausola degli interessi nazionali ha frequentemente finito per essere legato alle (alquanto opache) logiche di *political bargaining* della prima Repubblica²⁰, con il surrettizio effetto di una trasformazione del ricorso all’interesse nazionale nella tortuosa forma di un suo esercizio ‘in negativo’: ben lontano - cioè - dal vero interesse nazionale, originariamente concepito come uno strumento di verifica positiva rispetto agli atti deliberativi regionali (con un controllo, per intendersi, esercitato sul merito politico-costituzionale delle ragioni, infrazionabili, dell’unitarietà repubblicana potenzialmente minate dall’esercizio della potestà legislativa regionale).

Non è una banale casualità, pertanto, che nella concreta esperienza anteriore alla revisione del *Titolo V*, del 2001, si sia registrata una progressiva trasposizione del limite di merito dell’interesse nazionale sotto l’alveo di funzionalità del limite di legittimità²¹.

Dall’altro lato, però, la (impietosa) trasposizione, progressiva, del merito (politico) dell’interesse nazionale sotto il, senz’altro differente, parametro di legittimità costituzionale rappresentato dal combinato disposto tra i previgenti articoli 117 e 127 ebbe l’effetto di scaricare tutto il peso delle valutazioni di interesse nazionale presso il Palazzo della Consulta, in cui la Corte costituzionale è competente a deliberare le proprie decisioni: né si può - d’altra parte - nascondere

²⁰ Sul punto si confronti, *ex multis*, P. SCOPPOLA, *La Repubblica dei partiti: evoluzione e crisi di un sistema politico (1945-1996)*, Bologna, il Mulino, 1997.

²¹ Davvero utile appare il riferimento a quanto puntualizzato da R. TOSI, *Distinzioni e interferenze tra censure di legittimità e censure di merito*, in *Le Regioni*, n. 6/1989, pp. 1907-1922; in cui l’Autrice evidenzia, appunto, le interferenze maturate nella prassi tra le censure di merito e quelle di legittimità; secondo una ricostruzione posta a commento, per il vero, di una delicata decisione della Consulta: C. cost., sent. 27 ottobre 1988, n. 991. Il Collegio della Consulta, proprio in questa decisione (al par. 1.1 del Considerato in diritto), tenne a precisare esplicitamente che: «[...] *Le censure di merito, infatti, non si distinguono da quelle di legittimità per la natura sostanziale delle valutazioni da operare, ma se ne differenziano soltanto per il dato formale che le regole o gli interessi assunti come parametro del giudizio non sono sanciti in alcuna norma della Costituzione o anche di legge. Ed invero, quando una censura viene validamente prospettata in relazione a una pretesa violazione di una norma o di un principio riconducibile a un giudizio di valore contenuto in una disposizione di legge [...] si deve comunque escludere che la relativa questione possa essere annoverata fra quelle di merito, cioè tra questioni per la cui risoluzione è invocato un parametro non codificato in una disposizione di legge o della Costituzione*». Pertanto, la questione di merito sollevabile presupponeva non contestata la validità e la legittimità delle leggi regionali impugnate: in tal senso il limite di merito sarebbe stato invero diretto a contestare tutto quanto fosse unicamente suscettibile di compromettere interessi politici (e non giuridici) sottesi alla (alquanto elastica) formula dell’interesse nazionale, in questo senso, più diffusamente, A. BARBERA, *Regioni e interesse nazionale*, Milano, Giuffrè, 1973, p. 27 ss.

come un mistero repubblicano che, di fatto, il sindacato di legittimità attivabile dinanzi al Giudice delle leggi finì con l'assorbire, sostanzialmente, tutte le possibili e prospettabili ragioni inerenti al controllo di merito (politico) dell'interesse nazionale potenzialmente denunciabile dinanzi alle Camere.

Può essere una, incontrovertibile, prova il fatto che in tanti anni di storia repubblicana le censure di merito dell'interesse nazionale non siano mai state sollevate davanti alle Camere del Parlamento.

Ciò contribuì tuttavia ad alimentare le confusioni tra profili di merito e di legittimità dell'interesse nazionale: per quanto si trattasse in teoria di aspetti, formalmente, differenti.

In estrema sintesi «*l'interesse nazionale inteso come presupposto di legittimità [avrebbe dovuto] opera[re] quale limite della 'competenza' [costituzionalmente propria] del legislatore regionale [...]; [mentre] l'interesse nazionale inteso come limite di merito, invece, [sarebbe dovuto attenersi alla verifica inerente] al 'contenuto' della funzione legislativa regionale, vincolandola nei singoli atti di esercizio*»²².

Tuttavia al netto di un quadro teorico, sufficientemente, chiaro vennero ad annidarsi non soltanto le palpabili difficoltà delle maggioranze di Governo (condizionate da endemiche divisioni, legate alle logiche di partito) incapaci di far valere - ossia 'prevalere' - le esigenze politiche sottostanti alle censure di merito dell'interesse nazionale ma (tanto più) si aggiunsero pure le (non trascurabili) tendenze della giurisprudenza costituzionale di andare a 'sovrapporre' al parametro di legittimità degli interessi nazionali profili tra di loro, sensibilmente, diversi.

In non pochi casi, per esempio, il limite di legittimità dell'interesse nazionale venne sovrapposto al differente piano dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi statali nell'ambito delle materie di competenza legislativa concorrente, senza trascurare per altro le ipotesi in cui gli interessi nazionali sono andati confondendosi con i principi sottesi alle norme fondamentali in tema di riforme economico-sociali²³ per le materie di competenza piena delle Regioni a Statuto speciale²⁴.

²² A. BARBERA, *Regioni e interesse nazionale*, Milano, Giuffrè, 1973, p. 323. Il contenuto delle parentesi quadre è il nostro.

²³ Per un minuzioso quanto brillante approfondimento sul tema delle relazioni intercorrenti tra norme fondamentali di riforma economico-sociale ed interesse nazionale si rinvia, *ex multis*, a G. A. FERRO, *Le norme fondamentali di riforma economico sociale ed il nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Nuove Autonomie*, n. 4-5/2005, pp. 633-685; in particolare si legga p. 639 ss.

²⁴ Si vedano, *ex multis*, C. cost., sentt. 30 dicembre 1958, n. 76, par. 1 del Considerato in diritto; 10 febbraio

Il che, ovviamente, non ha fatto altro che contribuire ad alimentare le (confuse) sovrapposizioni tra merito e legittimità: tanto più alla luce della tendenziale dilatazione giurisprudenziale dei margini inerenti al limite di legittimità dell'interesse nazionale, che ha inevitabilmente prodotto l'effetto di andare ad erodere (sempre di più) i residuali spazi di operatività del limite di merito della clausola contemplata dal previgente articolo 127 Cost.

È così che in un debole contesto politico, come era quello della così detta “prima Repubblica”, il peso di un importantissimo meccanismo costituzionale quale, appunto, il limite dell'interesse nazionale è finito nei fatti per riversarsi, unicamente, sulla ‘responsabilità’ (di certo non politica) delle singole decisioni - di legittimità - adottate, di volta in volta, dalla Corte costituzionale.

Tutto ciò si è realizzato almeno fin tanto che il Giudice delle leggi non iniziasse ad avvertire l'insostenibile elasticità del (pur fondamentale) parametro di legittimità dell'interesse nazionale²⁵: oggettivamente ‘distorto’ (rispetto alle originarie intenzioni e, soprattutto, alle disposizioni deliberate dai Padri Costituenti) per mezzo del combinato effetto deformante tra l'opera di trasposizione del limite di merito in parametro di legittimità e la parallela dilatazione giurisprudenziale dei ‘confini’ costituzionali degli interessi nazionali; un'estensione, quest'ultima, resa materialmente possibile proprio dalla «*intrinseca malleabilità di alcuni limiti di legittimità [riconducibili alla clausola di supremazia], attingendo [ogni volta] all'ampio ventaglio di interpretazioni astrattamente prospettabili in relazione al loro ambito di operatività*»²⁶.

Anche per questo, dopo numerosissime pronunce in materia, la Corte costituzionale (ravvisando le difficoltà derivanti da un'intollerabile incertezza insita nell'estensione dei confini

1964, n. 4, par. 1 del Considerato in diritto; 7 marzo 1964, n. 13, par. 4 del Considerato in diritto; 14 maggio 1966, n. 37, par. 1 e 2 del Considerato in diritto; 23 novembre 1967, n. 116, par. 3 del Considerato in diritto. Per una ‘pungente’ critica delle argomentazioni sottese alle decisioni della richiamata giurisprudenza costituzionale si legga L. PALADIN, *Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale*, in *Foro Amministrativo*, n. 1/1971, (pt. 3), pp. 3-43.

²⁵ Per una più approfondita disamina, si leggano, *ex multis*, A. ORSI BATTAGLINI, *La Corte costituzionale di fronte allo scontro politico sulle Regioni e la riforma dello Stato*, in *Quale giustizia*, n. 8/1971, pp. 243-250; G. GUARINO, *La giurisprudenza della Corte costituzionale in materia regionale*, in *Rassegna di Diritto Pubblico*, n. 3/1964, pp. 599-641; D. NOCILLA, *Ipotesi ricostruttive in tema di procedimento per la soluzione delle questioni di merito concernenti le leggi regionali*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 2-4/1979, pp. 73-109; nonché, specialmente, G. AMATO, *Il sindacato di costituzionalità sulle competenze legislative dello Stato e della Regione*, Milano, Giuffrè, 1964.

²⁶ Q. CAMERLENGO, *L'ineluttabile destino di un concetto evanescente: l'interesse nazionale e la riforma costituzionale*, in AA. VV., *Problemi del federalismo*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 329. Il contenuto delle parentesi quadre è il nostro.

dell'interesse nazionale) pervenne in maniera esplicita a fissare - per la prima volta - con la sentenza n. 177 del 18 febbraio 1988²⁷ lo "statuto di costituzionalità del limite di legittimità dell'interesse nazionale"²⁸. Nell'ottica di prevenire 'illegittime' forme di compressione per l'autonomia legislativa costituzionalmente garantita per le Regioni, quanto, d'altra parte, con la sottaciuta volontà del Giudice delle leggi di indirizzare nella maniera più chiara possibile l'attività del legislatore statale: che, per il vero, si era dimostrato del tutto incapace di gestire ed attivare il limite di merito (politico) dell'interesse nazionale.

Ciò nonostante nell'ontologica tensione, endemica, tra merito e legittimità, tra censure politiche e sindacato di costituzionalità, una cosa appariva, in sé, chiara nonché pressoché consolidata nell'ordinamento ossia che l'interesse nazionale fosse giunto ad un punto 'irreversibile' di una vera e propria «"giurisdizionalizzazione" di un limite in sé "politico" [...] per un verso espressiva del primato del diritto costituzionale sulla politica, attraverso la sostituzione del controllo della Corte a quello parlamentare; un primato, tuttavia, pagato col costo, sicuramente non da poco, di far innalzare il tasso naturale di "politicità" pure ordinariamente insito nei giudizi di costituzionalità, che, in alcuni casi specialmente, si è manifestato in forme particolarmente accentuate e squilibrate, che hanno messo in uno stato di evidente, forte sofferenza l'autonomia»²⁹.

L'effetto è stato che (al netto dell'essenzialità per la cura del principio di unità ed indivisibilità repubblicana) dopo più di cinquanta anni di vita della Carta costituzionale l'interesse nazionale non s'è mai oggettivamente atteggiato come un istituto dai contorni definiti o definibili in un modo univoco: ancorché, indubbiamente, si trattasse di una 'clausola' fondamentale per la Repubblica, nell'ottica dei quotidiani rapporti (e nell'ambito dei relativi riparti competenziali) tra Stato e Regioni (ed Autonomie).

²⁷ C. cost., sent. 18 febbraio 1988, n. 177; sul limite di legittimità dell'interesse nazionale si veda, in particolare, il par. 2.4.1 del Considerato in diritto. Per dei, preziosi, commenti in dottrina si confrontino, *ex multis*, C. MEZZANOTTE, *Interesse nazionale e scrutinio stretto*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 1/1988, pp. 631-633; F. TRIMARCHI BANFI, *Nuovi "risvolti positivi" per l'interesse nazionale?*, in *Le Regioni*, n. 3/1988, pp. 729-759; C. PINELLI, *Criteri e tecniche nei giudizi sull'interesse nazionale*, in *Le Regioni*, n. 2/1989, pp. 454-472.

²⁸ Sul punto sia consentito il rinvio ad A. MITROTTI, *L'interesse nazionale nell'ordinamento italiano. Itinerari della genesi ed evoluzione di un'araba fenice*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 82 ss.

²⁹ A. RUGGERI, *"Forme" e "tecniche" dell'unità, tra vecchio e nuovo regionalismo*, in G. ROLLA (a cura di), *La definizione del principio unitario negli ordinamenti decentrati*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 95.

Ciò, per altro, si è realizzato secondo degli schemi istituzionali assolutamente incoerenti con quanto in teoria voluto nei lavori preparatori e nelle storiche intenzioni del legislatore Costituente: non essendo - affatto - esagerato ritenere che la storia istituzionale dell'interesse nazionale italiano si sia distonicamente evoluta in difformità rispetto a quanto - in concreto - introdotto dalle disposizioni, definitivamente, approvate dai Padri Costituenti con gli originari articoli 117 e 127.

Forse è anche per questo che con la riforma costituzionale del 2001 si è giunti fra le diverse novità introdotte ad espungere dal testo della Carta ogni formale riferimento all'interesse nazionale: lasciando sullo sfondo un vivace dibattito circa la sopravvivenza degli interessi nazionali italiani; un dibattito che - appare innegabile - il COVID-19 (e la gestione dell'emergenza pandemica) continua più che mai ad alimentare.

Né, d'altra parte, può dirsi - probabilmente - una, pura, coincidenza che proprio lo scorso 4 marzo 2020 ossia con l'avvento dell'impetuosa diffusione in Italia del *Virus* sia stata depositata presso la Camera dei Deputati una nuova (per il vero ennesima, dopo vari tentativi falliti di revisione, con da ultimo il bocciato *referendum* del 2016³⁰) proposta di legge costituzionale “*in materia di conferenze per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le autonomie locali e la clausola di supremazia statale*”³¹: il cui *iter* parlamentare risulta però in stasi, vuoi per le croniche, e cicliche, crisi attraversanti le maggioranze dei governi parlamentari ‘della Pandemia’ (dalla caduta del Governo “*Conte-bis*” fino alle palpabili difficoltà attuali dell'ultimo Governo “*Draghi*”) vuoi per la consapevolezza politica di reintrodurre un istituto come l'interesse nazionale di fortissima responsabilità - e maturità - per le istituzioni repubblicane.

³⁰ Il riferimento è alle leggi di revisione costituzionale respinte dal corpo elettorale, prima, nel 2006 e poi nel 2016: si è trattato, in estrema sintesi, di due progetti di revisione profondamente differenti tra loro, specie quanto agli obiettivi di politica costituzionale che con essi si sarebbero voluti concretamente realizzare (il primo oggettivamente orientato alla così detta *devolution* di ulteriori competenze alle Regioni, il secondo invece più vocato ad un ‘riaccentramento’ dei poteri in capo allo Stato) per quanto accomunati proprio dalla significativa (e si potrebbe leggere non casuale) re-introduzione della (previgente) clausola dell'interesse nazionale nei rapporti tra Stato e Regioni.

³¹ *Camera dei Deputati*, Proposta di legge costituzionale n. 2422/2020, presentata il 4 marzo 2020, nonché precisamente rubricata «*Introduzione dell'articolo 116 bis e modifica dell'articolo 117 della Costituzione, in materia di conferenze per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le autonomie locali e di clausola di supremazia statale*», consultabile sul sito <https://documenti.camera.it>.

3. L'interesse nazionale dalla revisione del *Titolo V* fino al dilagare del COVID-19 in Italia.

Con l'entrata in vigore della legge costituzionale del 18 ottobre 2001, n. 3 il revisionato *Titolo V* della *Parte II* nella Carta repubblicana si è - all'improvviso - ritrovato orfano di qualsiasi espressa citazione 'testuale' dell'interesse nazionale, unitamente - per il vero - a numerosissime novità introdotte in Costituzione.

Fra i cambiamenti intervenuti con la modifica del *Titolo V* preme, qui, sinteticamente segnalare, per lo meno, quattro fondamentali novità: interpretabili in relazione sistematica³² con la 'scomparsa letterale' dell'interesse nazionale.

In primis vi è stata la formale consacrazione del (nodale) «*principio della parità della funzione normativa di Stato e Regioni*»³³: con la solenne 'equiparazione' della potestà legislativa regionale a quella statale, specie circa i vincoli cui, pariteticamente, entrambi i legislatori sono (oggi) sottoposti, giacché il primo comma del novellato articolo 117 Cost. è chiarissimo nell'affermare che la «*potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dell'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali*».

In secondo luogo, non può - poi - trascurarsi l'intervenuto ribaltamento (in senso federale) della preesistente tecnica di ripartizione costituzionale delle materie di competenza legislativa: dal momento che le competenze di tipo tassativo - ossia enumerate - vengono attualmente attribuite allo Stato, che prima era, invece, titolare di una competenza di natura residuale (ovvero, a seconda dei punti di vista, di carattere generale).

³² L'assetto costituzionale risultante dalle modifiche intervenute nel 2001 deve, senz'altro, essere letto ed interpretato in un modo coordinato e sistematico, oltre che - fra l'altro - secondo l'imprescindibile criterio ermeneutico (di carattere evolutivo) dell'interpretazione storico-normativa, su cui appare utile in rinvio a quanto ricostruito in A. D'ATENA, *Legge regionale (e provinciale)*, in *Enciclopedia del diritto*, volume XXIII, Milano, Giuffrè, 1973; A. D'ATENA, *Materie legislative e tipologia delle competenze*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2003, pp. 15-24; A. D'ATENA, *Diritto regionale*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 145-146.

³³ E. CANNIZZARO, *Gli effetti degli obblighi internazionali e le competenze estere di Stato e Regioni*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 1/2002, p. 19. In senso analogo si leggano altresì le considerazioni sviluppate in L. TORCHIA, *I vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, n. 6/2001, pp. 1203-1212; F. PIZZETTI, *I nuovi elementi "unificanti" del sistema costituzionale italiano*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 2/2010, pp. 333-367 (specie pp. 342-344); L. R. PERFETTI - A. CLINI, *Class action, interessi diffusi, legittimazione a ricorrere degli enti territoriali nella prospettiva dello statuto costituzionale del cittadino e delle autonomie locali*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 4/2011, pp. 1443-1475.

Come terza - fondamentale - novità ricollegabile all'interesse nazionale vi è stato altresì l'abbandono dello storico ruolo 'tutorio' dello Stato nei confronti degli altri Enti territoriali della Repubblica.

La qual cosa è palesemente testimoniata tanto dall'inedita assenza di una clausola gerarchica - di supremazia - al novellato articolo 127 Cost. quanto dalla, significativa, scomparsa dei (pervasivi) controlli statali, senza - nondimeno - trascurare l'emblematica consacrazione di una 'tendenziale' equiordinazione³⁴ tra tutti gli enti territoriali costituenti la Repubblica italiana (delle Autonomie), ai sensi del revisionato articolo 114 Cost.

Non si può, in fine, dimenticare (come quarto elemento ricollegabile agli interessi nazionali) che, fra le altre novità, la revisione del *Titolo V* ha segnato la scomparsa del celebre parallelismo delle funzioni legislative ed amministrative: sostituito dall'importante riconoscimento di un generale criterio costituzionale di tendenziale attribuzione (tramite il competente legislatore di intermediazione) ai Comuni (ossia all'ente territoriale più vicino ai cittadini³⁵) delle (basilari) funzioni amministrative³⁶. Il che, d'altra parte, sconta l'eccezione legata ad (insopprimibili) esigenze di "esercizio unitario" (occorrenza frequentemente sottesa all'espletamento delle funzioni amministrative) che, strutturalmente, giustifichino il ricorso al principio di sussidiarietà verticale ed il connesso conferimento delle funzioni ai livelli di governo 'superiori', cioè a Province, Città metropolitane, Regioni ed allo Stato³⁷, sulla base (per l'appunto) dell'introdotta principio della

³⁴ Sul punto, *ex multis*, si leggano M. CAMMELLI, *Amministrazione (e interpreti) davanti al Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, n. 6/2001, pp. 1273-1304; F. MERLONI, *La leale collaborazione nella Repubblica delle autonomie*, in *Diritto Pubblico*, n. 3/2002, pp. 827-880; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *L'autonomia istituzionale e normativa degli enti locali dopo la revisione del Titolo V, parte II della Costituzione. Il caso dei controlli*, in *Le Regioni*, n. 2-3/2002, pp. 445-482; O. CHESSA, *Verso il federalismo "interno"*, Torino, Giappichelli, 2009; M. CAMMELLI, *Leale collaborazione e raccordi. I raccordi tra i livelli istituzionali*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 2/2010, pp. 309-331; P. BONETTI, *L'autonomia finanziaria regionale e locale come motore delle autonomie territoriali: un'introduzione dall'art. 114 all'art. 119 Cost.*, in *Le Regioni*, n. 5/2010, pp. 1161-1220.

³⁵ Per approfondimenti appare utile rinviare a G. D'AURIA, *Funzioni amministrative e autonomia finanziaria delle Regioni e degli enti locali*, in *Il Foro Italiano*, n. 7-8/2001, (pt. V), pp. 212-222; nonché G. D'AURIA, *Funzioni amministrative e autonomia finanziaria delle Regioni e degli enti locali. (Le modifiche al Titolo V della parte seconda della Costituzione. Tre anni dopo)*, in *Il Foro Italiano*, n. 9/2004, (pt. V), pp. 75-85.

³⁶ Secondo uno schema, a ben riflettere, che potrebbe ben ritenersi 'ispirato' ad una logica sostanzialmente ricalcante - *mutatis mutandis* - quella posta a base della contemplata disciplina di attribuzione della competenza legislativa residuale attribuita oggi alle Regioni.

³⁷ «Il sistema dinamico delle competenze, così come previsto nella Carta costituzionale, necessita dunque di un'inedita interpretazione in chiave autonomistica di tutti gli enti locali, per cui il fascio di competenze comunali gode di una pienezza di funzioni, che si autolimita ed arretra solo quando occorra assicurare un esercizio unitario delle funzioni, imputando così il conferimento ad un soggetto di livello, per così dire, superiore [...] La ripartizione delle competenze amministrative, pertanto, si muove non per classi di materia o di settore (secondo

sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza (ai sensi di quanto prescritto dal novellato articolo 118 Cost.)³⁸.

Naturalmente non si può qui, per comprensibili ragioni di economia della presente trattazione, affrontare con eshaustività ogni singolo aspetto delle novità inserite con la revisione costituzionale del 2001: in questa sede solo 'strumentali' rispetto alle riflessioni sull'interesse nazionale italiano.

Si può invece meditare sul senso della scomparsa letterale dell'interesse nazionale (specialmente alla luce di ciò che, convulsamente, è emerso dalle relazioni tra Stato, Regioni ed Autonomie locali nella, triste, gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19).

Ebbene se di primo acchito ammetteremmo che le (dirompenti) novità introdotte dalla revisione del *Titolo V* non siano state (realisticamente) foriere di alcun sostanziale cambiamento in relazione all'interesse nazionale italiano rasenteremmo senz'altro, almeno agli occhi dei più, il punto di una follia apodittica.

Tant'è che già all'indomani dell'entrata in vigore della legge costituzionale del 18 ottobre 2001, n. 3 diverse (ed assai autorevoli) opinioni della dottrina pubblicistica argomentarono che fosse, ormai, definitivamente intervenuta una netta cesura rispetto al passato³⁹.

Purtroppo il discorso ci porterebbe sin troppo lontani (specie dall'attualità dell'emergenza da COVID-19 cui si intende pervenire) se ci soffermassimo diligentemente ad analizzare (con la dovuta meticolosità) ciascuna delle argomentazioni prospettate in dottrina a favore della

un modello statico utilizzato per la distribuzione della potestà legislativa), ma solo avendo riguardo alla funzione o meglio alla garanzia di un esercizio unitario della funzione, secondo il principio di sussidiarietà collegato ai criteri di adeguatezza e di differenziazione» L. R. PERFETTI - A. CLINI, *Class action, interessi diffusi, legittimazione a ricorrere degli enti territoriali nella prospettiva dello statuto costituzionale del cittadino e delle autonomie locali*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 4/2011, pp. 1474-1475.

³⁸ «Si prefigura, così, un sistema che non si impernia sulla predominanza di un solo soggetto bensì sulla coraltà dei differenti livelli territoriali di governo, orientati, nelle rispettive sfere di attribuzioni, all'unità ed indivisibilità della Repubblica. Il cammino intrapreso dal nostro ordinamento verso un nuovo assetto pluralistico, pari ordinato, sembra seguire e sviluppare non solo le istanze democratiche raccolte nell'originario dettato costituzionale, ma rappresenta, più in generale, un affiancamento della transizione italiana alle dinamiche comuni alla maggior parte delle democrazie moderne. Il dato che comunemente emerge dalle analisi comparate, difatti, valido anche nel nostro ordinamento, configura una sempre più marcata e difficile coniugazione del principio monistico del potere pubblico con l'evoluzione in senso pluralistico della forma di Stato, quale necessaria espressione delle variegate realtà sottostanti; pertanto, il ruolo fondamentale riconosciuto ai poteri locali ed il grado di tutela ad essi assegnato divengono indici del modello di sviluppo, attraverso sistemi federali o regionali, delle democrazie pluraliste e dei processi di decentramento politico» L. R. PERFETTI - A. CLINI, *Class action*, op. cit., pp. 1472-1473.

³⁹ *Ex multis*, P. CAVALIERI, *La nuova autonomia legislativa delle Regioni*, in *Il Foro Italiano*, n. 7-8/2001, pp. 199-203; G. FALCON, *Modello e transizione nel nuovo Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni*, n. 6/2001, pp. 1247-1271.

discontinuità rispetto al passato interesse nazionale piuttosto che le antitetiche opinioni (per vero, non affatto isolate) di chi comunque aderirebbe, senz'altro, ad interpretazioni di tipo continuista con il funzionamento costituzionale degli (originari) interessi nazionali⁴⁰.

Tuttavia - comunque la si veda - un dato appare di carattere ineludibile.

Se è vero che la *ratio existendi* dell'interesse nazionale italiano (alla luce di quanto elaborato ed introdotto dai Padri Costituenti) sia da rinvenire nella garanzia effettiva dell'obiettivo di unità della Repubblica allora - a ben riflettere - quando si parla dell'interesse nazionale si ragiona intorno ad un istituto, *ex se*, funzionale alla fisionomia strutturale della, indefettibile, forma unitaria repubblicana (ai sensi di una combinata lettura tra gli artt. 1 e 5 Cost.): una forma che nella sua struttura è (e deve rimanere in ogni momento) intangibile, giacché non assoggettabile, espressamente, ad alcuna revisione costituzionale (a mente del testo contemplato dall'articolo 139 Cost.).

«Sicché l'interesse nazionale costituisce [a ben riflettere] un istituto concorrente a dare alla Repubblica italiana la sua 'necessaria forma', unitaria: non potendosi, d'altra parte, escludere che senza dei sostanziali meccanismi di interesse nazionale potrebbe venire a pregiudicarsi la fisionomia repubblicana e, dunque, la Repubblica stessa (di cui all'articolo 1 della Carta costituzionale)»⁴¹.

Del resto - si ci riflettessimo attentamente - riguardo alla garanzia dell'unitarietà propria della Repubblica italiana una cosa è ragionare intorno alle 'ineludibili' istanze unitarie, di interesse nazionale (sostanzialmente ineliminabili in natura, a fronte delle endemiche collisioni tra principio di unità e principio autonomistico) mentre ben altra cosa sarebbe lo sforzo, ancorché pregevole, di individuare quali possano formalmente essere i migliori strumenti costituzionalmente deputati alla cura delle radicali ragioni di unitarietà nell'ordinamento: in questa prospettiva viene - a dire il vero - piuttosto difficile immaginare che la celebre revisione del *Titolo V* possa avere materialmente espunto l'interesse nazionale italiano per il semplicissimo, ed unico, fatto della soppressione (testuale) della clausola di supremazia all'articolo 127 Cost.

⁴⁰ Per una ricostruzione delle differenti argomentazioni prospettate in dottrina a favore e contro la persistenza dell'interesse nazionale sia consentito rinviare ad A. MITROTTI, *L'interesse nazionale nell'ordinamento italiano. Itinerari della genesi ed evoluzione di un'araba fenice*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 106 ss.

⁴¹ A. MITROTTI, *L'interesse nazionale nell'ordinamento italiano*, op. cit., p. 110.

Le istanze unitarie e gli interessi nazionali (nella loro originaria declinazione concepita dai Padri Costituenti) esisterebbero comunque nell'ordinamento repubblicano, pure in assenza di un'espressa clausola, trattandosi di interessi, intrinsecamente, immanenti alla strutturale forma, e fisionomia, della Repubblica: ciò almeno fin tanto che (è ovvio) la Repubblica continuerà, di fatto, ad esistere e (parallelamente) nella Carta costituzionale repubblicana continuerà, potenzialmente, a darsi l'esistenza di strumenti funzionalmente idonei a permettere la tutela delle ragioni di unitarietà, di coesione e di (omogenea) solidarietà repubblicana.

«Gli interessi nazionali, in altri termini, anche dopo la riforma, pur se non evocati testualmente dall'art. 117 Cost., continuano ad esistere, né d'altra parte potrebbero scomparire le esigenze unitarie nella vita di un ordinamento che, per dettato costituzionale e per carattere strutturale, è essenzialmente uno e indivisibile»⁴².

D'altronde non può dirsi un caso che nonostante la scomparsa testuale dell'interesse nazionale dal contenuto della revisionata Carta costituzionale si siano, in questi anni, ripresentati nell'ordinamento istituti fortemente vocati alla garanzia delle istanze di unitarietà della Repubblica: soprattutto tramite l'opera interpretativa della (preziosa) giurisprudenza costituzionale, che, pertanto, in questo senso ha incontrovertibilmente continuato a 'caricarsi' (come accaduto anche prima della revisione del *Titolo V*) del peso degli interessi nazionali.

Si hanno, qui, in mente numerosissime decisioni della Corte costituzionale, dai vari casi inerenti alle materie "trasversali"⁴³ di competenza statale ed alla sistematica "prevalenza" della

⁴² G. COSMELLI, *Oltre i confini della "materia". La potestà legislativa residuale delle Regioni tra poteri impliciti e sussidiarietà*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 80.

⁴³ La paternità dell'espressione di "*materia trasversale*" viene, comunemente, attribuita dalla dottrina a G. FALCON, *Modello e transizione nel nuovo Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni*, n. 6/2001, pp. 1247-1271. Sulla trasversalità delle materie si confrontino, *ex plurimis*, F. S. MARINI, *La Corte costituzionale nel labirinto delle materie «trasversali»: dalla sent. n. 282 alla n. 407 del 2002*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 4/2002, pp. 2951-2957; B. CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V. Stato, Regioni e autonomie fra Repubblica e Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 71 ss.; A. D'ATENA, *Materie legislative e tipologia delle competenze*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2003, pp. 15-24; S. MANGIAMELI, *Sull'arte di definire le materie dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, n. 1/2003, pp. 337-344; G. SCACCIA, *Le competenze legislative sussidiarie e trasversali*, in *Diritto Pubblico*, n. 2/2004, pp. 461-500; G. ARCONZO, *Le materie trasversali nella giurisprudenza della Corte costituzionale dopo la riforma del Titolo V*, in N. ZANON - A. CONCARO (a cura di), *L'incerto federalismo. Le competenze statali e regionali nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 181-241; A. CONCARO - I. PELLIZZONE, *Tutela della concorrenza e definizione delle materie trasversali: alcune note a margine della sent. n. 345 del 2004 della Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, n. 3/2005, pp. 434-438; F. BENELLI, *La «materializzazione delle materie». Problemi teorici ed applicativi del nuovo Titolo V della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2006; D. MESSINEO, *Competenze finalistiche concorrenti e giudizio costituzionale: sindacato teleologico vs limite dei principi*, in *Le Regioni*, n. 3-4/2007, pp. 543-572; L. CASSETTI, *La Corte costituzionale "salva" le liberalizzazioni del 2006: dalla trasversalità alla "prevalenza" della competenza statale in materia di tutela della concorrenza*, in *Federalismi.it*, n. 9/2008; G. COSMELLI, *Oltre i confini della "materia". La potestà legislativa*

legislazione finalistica dello Stato rispetto agli intrecci con le sovrapponibili competenze regionali⁴⁴, passando, poi, per le celeberrime sentenze della giurisprudenza (a dir poco creatrice) sulle ipotesi di, così detta, chiamata od attrazione od avocazione in “sussidiarietà legislativa”⁴⁵, fino - nondimeno - a giungere alle rilevanti decisioni in cui il Giudice delle leggi è finanche pervenuto ad avallare, significativamente, ipotesi di una, vera e propria, “sostituzione legislativa” dello Stato rispetto alle competenze pur costituzionalmente contemplate in favore delle Regioni⁴⁶: fattispecie - queste - riconducibili a ‘forme’ di sostituzione che ancorché ‘coperte’ dalla disciplina di cui al revisionato articolo 120, comma 2, della Carta costituzionale sono venute, strutturalmente, a ‘sovrapporsi’ (con

residuale delle Regioni tra poteri impliciti e sussidiarietà, Milano, Giuffrè, 2015; A. PICARONE, *Le materie trasversali tra problematiche interpretative e riforme mancate*, in *ASTRID Rassegna*, n. 8/2017; A. COLAVECCHIO, *Prevalenza vs. leale collaborazione nel settore dei rifiuti*, in *Federalismi.it*, n. 10/2018. Sia altresì consentito il rinvio a quanto ricostruito in A. MITROTTI, *La capriola dell'interesse nazionale, da clausola di supremazia a criterio di prevalenza: ma le unitarie esigenze di uniformità legislativa statale permangono e il Consiglio di Stato lo conferma in materia ambientale*, in *Osservatorio AIC*, n. 1/2018.

⁴⁴ Si confrontino, *ex multis*, le seguenti decisioni: C. cost., sentenze 7 ottobre 2003, n. 307, par. 5 del Considerato in diritto; 23 dicembre 2003, n. 370, par. 4 del Considerato in diritto; 13 gennaio 2004, n. 14, par. 4 del Considerato in diritto; 15 novembre 2004, n. 345, par. 6 del Considerato in diritto; 28 gennaio 2005, n. 50, par. 5 del Considerato in diritto; 8 giugno 2005, n. 219, par. 5 del Considerato in diritto; 16 giugno 2005, n. 231, par. 4 del Considerato in diritto; 16 giugno 2005, n. 234, par. 6 e 9 del Considerato in diritto; 19 dicembre 2006, n. 422, par. 5.1 del Considerato in diritto; 23 novembre 2007, n. 401, par. 6.7 del Considerato in diritto; 14 novembre 2008, n. 368, par. 3.2.3 del Considerato in diritto; 24 luglio 2009, n. 237, par. 12 del Considerato in diritto; 24 novembre 2010, n. 334, par. 3 del Considerato in diritto; 11 febbraio 2011, n. 43, par. 8.1 del Considerato in diritto; 5 giugno 2013, n. 118, par. 6 del Considerato in diritto; 2 aprile 2014, n. 67, par. 4 del Considerato in diritto; 9 luglio 2015, n. 140, par. 6.3 del Considerato in diritto; 21 gennaio 2016, n. 7, par. 4 del Considerato in diritto; 13 aprile 2016, n. 83, par. 4.2 del Considerato in diritto; 12 aprile 2017, n. 77, par. 3 del Considerato in diritto; 27 giugno 2018, n. 137, par. 3.3 del Considerato in diritto; 16 novembre 2018, n. 206, par. 2.1 del Considerato in diritto; 24 aprile 2020, n. 78, par. 5.3 e 6.6.2 del Considerato in diritto; 11 marzo 2021, n. 35, par. 2.2.1 del Considerato in diritto; 20 maggio 2021, n. 104, par. 4.5 del Considerato in diritto.

⁴⁵ Per la prima sentenza ad aver ‘elaborato’ il meccanismo di chiamata in sussidiarietà legislativa si confronti: C. cost., sent. 1 ottobre 2003, n. 303, par. 2.1 del Considerato in diritto. Si tratta di un (cruciale) precedente che ha, notoriamente, fatto (e continua a fare) giurisprudenza, *ex plurimis* si leggano: C. cost., sentenze 13 gennaio 2004, n. 6, par. 7 del Considerato in diritto; 29 gennaio 2005, n. 62, par. 16 del Considerato in diritto; 1 giugno 2006, n. 214, par. 4 del Considerato in diritto; 16 marzo 2007, n. 88, par. 7 del Considerato in diritto; 14 marzo 2008, n. 63, par. 4.4 del Considerato in diritto; 20 marzo 2009, n. 76, par. 2 del Considerato in diritto; 22 luglio 2010, n. 278, par. 12 del Considerato in diritto; 22 luglio 2011, n. 232, par. 5.3 del Considerato in diritto; 27 giugno 2012, n. 163, par. 2.2 del Considerato in diritto; 5 aprile 2013, n. 62, par. 1.3 del Considerato in diritto; 28 maggio 2014, n. 144, par. 5.2 del Considerato in diritto; 11 dicembre 2015, n. 261, par. 3 del Considerato in diritto; 21 gennaio 2016, n. 7, par. 2 del Considerato in diritto; 12 luglio 2017, n. 170, par. 11.3 del Considerato in diritto; 27 marzo 2018, n. 61, par. 2 del Considerato in diritto; 2 dicembre 2019, n. 246, par. 5 del Considerato in diritto.

⁴⁶ La “straordinarietà” dei poteri sostitutivi contemplati dall’articolo 120, secondo comma, della Carta costituzionale è stata evidenziata per la prima volta dalla Consulta con la, celebre, sentenza del 27 gennaio 2004, n. 43, par. 3.3 del Considerato in diritto. In tal senso si confrontino, *ex multis*, le seguenti decisioni: C. cost., sentenze 19 luglio 2004, n. 236, par. 4.1 del Considerato in diritto; 17 dicembre 2010, n. 361, par. 5 del Considerato in diritto; 13 marzo 2014, n. 44, par. 12 del Considerato in diritto; 16 luglio 2015, n. 171, par. 4.2 del Considerato in diritto; 23 febbraio 2018, n. 36, par. 4.1 del Considerato in diritto; 24 luglio 2019, n. 195, par. 15 del Considerato in diritto.

palmare oggettività) rispetto al classico funzionamento del meccanismo proprio dell'interesse nazionale introdotto, in origine, dai Costituenti (al previgente articolo 127 Cost.)⁴⁷.

Tutto ciò, per altro, è potuto, sostanzialmente, verificarsi anche grazie all'endemica debolezza notoriamente propria dell'utilizzo del criterio della «materia»⁴⁸ - come, formale, tecnica di ripartizione costituzionale delle competenze - poiché (in effetti) *«quando si parla di materia non si usa un concetto [strettamente] giuridico che possa davvero imprigionare dentro di sé la varietà di interessi e problemi che la legge, statale o regionale che sia, deve curare e risolvere»*⁴⁹. Ne consegue - spesso - la 'tentazione' negli interpreti (talora, semplicemente, inconsapevole) di 'semplificare' le proprie valutazioni: con una focalizzazione sugli interessi più che sulle (ambigue) materie oggetto di ripartizione delle competenze.

Si intuisce dunque su quali basi - pur al netto della scomparsa di un'espressa clausola sull'interesse nazionale - la giurisprudenza costituzionale abbia nel tempo, successivo alla riforma del 2001, elaborato gli elementi a fondamento della propria (pretoria) opera ermeneutica di individuazione degli essenziali istituti funzionalmente idonei a permettere la, strutturale, tutela delle ragioni di unitarietà della Repubblica.

Ciò soprattutto a fronte delle novità introdotte nel policentrico e multilivello ordinamento repubblicano (così come risultante dall'entrata in vigore della legge costituzionale del 18 ottobre 2001, n. 3): in cui per altro è, pure, progressivamente emersa la problematica debolezza del

⁴⁷ Tuttavia *«mentre prima si trattava di un limite di carattere preventivo rispetto all'adozione degli atti legislativi regionali oggi è presente un istituto che – sempre a garanzia delle 'essenziali' ed ineliminabili esigenze unitarie, insuscettibili di frazionamento – è capace di intervenire tanto in 'via sanzionatoria' (per 'rimediare' agli inadempimenti regionali nell'esercizio delle attribuite competenze legislative) quanto in 'via preventiva', in relazione cioè ad ipotesi specialissime in cui per l'urgenza la "surrogazione statale" non sia affatto procrastinabile rispetto all'ordinario esercizio delle competenze – anche legislative – regionali, senza mettere in pericolo le finalità (recita, chiaramente, l'articolo 8, comma 4, della Legge del 5 giugno 2003, n. 131) tutelate dall'articolo 120 della Costituzione»* A. MITROTTI, *L'interesse nazionale nell'ordinamento italiano*, op. cit., p. 319.

⁴⁸ L. PALADIN, *Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale*, in *Foro Amministrativo*, n. 1/1971, (pt. 3), pp. 3-43.

⁴⁹ F. CINTIOLI, *Il problema delle incerte materie nel Titolo V della Costituzione*, in P. CALDERISI - F. CINTIOLI - G. PITRUZZELLA (a cura di), *La Costituzione promessa. Governo del Premier e federalismo alla prova della riforma*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2004, pp. 47-48. Nella medesima prospettiva possono confrontarsi, *ex multis*, gli studi sviluppati in R. BIN, *Alla ricerca della materia perduta*, in *Le Regioni*, n. 2/2008, pp. 398-406; F. BENELLI, *La "smaterializzazione" delle materie: problemi teorici ed applicativi del nuovo Titolo V della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2006; M. CARRER, *Il legislatore competente: statica e dinamica della potestà legislativa nel modello regionale italiano*, Milano, Giuffrè, 2012; G. PASTORI, *Le autonomie territoriali nell'ordinamento repubblicano*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, n. 1/2014, pp. 1-9.

fondamentale principio di leale collaborazione tra gli Enti pubblici territoriali coinvolti nella definizione degli unitari interessi (nazionali) della Repubblica.

Anche perché non può affatto sottacersi che oggettivamente, pure al netto di ogni materiale novità introdotta, il vero, nevralgico, *punctum dolens* della revisione del *Titolo V* è che il legislatore costituzionale del 2001 abbia colposamente palesato un'evidente incoerenza strutturale di fondo, nelle modifiche al testo della Carta: se solo si ponesse mente all'insanabile inconciliabilità tra, da un lato, il piano sostanziale del riconoscimento ed ampliamento delle competenze attribuite alle autonomie territoriali e, dall'altro lato, il profilo procedurale della, pressoché sorprendente, mancanza di indispensabili meccanismi di raccordo collaborativo dei rapporti competenziali tra Stato, Regioni ed Autonomie locali.

Non c'è stata per intendersi l'introduzione al livello costituzionale di fondamentali meccanismi collaborativi che fossero davvero capaci di esprimere un raccordo risolutivo delle frizioni e sovrapposizioni competenziali riconducibili alle, pur fisiologiche, tensioni connesse tra, da una parte, gli ineluttabili interessi unitari della Repubblica e, dall'altra parte, gli - accresciuti - spazi di riconoscimento delle autonomie repubblicane: una lacuna tanto più grave quanto più la si interpretasse in controluce dell'inedita scomparsa della clausola di supremazia, che (*in unum* con i problemi dell'endemica debolezza nell'uso del criterio della 'materia' per i riparti di competenza) avrebbe imposto come assolutamente necessario l'inserimento del meccanismo di una sede - costituzionalmente disciplinata - di raccordo tra le, equiordinate, competenze rispettivamente attribuite agli Enti territoriali costituenti (*ex art. 114 Cost.*) la Repubblica italiana delle Autonomie⁵⁰.

⁵⁰ «Contrariamente alle aspettative pure fiduciosamente riposte, non esiste nella parte novellata un serio strumento generale di prevenzione [cooperativa] dei conflitti di competenza (come, ad esempio, quello disposto dall'art. 143 della Costituzione belga) giacché nessuna significativa sede di raccordo [intersoggettivo od] organico è stata introdotta: non a livello legislativo, con la mancata previsione di una seconda Camera delle Regioni; ma nemmeno sul piano amministrativo, non essendo stata costituzionalizzata – come pure da più parti, e lungamente, auspicato – la Conferenza Stato-Regioni [...]. Seria nel senso poc'anzi detto non può certo dirsi, ad esempio, la previsione – di cui all'art. 11, l. cost. n. 3/2001 – della mera possibilità di una partecipazione delle Regioni e degli altri enti locali alla Commissione parlamentare per le questioni regionali, originariamente prevista al solo scopo di dare pareri sullo scioglimento anticipato dei Consigli regionali (art. 126 Cost.) e man mano venuta ad attrarre a sé ulteriori funzioni (rimettendosi ad ogni buon conto per ogni determinazione al riguardo ai regolamenti delle Camere)» S. AGOSTA, *La leale collaborazione tra Stato e Regioni*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 160-161. Il contenuto delle parentesi quadre è il nostro.

Da qui (ad onta delle numerose modifiche di apparente segno opposto) la debolezza del principio della leale collaborazione⁵¹ (con difficoltà che prima avrebbero potuto rinvenire, se non altro, delle plausibili esimenti nell'impetuosa forza insita nella clausola di supremazia) sembra essersi paradossalmente, via via, dilatata ed amplificata, proprio, a partire dalla celebre riforma del 2001: ciò sia sul piano istituzionale che, soprattutto, sotto il profilo costituzionale.

Giacché dalle risultanti modifiche alla Carta repubblicana il principio di leale collaborazione si è sempre più, esponenzialmente, rivelato come insuscettibile di poter assicurare effetti certi o, quanto meno, prevedibili sul piano delle relazioni competenziali tra Stato, Regioni ed Autonomie: proprio per l'assenza di una strutturale disciplina costituzionale *ad hoc*, per di più storicamente penalizzata dall'infungibile sussistenza (parallela) dei, noti, farraginosi procedimenti formali riconducibili al, così detto, «sistema delle Conferenze»⁵².

Dal che può convenirsi con quanto acutamente stigmatizzato in dottrina⁵³, per cui (al di là degli appassionati richiami alle novità introdotte con la riforma del *Titolo V* e delle generiche dichiarazioni di puro principio) non è dato in nessuna parte del revisionato testo costituzionale

⁵¹ Sul punto appare emblematico rimandare, *ex multis*, a F. MERLONI, *La leale collaborazione nella Repubblica delle Autonomie*, in *Diritto Pubblico*, n. 3/2002, pp. 827-880; A. GRATTERI, *La faticosa emersione del principio di leale collaborazione*, in E. BETTINELLI - F. RIGANO (a cura di), *La riforma del Titolo V della Costituzione e la giurisprudenza costituzionale: atti del Seminario di Pavia svoltosi il 6-7 giugno 2003*, Torino, Giappichelli, 2004, pp. 416-449; S. BARTOLE, *Collaborazione e sussidiarietà nel nuovo ordine regionale*, in *Le Regioni*, n. 2-3/2004, pp. 578-586; R. BIN, *La "leale collaborazione" tra prassi e riforma*, in *Le Regioni*, n. 3-4/2007, pp. 393-398; C. BERTOLINO, *Il principio di leale collaborazione nel policentrismo del sistema costituzionale italiano*, Torino, Giappichelli, 2007; S. AGOSTA, *La leale collaborazione tra Stato e Regioni*, Milano, Giuffrè, 2008; M. MANCINI, *La resistibile ascesa, l'inesorabile declino e l'auspicabile rilancio del principio di leale collaborazione*, in *Le Regioni*, n. 5-6/2013, pp. 947-1000; A. MEALE, *Il principio di leale collaborazione tra competenze statali e regionali*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 3/2017, pp. 733-737; F. GUELLA, *"Accordi" imposti unilateralmente e "transitorietà" rinnovabile all'infinito: l'inevitabile mal funzionamento della leale collaborazione in un sistema costruito su categorie ambigue*, in *Le Regioni*, n. 5-6/2018, pp. 1022-1030.

⁵² La definizione di «sistema delle Conferenze» può dirsi che sia stata coniata in dottrina da F. PIZZETTI, *Il sistema delle Conferenze e la forma di governo italiana*, in *Le Regioni*, n. 3-4/2000, pp. 473-494. Fra i numerosi contributi in dottrina si leggano, con rinvio che non ha alcuna pretesa di esaustività, P. CARETTI, *Gli "accordi" tra Stato, Regioni e autonomie locali: una doccia fredda sul mito del "sistema delle conferenze"?*, in *Le Regioni*, n. 5/2002, pp. 1169-1174; R. BIFULCO, *Il modello italiano delle conferenze Stato-autonomie territoriali (anche) alla luce delle esperienze federali*, in *Le Regioni*, n. 2-3/2006, pp. 233-268; G. CARPANI, *La Conferenza Stato-Regioni. Competenze e modalità di funzionamento dall'istituzione ad oggi*, Bologna, il Mulino, 2006; R. CARPINO, *Evoluzione del sistema delle Conferenze*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 1/2006, pp. 13-63; I. RUGGIU, *Il sistema delle conferenze ed il ruolo istituzionale delle Regioni nelle decisioni statali*, in *Le Regioni*, n. 2-3/2011, pp. 529-556; F. CORTESE, *Spigolatura sul sistema delle Conferenze e sulle sue «magnifiche sorti e progressive»: una retrospettiva, un punto di vista e un auspicio*, in *Le Regioni*, n. 1-2/2017, pp. 119-132; R. CARIDÀ, *Leale collaborazione e sistema delle conferenze*, Padova, Cedam, 2018; L. DELL'ATTI, *Tra modelli e prassi. Formalismo e informalità nella cooperazione fra Stato e Regioni*, in *Federalismi.it*, n. 18/2019.

⁵³ C. MAINARDIS, *Chiamata in sussidiarietà e strumenti di raccordo nei rapporti Stato-Regioni*, in *Le Regioni*, n. 2-3/2011, pp. 455-498; A. CANDIDO, *La leale collaborazione tra intese deboli e forti: una contrapposizione sbiadita*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016.

comprendere, con chiarezza, quando e come ricorrano i concreti presupposti per un'intesa né - fra l'altro - come distinguere su di un piano certo, astratto e generale per quale tipo di ipotesi collaborativa ricorra la necessità di un'intesa 'forte' anziché - piuttosto - di una 'debole' oppure, ancora, per quale genere di situazione ci si possa - semplicemente - 'accontentare' di forme collaborative più blande, come, ad esempio, la forma di una semplice consultazione informativa di un Ente interessato o la mera richiesta di un parere di tipo non vincolante.

In altri termini, con la riforma del *Titolo V*, il legislatore costituzionale del 2001 non avrebbe potuto omettere di considerare che la scomparsa della clausola di supremazia, la (rivoluzionaria) equiparazione della potestà legislativa regionale a quella statale (ai sensi del primo comma di cui all'articolo 117 Cost.) unitamente alla soppressione dei controlli statali dal testo della Carta ed alla, gravida, disciplina di ispirazione sussidiaria⁵⁴ delle funzioni amministrative (*ex art.* 118 Cost.) sarebbero state, senz'altro, la genesi di un accrescimento, notevole, del ruolo nell'ordinamento repubblicano del principio di leale collaborazione e, per conseguenza, dell'importanza di una funzionale sede effettiva di raccordo procedimentale tra le differenti (spesso stridenti) competenze costituzionalmente ripartite tra gli Enti territoriali della Repubblica ('delle Autonomie').

Sicché se già prima del 2001 il 'sistema' delle Conferenze poteva definirsi come non del tutto soddisfacente, oggi non esistono dubbi - e neppure lontanamente - sull'oggettiva inadeguatezza delle Conferenze: in quanto riconducibili ad un 'sistema' di per sé costituzionalmente incapace (per le strutturali lacune presenti al *Titolo V*) di incidere a monte delle soluzioni ai problemi derivabili tra le pieghe del riformato assetto costituzionale.

Infatti, ad oggi, nonostante la riforma del 2001 non esiste una sede di raccordo in cui il principio della leale collaborazione sia davvero capace di rispondere alla propria *ratio* di concertazione per la definizione unitaria e condivisa dei materiali interessi generali (*rectius* nazionali) comuni agli Enti della Repubblica italiana.

Il che (si badi bene) si verifica, proprio, a causa della oggettiva mancanza - persistente - nel testo della Carta repubblicana di una (indispensabile) disciplina della *sedes materiae* in cui il 'principio

⁵⁴ Sul punto appare illuminante richiamare quanto efficacemente ricostruito da F. LEOTTA, *Una nuova chiave di lettura dei riparti competenziali: sussidiarietà ed interessi come «titoli abilitanti sostanziali» e «limiti sostanziali» degli interventi legislativi*, in F. LEOTTA, *La competenza legislativa nei sistemi autonomisti. Dalla crisi della sovranità statale all'affermarsi della sussidiarietà*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 173-180.

collaborativo' possa essere giuridicamente in grado di 'vincolare' a monte la discrezionalità della legislazione al recepimento dei contenuti delle intese (soprattutto di quelle di, millantato, tipo forte) come anche, più in generale, di qualsiasi altro genere di strumento procedimentale riconducibile alla leale collaborazione.

Allo stato attuale, piuttosto, l'*iter* di formazione di una legge è insuscettibile di subire aggravamenti che non siano espressamente previsti in Costituzione: sicché nessun tipo di procedimento collaborativo potrà mai imporsi né in fase legislativa né in quella prelegislativa, in queste fasi - infatti - la leale collaborazione può unicamente funzionare sul piano, assai vischioso, delle (rarefatte) relazioni politiche.

Né - d'altra parte - la leale collaborazione è stata capace di funzionare, realmente, sul piano amministrativo, ossia nella fase post-legislativa, in qualità di principio giuridicamente vincolante a valle della legislazione: atteso che persino nelle intese di tipo 'forte' l'avvertito pericolo di uno stallo per le ragioni di unitarietà, derivante dal mancato perfezionamento dell'intesa, ha finito per condurre le interpretazioni della giurisprudenza costituzionale ad accontentarsi della, mera, reiterazione di leali trattative - in luogo della stessa intesa forte - con l'anomalo effetto di una vera e propria *fiction iuris* corrispondente al 'formale superamento forzato' dei dissensi frequentemente emersi in fase di trattativa (tramite, per l'appunto, la creativa previsione di fasi e di passaggi procedurali materialmente finalizzati, in buona sostanza, non tanto a pervenire all'intesa - forte - bensì a 'scavalcare lealmente' il dissenso).

Ciò d'altro canto si è disfunzionalmente verificato sotto gli occhi di tutti: sia per le numerosissime situazioni in cui la leale collaborazione è venuta ad atteggiarsi come la fondamentale soluzione per i concorsi ovverosia per gli intrecci tra materie di competenza del legislatore statale e materie di competenza legislativa regionale (frutto di una 'pervasiva' trasversalità delle, così dette, "materie scopo" di competenza finalistica dello Stato) quanto per le ricorrenti ipotesi di un'attrazione od avocazione in sussidiarietà legislativa, come pure nei (non sporadici) casi di una (sensibile) "sostituzione" del Governo ai sensi dall'articolo 120, comma 2, Cost.

Sino al punto che non è mancato chi in dottrina abbia, energicamente, sottolineato l'esistenza di veri e propri «*episodi di “sleale collaborazione” o di “scollaborazione”*»⁵⁵.

Sebbene - come puntualmente argomentato dal Giudice delle Leggi - si è trattato spesso di episodi 'favoriti', assecon dati e giustificati dall'insormontabile fatto che nell'assetto dei riparti competenziali tra Stato, Regioni ed Autonomie locali «*nessun [tipo di] accordo può condizionare l'esercizio della funzione legislativa (fra le molte, sentenze n. 205 del 2016, n. 79 del 2011, e n. 437 del 2001)*»⁵⁶. Il che si spiega per l'oggettiva ragione argomentativa per cui «*non è individuabile un fondamento costituzionale dell'obbligo di adottare procedure collaborative atte a condizionare la funzione [legislativa] suddetta (ex plurimis, sentenze n. 98 del 2007, n. 133 del 2006, n. 31 del 2005, n. 196 del 2004)*»⁵⁷.

Dal che si può per lo meno intuire quale (realistica) importanza ordinamentale avrebbe rivestito la disciplina (e gli effetti derivanti dal conseguente funzionamento) di una sede *ad hoc* “costituzionalmente preposta” al vitale raccordo procedimentale tra le relazioni delle competenze ripartite tra Stato, Regioni ed Autonomie locali: specialmente per i casi di 'conflitto' tra titoli competenziali insistenti su 'materie' sovrapposte o comunque attigue e tra di loro interferenti.

Sennonché le pregiudizievoli conseguenze del mancato funzionamento del principio di leale collaborazione sono tantissime e soprattutto di notevole impatto per l'ordinamento: particolarmente nell'ottica degli, unitari, interessi nazionali.

A partire dai contraccolpi legati al fatto che è la «*leale collaborazione che costituisce la vera condizione di efficienza della regola sussidiaria*»⁵⁸ (tant'è vero che se gli istituti imperniati sul principio della

⁵⁵ I. RUGGIU, *Il sistema delle conferenze ed il ruolo istituzionale delle Regioni nelle decisioni statali*, in *Le Regioni*, n. 2-3/2011, p. 531.

⁵⁶ C. cost., sent. 14 luglio 2017, n. 192, par. 9.2.3 del Considerato in diritto. Ad utile commento si rinvia a M. PICCHI, *A proposito del coordinamento della finanza pubblica: la giurisprudenza costituzionale dei paradossi, delle contraddizioni e dei nonsenses cerca nuove soluzioni?* (Riflessioni sulla sentenza n. 192 del 2017 della Corte costituzionale), in *Federalismi.it*, 22/2017.

⁵⁷ C. cost., sent. 23 novembre 2007, n. 387, par. 4.1 del Considerato in diritto. In questo stesso senso, senza soluzione di continuità, si veda più di recente C. cost., sent. 14 luglio 2017, n. 192, par. 8.3.1.1 del Considerato in diritto, in cui la Consulta ha puntualizzato che «*in merito alla denunciata violazione del principio di leale collaborazione occorre anzitutto osservare che tale principio non si impone nel procedimento mediante il quale il Parlamento, attraverso le due Camere, approva le leggi (fra le molte, sentenze n. 280, 251, e n. 65 del 2016, n. 63 del 2013, n. 79 del 2011) [...] il principio di leale collaborazione, per la sua elasticità, consente di aver riguardo alle peculiarità delle singole situazioni, sicché il confronto tra Stato e Regioni è suscettibile di essere organizzato in modi diversi, per forme e intensità (sentenze n. 83 del 2016, n. 50 del 2005, n. 308 del 2003)*».

⁵⁸ G. SCACCIA, *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2009, p. 50 (in cui l'Autore richiama, per altro, una significativa pronuncia della Consulta: C. cost., sent. 1 febbraio 2006, n. 31). Il contenuto delle parentesi quadre inserite nel testo è il nostro.

sussidiarietà funzionassero senza leale collaborazione discenderebbero senz'altro attività esposte ai profili di illegittimità), fino (non di meno) a pervenire agli svantaggi, nocivi, per la stessa (sensibile) cura delle ineludibili ragioni di coesione ed unitarietà della Repubblica.

Atteso che - in verità - viene difficile revocare in dubbio che l'intimo «*scopo immediato della cooperazione è - e resta - l'unità dell'ordinamento nel suo complesso, apparendo la protezione dell'autonomia, pure costituzionalmente garantita, obiettivo solo mediatamente perseguito*»⁵⁹.

In altri termini «*il fine principale della cooperazione, l'obiettivo cui irresistibilmente sempre tende (rectius, non può che tendere), è, dunque, l'unità dell'ordinamento attraverso il fattivo concorso di tutti gli enti che strutturalmente lo compongono*»⁶⁰.

Per questa dirimente ragione l'assenza di una disciplina costituzionale sui procedimenti di (fondamentale) 'raccordo' collaborativo tra gli Enti della Repubblica ha progressivamente spinto, se non costretto, il Giudice delle leggi ad indicare, di volta in volta, nella propria giurisprudenza delle (vere e proprie) 'linee guida' per la leale collaborazione⁶¹ nonché per lo stesso *modus operandi* del principio collaborativo nella 'risoluzione' ordinamentale delle diverse fattispecie, cronicamente, animate dalla tensione tra gli interessi unitari (*rectius* nazionali), da una parte, e, dall'altra, la garanzia delle competenze, pur, attribuite alle Autonomie regionali (e locali).

«*In tutte queste vicende la Corte si è, dunque, sentita autorizzata a trattare la Costituzione come un documento aperto ad integrazioni giudiziali, e come un documento aperto oggi la Costituzione si presenta [ancora] all'interprete [...] giacché il giudice delle leggi assume di essere [inevitabilmente] di fronte ad una normativa bisognosa di integrazioni in quanto egli stesso è convinto di non poter corrispondere su basi esclusivamente testuali alla necessità di soddisfare la domanda di giustizia che gli viene di volta in volta indirizzata [...] in presenza di controversie fra Stato e Regioni sulla delimitazione delle rispettive competenze*»⁶².

⁵⁹ S. AGOSTA, *La leale collaborazione tra Stato e Regioni*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 306.

⁶⁰ S. AGOSTA, *La leale collaborazione*, op. cit., p. 305.

⁶¹ Con indicazioni ed 'istruzioni' giurisprudenziali - alle volte anche piuttosto stringenti - utili in sede di cooperazione, specie al fine di 'integrare' costituzionalmente la dinamica dialettica tra le esigenze degli interventi unitari, da un lato, e, dall'altro, la garanzia per le Autonomie regionali (e locali). Sul punto appare interessante quanto ricostruito in F. GALLARATI, *La leale collaborazione secondo la Corte costituzionale: le sentenze «additive di procedura»*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2016; L. DELL'ATTI, *Tra modelli e prassi. Formalismo e informalità nella cooperazione fra Stato e Regioni*, in *Federalismi.it*, n. 18/2019.

⁶² S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, il Mulino, 2004, pp. 426-427.

Ne è disceso che persa, sulla Carta, la clausola di supremazia è ricaduto (senza soluzioni di continuità) sulla Corte costituzionale (così come prima della riforma del *Titolo V*) non solo l'onere di risolvere caso per caso i vari conflitti competenziali d'interesse nazionale ma pure il compito di integrare la disciplina procedimentale del principio collaborativo in quanto strumentale alla, stessa, garanzia delle ragioni unitarie della Repubblica.

Sicché sul piano delle relazioni intersoggettive tra Stato, Regioni ed Enti locali non è peregrino riconoscere una pressoché sostanziale continuità rispetto alla prassi giurisprudenziale anteriore alla revisione del *Titolo V*.

Né in quest'ottica può - d'altra parte - definirsi come una semplicissima casualità il fatto che pur in seguito alla revisione del *Titolo V* le valutazioni della giurisprudenza relative all'adeguatezza del ricorso istituzionale agli strumenti collaborativi siano state sempre, stabilmente, orientate dalla «*natura ed intensità delle esigenze unitarie che devono essere soddisfatte*»⁶³.

Da qui può, oggi, paradossalmente trarsi una assai preziosa, e difficilmente opinabile, conclusione: la riforma del *Titolo V* nel punto che in teoria avrebbe dovuto, rivoluzionariamente, costituire il segno di una maggiore rottura teorica rispetto alla previgente clausola di supremazia ha manifestato nel funzionamento del principio di leale collaborazione delle debolezze talmente

⁶³ C. cost., sent. 29 gennaio 2005, n. 62, par. 16 del Considerato in diritto. A prezioso commento si leggano N. MACCABIANI, *L'acquis della sentenza n. 62/2005: l'interesse nazionale (?)*, in *Le Regioni*, n. 5/2005, pp. 971-977; I. NICOTRA, *Il principio unitario: una versione aggiornata del vecchio interesse nazionale nella recente giurisprudenza costituzionale in materia ambientale*, in www.forumcostituzionale.it. Da questa sentenza capostipite si è poi sviluppato, come sopra evidenziato, un consolidato orientamento - senza alcuna effettiva soluzione di continuità - che ha sindacato l'adeguatezza degli strumenti collaborativi in base «*al tipo di interesse coinvolto ed alla natura ed all'intensità dell'esigenze unitarie*». Sul punto, tra le tante, si vedano: C. cost., sentenze 22 luglio 2010, n. 278, par. 12 e 13 del Considerato in diritto; 13 luglio 2017, n. 182, par. 5 del Considerato in diritto; 16 luglio 2019, n. 179, par. 12.5 del Considerato in diritto. In dottrina, sul tipo di interessi coinvolti e sull'intensità dell'esigenze unitarie, si confrontino, *ex multis*, le preziose ricostruzioni di O. CHESSA, *Sussidiarietà ed esigenze unitarie: modelli giurisprudenziali e modelli teorici a confronto*, in *Le Regioni*, n. 4/2004, pp. 941-954; C. PADULA, *Principio di sussidiarietà verticale ed interesse nazionale: distinzione teorica, sovrapposizione pratica*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 1/2006, pp. 817-840; F. BENELLI, *I criteri di allocazione delle competenze nella giurisprudenza costituzionale dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 1/2007, pp. 11-37; G. SCACCIA, *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2009; S. CALZOLAIO, *Di alcune "regolarità" nella giurisprudenza costituzionale successiva alla riforma del Titolo V*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 2/2013, pp. 453-476; G. COSMELLI, *Oltre i confini della "materia". La potestà legislativa residuale delle Regioni tra poteri impliciti e sussidiarietà*, Milano, Giuffrè, 2015; C. BERTOLINO, *Stato e Regioni tra potere sostitutivo, chiamata in sussidiarietà e clausola di supremazia nella prospettiva del progetto di riforma costituzionale "Renzi-Boschi"*, in *Federalismi.it*, n. 21/2016; F. MANGANIello, *Interesse nazionale, interessi europei e vincoli alla potestà normativa regionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017.

croniche da poter, addirittura, riflettere una (vera e propria) tendenziale continuità con il passato⁶⁴ nonché segnatamente con la prassi giurisprudenziale anteriore al 2001.

Giacché tuttora le relazioni competenziali tra gli Enti repubblicani dipendono da farraginosi procedimenti costituzionalmente penalizzati dall'incapacità di condizionare a monte le scelte del legislatore statale, dinanzi il quale - in verità - la leale collaborazione ha finito semplicisticamente per essere l'oggetto di una disciplina di pure formalità (di mero metodo) a valle delle disposizioni di interesse nazionale (piuttosto che un utopico principio di risultato coinvolgente tutti gli Enti territoriali interessati dalle, unificanti, disposizioni di legge).

Tant'è che in buona sostanza le competenze statali sono permanentemente capaci (tramite i centripeti istituti delle "materie trasversali", della, così detta, "chiamata in sussidiarietà legislativa" e, non di meno, dei "poteri surrogatori" del Governo *ex art.* 120, comma 2, Cost.) di definire 'unilateralmente' a monte di ogni propria disciplina (ancorché in spregio del, pur proclamato, principio collaborativo) gli unitari (e comuni) interessi (nazionali) della Repubblica italiana.

Del resto - come osservato - le pur preziose valutazioni giurisprudenziali circa l'adeguatezza degli strumenti collaborativi utilizzati 'a valle' della legislazione rimangono, comunque, affidate ad un tipo di giudizio del Giudice delle leggi, saldamente, ancorato alla «*natura ed intensità delle esigenze unitarie che devono essere soddisfatte*»⁶⁵.

⁶⁴ *Ex multis*, S. BARTOLE, *Supremazia e collaborazione nei rapporti tra Stato e Regioni*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 1/1971, pp. 84-184; A. COSTANZO, *Aspetti problematici delle intese fra Stato e Regione*, in *Diritto e Società*, n. 3/1983, pp. 437-453; S. BARTOLE, *La Corte costituzionale e la ricerca di un contemperamento fra supremazia e collaborazione nei rapporti tra Stato e Regioni*, in *Le Regioni*, n. 3/1988, pp. 563-589; M. LUCIANI, *Un regionalismo senza modello*, in *Le Regioni*, n. 5/1994, pp. 1313-1336; A. ANZON DEMMING, *I poteri delle Regioni dopo la riforma costituzionale. Il nuovo regime e il modello originario a confronto*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 139 ss.; R. BIN, *La leale collaborazione nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, n. 2/2008, pp. 34-41.

Per un aggiornato approfondimento sulle dinamiche della "supremazia statale" appare significativo il rinvio al recente studio monografico di L. R. PERFETTI, *Il governo dell'arbitrio. Riflessioni sulla sovranità popolare durante la XVIII legislatura repubblicana*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2021 (specialmente p. 114 ss.).

⁶⁵ C. cost., sent. 29 gennaio 2005, n. 62, par. 16 del Considerato in diritto. A prezioso commento si leggano N. MACCABIANI, *L'acquis della sentenza n. 62/2005: l'interesse nazionale (?)*, in *Le Regioni*, n. 5/2005, pp. 971-977; I. NICOTRA, *Il principio unitario: una versione aggiornata del vecchio interesse nazionale nella recente giurisprudenza costituzionale in materia ambientale*, in *www.forumcostituzionale.it*. Da questa sentenza capostipite si è poi sviluppato, come sopra evidenziato, un consolidato orientamento - senza alcuna effettiva soluzione di continuità - che ha sindacato l'adeguatezza degli strumenti collaborativi in base "al tipo di interesse coinvolto ed alla natura ed all'intensità dell'esigenze unitarie". Sul punto, tra le tante, si vedano: C. cost., sentenze 22 luglio 2010, n. 278, par. 12 e 13 del Considerato in diritto; 13 luglio 2017, n. 182, par. 5 del Considerato in diritto; 16 luglio 2019, n. 179, par. 12.5 del Considerato in diritto. In dottrina, sul tipo di interessi coinvolti e sull'intensità dell'esigenze unitarie, si confrontino, *ex multis*, le preziose ricostruzioni di O. CHESSA, *Sussidiarietà ed esigenze unitarie: modelli giurisprudenziali e modelli teorici a confronto*, in *Le Regioni*, n. 4/2004, pp. 941-954; C.

È per tutta questa serie di ragioni sin qui sommariamente esposte che spesso si è, ambiguamente, verificato nella prassi ‘collaborativa’ della Repubblica italiana (delle Autonomie) che *«il Governo pur continuando a sottoporre i suoi atti normativi alle conferenze ne ignorava poi sia le eventuali critiche di incostituzionalità sia le proposte emendative»*⁶⁶.

Tutto ciò posto non esagereremmo affatto se, qui, affermassimo che il tempo (poco più di un anno) finora trascorso nella gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 abbia (prepotentemente) fatto venire al pettine tanti ‘nodi’ che per quasi vent'anni si sono (sorprendentemente) attanagliati nelle riflessioni di vari giuristi circa l'inquadramento riconducibile all'‘interesse nazionale italiano’ successivo alla revisione del 2001.

D'altro canto, le difficoltà del *Virus* hanno ‘imposto’ (come mai prima d'ora) maturi sforzi di (estrema) onestà intellettuale: ‘costringendo’ (se non altro) a mettere, sino in fondo, a nudo - in tutta l'evidenza - mito e realtà dell'impianto autonomistico della Repubblica italiana (delle Autonomie), risultante a seguito delle modifiche introdotte con legge costituzionale del 18 ottobre 2001, n. 3.

Dal che un dato (su tutti) appare, ad oggi, ineluttabile: non può sostenersi che il legislatore costituzionale del 2001 volesse - davvero - espungere l'interesse nazionale dal testo della Carta, per l'oggettiva ‘impossibilità’ giuridica legata alla circostanza che, in massima sintesi, quando si tratta di interesse nazionale ci si riferisce ad una multiforme valvola di sicurezza (unitaria) per l'ordinamento repubblicano, concorrente a dare, in sé, forma indivisibile alla Repubblica italiana (*ex art. 5 e 139 Cost.*). Sicché degli istituti o più in generale delle materie di interesse nazionale saranno pur sempre

PADULA, *Principio di sussidiarietà verticale ed interesse nazionale: distinzione teorica, sovrapposizione pratica*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 1/2006, pp. 817-840; S. BUDELLI, *Autonomia dei raccordi nell'assetto policentrico*, Torino, Giappichelli, 2006; F. BENELLI, *I criteri di allocazione delle competenze nella giurisprudenza costituzionale dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 1/2007, pp. 11-37; G. SCACCIA, *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2009; S. CALZOLAIO, *Di alcune “regolarità” nella giurisprudenza costituzionale successiva alla riforma del Titolo V*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 2/2013, pp. 453-476; G. COSMELLI, *Oltre i confini della “materia”. La potestà legislativa residuale delle Regioni tra poteri impliciti e sussidiarietà*, Milano, Giuffrè, 2015; C. BERTOLINO, *Stato e Regioni tra potere sostitutivo, chiamata in sussidiarietà e clausola di supremazia nella prospettiva del progetto di riforma costituzionale “Renzi-Boschi”*, in *Federalismi.it*, n. 21/2016; F. MANGANIello, *Interesse nazionale, interessi europei e vincoli alla potestà normativa regionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017.

⁶⁶ I. RUGGIU, *Il sistema delle conferenze ed il ruolo istituzionale delle Regioni nelle decisioni statali*, in *Le Regioni*, n. 2-3/2011, p. 531.

individuabili in Costituzione (ed anche al di là del formale *nomen*) ogni qual volta ci si riferisca alla, imprescindibile, cura delle ragioni unitarie (ed infrazionabili) della Repubblica.

Semmai si potrebbe, al più, riconoscere che la riforma del *Titolo V* aspirasse a mutare il *modus operandi* del nostro interesse nazionale, passando da una logica imperniata sulla supremazia statale ad una - più moderna - dinamica ispirata alla leale collaborazione tra gli Enti coinvolti dai nuovi istituti di 'interesse nazionale', quali: a) le "materie trasversali" di competenza finalistica statale (sul piano della potestà legislativa); b) la "chiamata in sussidiarietà legislativa" dello Stato (sul piano di "esercizio unitario" delle funzioni amministrative e di un loro "parallelismo" rispetto all'esigenza dell'uniforme disciplina legislativa, omogenea, delle funzioni "attratte", da cui è, così, derivato l'intervento del legislatore statale, di "attrazione"); c) i poteri *ex art.* 120, comma 2, Cost. del Governo statale di 'surrogazione' nei confronti delle competenze costituzionalmente attribuite agli Enti territoriali della Repubblica (sotto entrambi i piani, vale a dire sia sul sensibile piano di una surrogazione nei riguardi delle funzioni amministrative allocate agli Enti repubblicani che, nondimeno, sotto il profilo di una, vera e propria, sostituzione legislativa - di natura strettamente temporanea e cedevole - nei confronti della potestà dei legislatori regionali).

Eppure, al netto delle sostanziali (apparentemente travolgenti) novità introdotte dalla revisione del *Titolo V*, è sotto gli occhi di tutti l'assenza di una necessaria disciplina costituzionale che 'regolasse' il principio di leale collaborazione e (soprattutto) le concrete modalità procedurali con le quali tale principio avrebbe dovuto inverarsi nell'ordinamento italiano, in relazione ai rapporti tra Stato, Regioni ed Autonomie locali.

Probabilmente se guardassimo tutto sotto una diversa angolazione visuale la mancata previsione nella legge costituzionale del 18 ottobre 2001, n. 3, di un'espressa disciplina di regolazione (puntuale) di sede, modalità e termini di composizione dialettica delle relazioni competenziali tra Stato, Regioni ed Autonomie locali può essere (agevolmente) interpretata più che come un banale *lapsus calami* della riforma del *Titolo V* del 2001 come l'espressione della *voluntas legis* di 'scaricare' - come profetizzato sin dal 2001 da Augusto Barbera⁶⁷ - il peso del permanente interesse nazionale italiano (delle sue 'positivizzate' e costituzionalmente aggiornate 'forme')

⁶⁷ A. BARBERA, *Chi è il custode dell'interesse nazionale?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2001, pp. 345-346.

nonché il risultato della sua effettiva determinazione sulle larghe spalle delle decisioni della Corte costituzionale.

Ciò è tanto più vero quanto più si assumesse la piena consapevolezza del fatto per cui ad onta delle strutturali lacune (costituzionali) sul funzionamento procedimentale del principio di leale collaborazione in ogni caso il mancato ricorso ai canoni collaborativi da parte dello Stato esporrebbe sostanzialmente a vizi di legittimità ogni utilizzo degli istituti vocati dopo la revisione del *Titolo V* alla cura delle unitarie ragioni di coesione ed indivisibilità della Repubblica.

Cosicché sui Giudici di Palazzo della Consulta è ricaduto non solo l'oneroso compito di dover costantemente individuare il ‘variabile livello degli interessi’ - nazionali - coinvolti nei nuovi meccanismi costituzionali di coesione ed unificazione dell’ordinamento italiano ma (soprattutto) la complicatissima difficoltà di giudicare sulla base di un sistema che pur essendo divenuto strutturalmente policentrico⁶⁸ è rimasto fondamentalmente ancorato ad una impostazione “separatista”⁶⁹ nelle relazioni fra i differenti livelli di governo.

Laddove - detto in soldoni - la leale collaborazione è progressivamente finita per appiattirsi ontologicamente su profili di puro ‘metodo’ formale, fino al punto tale di non poter fare altro che ‘demandare’ la sostanza del vero risultato dei canoni collaborativi tra gli Enti repubblicani alle valutazioni maturate (in un’ultima istanza) nel Collegio di Palazzo della Consulta, cui (è ben noto) sono precluse, almeno in teoria, valutazioni di merito politico, ancorché (di fatto) centrali per l’integrazione (pretoria) del principio collaborativo.

⁶⁸ M. CAMELLI, *Amministrazione (e interpreti) davanti al Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, n. 6/2001, pp. 1273-1304; F. MERLONI, *La leale collaborazione nella Repubblica delle autonomie*, in *Diritto Pubblico*, n. 3/2002, pp. 827-880; T. GROPPI - M. OLIVETTI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo Titolo V*, Torino, Giappichelli, 2003; A. PIOGGIA - L. VANDELLI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie nella giurisprudenza costituzionale. Regioni ed enti locali dopo la riforma del Titolo V*, Bologna, il Mulino, 2006; C. DI MARCO - L. G. SCIANNELLA (a cura di), *Dalla Repubblica delle Autonomie ad un nuovo (e indefinito) accentramento dei poteri nello Stato*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014; L. VANDELLI, *Il sistema delle autonomie locali*, Bologna, il Mulino, 2015; G. DEMURO, *La Repubblica delle autonomie, una e indivisibile*, in *Federalismi.it*, n. 7/2018.

⁶⁹ *Ex multis*, A. ANZON DEMMING, *Un passo indietro verso il regionalismo “duale”*, in www.forumcostituzionale.it; F. MERLONI, *La leale collaborazione nella Repubblica delle Autonomie*, in *Diritto Pubblico*, n. 3/2002, pp. 827-880; A. GRATTERI, *La faticosa emersione del principio di leale collaborazione*, in E. BETTINELLI – F. RIGANO (a cura di), *La riforma del Titolo V della Costituzione e la giurisprudenza costituzionale: atti del Seminario di Pavia svoltosi il 6-7 giugno 2003*, Torino, Giappichelli, 2004, pp. 416-449; R. BIN, *La leale collaborazione nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, n. 2/2008, pp. 34-41; S. AGOSTA, *La leale collaborazione tra Stato e Regioni*, Milano, Giuffrè, 2008.

Sennonché può senz'altro dirsi fortissimo il *déjà vu* del fenomeno di una 'trasposizione' dei profili di merito dell'interesse nazionale in quelli di (stretta) legittimità: ciò per lo meno è sembrato accadere sino alle soglie del 'tragico' scoppio dell'emergenza epidemiologica in Italia.

4. L'interesse nazionale italiano nella pandemia: osservazioni a partire dalla sentenza n. 37/2021 della Corte costituzionale.

Lo scoppio dell'emergenza sanitaria derivante dalla diffusione del COVID-19 ha posto la Repubblica italiana (l'Unione Europea nonché - più in generale - il mondo intero, trattandosi di una, vera e propria, 'pandemia') dinanzi ad una "prova di maturità" istituzionale senza precedenti.

Ovviamente la tematica dell'emergenza sanitaria epidemiologica da COVID-19 sottende profili complessi e, oltre tutto, notevolmente intrecciati tra loro su diversi piani disciplinari (dalle scienze dure - fulcro della nota discrezionalità tecnica - passando per le umanistiche scienze politiche sino, esemplificativamente, a giungere agli essenziali profili giuridici del diritto costituzionale ed amministrativo, di diritto civile e del lavoro, senza escludere ricollegabili aspetti di altra natura) tale per cui il fenomeno dell'impatto del *Virus* sull'ordinamento meriterebbe, per onestà intellettuale, una distinta sede di trattazione *ad hoc*.

Tuttavia ciò non ci impedisce di riflettere, comunque, su alcune questioni che lo scoppio dell'emergenza epidemiologica impone (ed imporrà, senz'altro, in numerose occasioni) sul tavolo del nostro «*custode dell'interesse nazionale*»⁷⁰: ovvero la Corte costituzionale.

In estrema sintesi si possono raggruppare, per lo meno, tre profili di diritto pubblico dell'emergenza sanitaria afferenti al *core business* dell'interesse nazionale italiano: a) il primo riguarda l'individuazione degli istituti che in assenza di un'espressa disciplina costituzionale *ad hoc* sullo stato di emergenza possano assurgere alla legittima gestione di una situazione tanto complessa e delicata come quella causata dal COVID; b) il secondo punto che con forza emerge in evidenza attiene al sensibile ruolo di indirizzo e di coordinamento dello Stato; c) da ultimo l'emergenza sanitaria pone,

⁷⁰ A. BARBERA, *Chi è il custode dell'interesse nazionale?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2001, pp. 345-346.

in terzo luogo, nuovamente sotto i riflettori dell'opinione pubblica (e degli, stessi, addetti ai lavori del mondo istituzionale) lo storico tallone d'Achille della revisione del *Titolo V* ossia l'endemica debolezza del principio di leale collaborazione nelle relazioni tra Stato ed altri Enti della Repubblica italiana (delle Autonomie).

Non si pretende di avere (né si possiede - naturalmente - alcuna presunzione di riuscire a dare) risposte certe: si vuole invece solo collegare, fotograficamente, quanto sin qui ricostruito in relazione all'interesse nazionale coi profili emergenziali che il COVID ha prepotentemente fatto riemergere in materia (di interessi nazionali).

Sul primo punto conosciamo bene il perché dell'assenza di una disciplina costituzionale *ad hoc* sullo stato di emergenza: causata dalle cicatrici storiche che i Costituenti ereditarono in mente pensando all'accentramento di poteri per la gestione di certe situazioni di emergenza.

Ma d'altra parte è anche per fattispecie emergenziali che venne introdotta la 'clausola di supremazia' all'art. 127 Cost. ed il 'limite' per il legislatore regionale dell'interesse nazionale all'art. 117 Cost., unitamente - è ovvio - alla previsione della fonte per eccellenza nella disciplina di casi straordinari di necessità ed urgenza ossia il decreto legge.

Dal che pure dopo la revisione costituzionale del 2001 lo strumento 'cardine' per la disciplina di situazioni emergenziali permane il decreto legge: specialmente se adottato nell'alveo delle (pervasive) materie trasversali di (finalistica) competenza legislativa statale (con effetti 'unificanti' ed 'uniformanti' nel sistema delle fonti), come pure se posto in essere in via "surrogatoria" (dalla natura strettamente temporanea e cedevole) rispetto alle stesse competenze legislative regionali, al ricorrere (ovviamente) dei presupposti contemplati dal secondo comma del novellato art. 120 Cost. (tra cui si rammenta, proprio, il caso di "*pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica*", nonché - più in generale - l'ipotesi in cui lo richiedano le ragioni di una sensibile "*tutela dell'unità giuridica ed economica*" della Repubblica).

Quanto alle funzioni di indirizzo e coordinamento dello Stato sappiamo molto bene che in origine si trattasse di un peculiare istituto «inventato»⁷¹ dal legislatore (attesa la testuale inesistenza nella Costituzione del '48) e ciò nonostante legittimato dalla consolidata giurisprudenza

⁷¹ R. BIN, voce *Legge regionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, volume IX, Torino, UTET, 1994, p. 190.

costituzionale in ragione delle infrazionabili ed unitarie esigenze di coordinamento nel trasferimento delle funzioni amministrative agli Enti regionali, fino al punto di corrispondere (non ad un limite ulteriore ma) al «*risvolto positivo*»⁷² dell'interesse nazionale.

In pandemia, in verità, un pregnante esempio di indirizzo e coordinamento statale è venuto impetuosamente a 'riemergere' *sub specie* di ricorso (per vero sin troppo abusato) al DPCM: un provvedimento che - in estrema sintesi - va a collocarsi (*ex art.* 95 Cost.) nella peculiare categoria di quegli atti di "alta amministrazione"⁷³ che il Presidente del Consiglio dei Ministri (al fine di un mantenimento dell'unità di indirizzo politico ed amministrativo nell'alveo di un contesto storico, convulsamente, connotato da disomogeneità mutevolezza delle condizioni di sviluppo della pandemia) ha adottato per il funzionale "raccordo" tra gli indirizzi generali (talvolta al limite di un'elusione della legalità sostanziale) contemplati nei decreti legge e le (concrete) funzioni amministrative in materia di emergenza sanitaria epidemiologica, esercitate dalle Amministrazioni Pubbliche⁷⁴.

Ma il punto dolente continua, tuttora, ad essere oggettivamente il (pressoché marchiano) mal funzionamento del principio della leale collaborazione nelle relazioni tra gli Enti coinvolti nella gestione dell'emergenza.

Senza poter scendere nei minimi dettagli non appare peregrino sostenere che la 'sequenza' dei decreti legge e dei (molti più numerosi) decreti del Presidente del Consiglio abbia di fatto

⁷² *Ex multis*, C. cost., sentenze 4 marzo 1971, n. 39; 24 luglio 1972, n. 138; 22 luglio 1976, n. 191; 29 luglio 1982, n. 150; 21 dicembre 1985, n. 357; 15 luglio 1986, n. 195; 7 aprile 1987, n. 107; 19 maggio 1988, n. 564; 30 gennaio 1997, n. 18. Per approfondimenti in dottrina si vedano, *ex multis*, F. TRIMARCHI BANFI, *Nuovi "risvolti positivi" per l'interesse nazionale?*, in *Le Regioni*, n. 3/1988, pp. 729-759; E. GIZZI - A. ORSI BATTAGLINI, *La funzione di indirizzo e coordinamento*, Milano, Franco Angeli, 1988; G. FALCON, *Varianti giurisprudenziali in materia di indirizzo e coordinamento*, in *Le Regioni*, n. 1/1989, pp. 207-227; F. GABRIELE, *La funzione statale di indirizzo e coordinamento alla luce della giurisprudenza della Corte Costituzionale e la sua incidenza sull'autonomia delle Regioni e delle Province autonome*, Bari, Cacucci Editore, 1992; S. MANGIAMELI, *L'indirizzo e il coordinamento: una funzione legislativa costituzionalizzata dalla Corte*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 1/1997, pp. 1131-1139.

⁷³ Sul punto sia consentito il rinvio alle argomentazioni sviluppate in A. MITROTTI, *Salus Rei Publicae e legalità alla prova dell'emergenza da Covid-19. Inediti strumenti di gestione dei D.P.C.M.*, in *AmbienteDiritto.it*, n. 3/2020.

⁷⁴ Proprio di recente il Consiglio di Stato ha avuto occasione di soffermarsi diffusamente sulla natura dei DPCM: argomentando (con persuasività) che quando si ragiona dei DPCM intervenuti nella (tragica) gestione della emergenza sanitaria da Covid-19 si tratta «indubbiamente di atti di alta amministrazione, espressione di ampia discrezionalità, attraverso i quali il Governo ha attuato le fondamentali scelte politiche e amministrative di gestione della gravissima crisi pandemica verificatesi a partire dal mese di gennaio del 2020, essi, da un lato, anche da questo angolo di visuale, non richiedono corredi motivazionali raffrontabili a quelli necessari per gli ordinari provvedimenti amministrativi, dall'altro lato sono sindacabili in questa sede di esame di legittimità solo per carenze e/o errori gravi e manifesti e per evidente illogicità, irrazionalità, sproporzione o irragionevolezza, restando precluso ogni sindacato che possa riguardare il merito e la condivisibilità delle decisioni adottate, né la loro opportunità e convenienza» Cons. St., Sez. Prima, Adunanza di Sezione, 13 maggio 2021, n. 850, par. 8.2 del Considerato in diritto.

prodotto l'incontrovertibile effetto di eludere (in sostanza) il principio collaborativo con i soggetti istituzionalmente coinvolti nella gestione dell'emergenza.

Si è consapevoli - ovviamente - che l'impellente urgenza di determinate misure mal si conciliasse, in sé, con i farraginosi passaggi per il sistema delle Conferenze, né si ignora affatto la (pur apprezzabile) novità del (più celere ma meno formale) ricorso alla "Conferenza dei Presidenti delle Regioni e delle Province autonome"⁷⁵, come pure non si trascura il (pressoché formalistico) coinvolgimento dei Presidenti delle Regioni interessate dalle varie misure emergenziali, ciò che tuttavia non può evitare di balzare sorprendentemente all'occhio è il cronicizzato accentramento statale di ogni competenza materialmente riconducibile al *Coronavirus*, come se, paradossalmente, a partire dal *Virus* si fosse improvvisamente cancellata l'ontologica esistenza materiale di altre competenze costituzionalmente 'sovrapponibili' ed interferenti con l'esercizio dei poteri statali, come se *mutatis mutandis* tutto l'esistente 'competenziale' disciplinato in Costituzione potesse rientrare (verrebbe - qui - da dire "trasversalmente") in un'unica 'materia' afferente alla disciplina dell'emergenza sanitaria.

Pur forzando il testo della Carta repubblicana, se (per assurdo) ciò fosse vero striderebbe - platealmente - con i consolidati orientamenti pregressi della giurisprudenza costituzionale: secondo cui anche in un periodo di grave emergenza non sarebbe mai, completamente, possibile una - netta - 'espropriazione' (*sub specie* di una surrettizia 'cancellazione') delle competenze regionali senza l'effettivo ricorso ai meccanismi collaborativi⁷⁶.

Forse è anche per questa non affatto trascurabile ragione che con la recentissima sentenza n. 37 del 12 marzo 2021 la Corte costituzionale ha pressoché mutato il 'segno' dei propri pregressi orientamenti: stravolgendo - addirittura - gli schemi argomentativi fin qui 'cristallizzati' in relazione a cruciali istituti dell'ordinamento maturati in punto di garanzia per le ragioni di unitarietà, uniformità e coesione della Repubblica italiana.

⁷⁵ Appare significativo rimandare a quanto ricostruito in P. GIANCASPERO, *Note sparse sui rapporti tra Stato e Regioni in materia di gestione dell'emergenza Covid 19, tra istanze di omogeneità e spinte alle differenziazioni territoriali*, in *Quaderni Amministrativi*, n. 3/2020, pp. 6-21; N. PIGNATELLI, *Brevi note sul regionalismo nell'emergenza sanitaria*, in questa *Rivista*, n. 2/2020, pp. 99-106.

⁷⁶ *Ex plurimis*, C. cost., sentenze 5 aprile 2019, n. 72, par. 4 del Considerato in diritto; 2 dicembre 2019, n. 246, par. 5 del Considerato in diritto; 21 gennaio 2016, n. 8, par. 8 del Considerato in diritto; 16 febbraio 2012, n. 22, par. 3 del Considerato in diritto.

La paradigmatica sentenza n. 37 del 2021 ha, segnatamente, deciso un giudizio di legittimità costituzionale avente ad oggetto l'intera legge regionale della Valle d'Aosta n. 11 del 9 dicembre 2020 (rubricata *"Misure di contenimento della diffusione del virus SARS-COV-2 nelle attività sociali ed economiche della Regione autonoma Valle d'Aosta in relazione allo stato d'emergenza"*) impugnata dal Governo statale (*ex art.* 127, c. 1, Cost.) per il lamentato contrasto (oltre che con l'art. 25, c. 2, della Carta) con i 'classici' parametri sinora a base dell'interesse nazionale italiano successivo alla revisione del *Titolo V*: come l'art. 117, c. 2, del testo costituzionale (di cui è stata lamentata la violazione delle lettere m, q ed h, in punto di "materie trasversali" riguardanti i livelli essenziali delle prestazioni da dover garantire su tutto il territorio 'nazionale', la profilassi internazionale e l'ordine pubblico e la sicurezza), l'art. 118 Cost. (in relazione al principio della sussidiarietà verticale ed alla sua ricollegabile "chiamata in sussidiarietà legislativa") e - non di meno - l'art. 120 della Carta (che, al secondo comma, sappiamo riferirsi all'istituto dei penetranti poteri "sostitutivi" del Governo statale).

In verità nel proprio ricorso la Presidenza del Consiglio ha altresì eccepito come parametro di costituzionalità dell'impugnata legge regionale il rispetto del principio della leale collaborazione: cosa che, di primo acchito, potrebbe lasciar i più perplessi, non tanto sul piano giuridico dei rapporti competenziali tra Stato e Regioni quanto per il fatto, più istituzionale, che, in tutta onestà, il Governo dallo scoppio del COVID-19 non avesse - di per sé - 'brillato' per trasparenza ed efficacia nella regolazione dei rapporti collaborativi con gli Enti autonomi territoriali della Repubblica, 'travolti' dall'emergenza sanitaria⁷⁷.

Sennonché la Corte costituzionale nella delicata opera di sintesi tra la complessità dei profili materiali sottesi alla disciplina legislativa dell'emergenza epidemiologica (da un lato) e (dall'altro lato) il 'consueto' onere di dovere, comunque, interpretare la legittimità delle disposizioni di legge alla luce di parametri costituzionali intrinsecamente 'bisognosi' di una integrazione pretoria (specie in relazione all'effettivo funzionamento del principio di leale collaborazione) ha, radicalmente, rivoluzionato la propria prospettiva ermeneutica di lettura della *causa petendi* oggetto del

⁷⁷ Sulle ("speciali") dinamiche dei rapporti di supremazia statale appare, qui, significativo rimandare a quanto incisivamente ricostruito nel recente, pregevole, volume di L. R. PERFETTI, *Il governo dell'arbitrio. Riflessioni sulla sovranità popolare durante la XVIII legislatura repubblicana*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2021, p. 114 ss.

contenzioso: svincolandosi⁷⁸, per intendersi, dai pur consolidati orientamenti maturati dopo la revisione del *Titolo V*.

A ben riflettere infatti ciascuno dei titoli competenziali invocati dal Governo statale avrebbe di per sé recato - se letto sulla base della pregressa e cristallizzata giurisprudenza - il necessario ricorso ai canoni collaborativi: trattandosi di istituti (come le “materie trasversali”, l’“attrazione in sussidiarietà” ed i poteri “surrogatori” del Governo) notoriamente ‘pervasivi’ delle competenze costituzionalmente attribuite alle Regioni (ed agli Enti locali).

Ed invece la Corte costituzionale, mutando prospettiva, ha ricondotto ogni competenza statale della gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 a qualcosa di strutturalmente diverso rispetto ai classici istituti finora conosciuti nell'ordinamento repubblicano dopo la celebre riforma del *Titolo V*: giacché per il Giudice delle leggi la materia della disciplina di gestione dell'emergenza da COVID-19 deve ‘intendersi’ *«ricade[re] nella competenza legislativa esclusiva dello Stato a titolo di “profilassi internazionale” (art. 117, secondo comma, lettera q, Cost.), che è comprensiva di ogni misura atta a contrastare una pandemia sanitaria in corso, ovvero a prevenirla»*⁷⁹.

Da qui ciò che, però, effettivamente disorienta (lasciando perplessi) è come sia possibile che a giudizio della Corte costituzionale da un lato si parli di una materia inerente a *«norme che garantiscano “uniformità anche nell’attuazione, in ambito nazionale, di programmi elaborati in sede internazionale e sovranazionale”»*⁸⁰ - sulla base di ‘sensibili’ (e pregnanti) ragioni che *«radicano nell’ordinamento costituzionale l’esigenza di una disciplina unitaria, di carattere nazionale, idonea a preservare l’eguaglianza delle persone nell’esercizio del fondamentale diritto alla salute»*⁸¹ - e dall’altro lato venga al contempo energicamente rimarcato che non si tratti, affatto, di una competenza di natura trasversale.

⁷⁸ Nel senso di una “sterzata” rispetto alle interpretazioni maturate in giurisprudenza dopo la revisione costituzionale del 2001 argomenta M. MEZZANOTTE, *Pandemia e riparto delle competenze Stato-Regioni in periodi emergenziali*, in *Consulta online*, n. 1/2021, pp. 329-337.

⁷⁹ C. cost., sent. 12 marzo 2021, n. 37, par. 7 del Considerato in diritto. Per un commento sugli aspetti della profilassi internazionale appare utile il rinvio a R. NIGRO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 37 del 2021 e il controllo dello Stato sulle questioni di rilievo internazionale*, in *Diritti regionali*, n. 2/2021, pp. 419-434.

⁸⁰ C. cost., sent. 12 marzo 2021, n. 37, par. 7 del Considerato in diritto.

⁸¹ C. cost., sent. 12 marzo 2021, n. 37, par. 7.1 del Considerato in diritto.

Ciò per il vero lascerebbe chiunque conoscesse il significato della trasversalità di una materia assai stupito⁸².

Come potrebbe - d'altra parte - una materia, *ex se*, teleologicamente protesa a garantire nell'ordinamento repubblicano ragioni di uniformità legislativa nella prevenzione e contrasto di malattie epidemiche non essere 'trasversale' rispetto alla materia (di competenza concorrente tra Stato e Regioni) della tutela della salute?⁸³

Oppure ancora come potrebbe mai la disciplina di prevenzione e di contrasto delle malattie epidemiologiche non sovrapporsi trasversalmente rispetto alla materia dell'istruzione, a quella del governo del territorio (tutte - si badi - materie di competenza concorrente) o (per astratta ipotesi) alla materia (di competenza residuale regionale) del turismo?⁸⁴

La risposta, asettica, della Corte si è arrestata al punto di definire la materia della *"profilassi internazionale"* come *«tale da assorbire ogni profilo»*⁸⁵ possibile della disciplina (pur mediatamente) riconducibile al settore della *"emergenza pandemica"*.

Sicché non di materia trasversale si tratterebbe: bensì di una materia *"assorbente"* qualsiasi altra possibile in pandemia⁸⁶.

⁸² Del resto *«meraviglia che la Corte abbia voluto espressamente smentire la natura "trasversale" della profilassi internazionale mentre – al contempo – ne andava accogliendo una descrizione in termini finalistici. Nell'affermare che la profilassi internazionale deve ritenersi "comprensiva di ogni misura volta a contrastare una pandemia sanitaria in corso, ovvero a prevenirla", si sta evidentemente riconoscendo che la stessa, lungi dall'assumere i caratteri di una materia-oggetto, debba ricostruirsi come competenza finalistica dello Stato idonea ad attraversare una pluralità di ambiti materiali. Ciò che rileva, infatti, è il fine da raggiungere (contrasto e prevenzione dell'epidemia)»* D. MORANA, *Ma è davvero tutta profilassi internazionale? Brevi note sul contrasto all'emergenza pandemica tra Stato e regioni, a margine della sent. n. 37/2021*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 2/2021, p. 15.

⁸³ *«In tal senso, pare difficile negare che, nei fatti, la profilassi internazionale assuma una portata trasversale, volta a tutelare, in prospettiva teleologica, il valore della salute sull'intero territorio nazionale»* C. CARUSO, *Il regionalismo autarchico è incostituzionale: dal Giudice delle leggi una pronuncia che mette ordine nella gestione territoriale della pandemia*, in *Questione Giustizia*, 13 aprile 2021, p. 5.

⁸⁴ *«La pietrificazione della competenza esclusiva, strumentale alla sussunzione della disciplina nazionale nell'art. 117, secondo comma, lett. q), cela dunque un criterio di prevalenza tacito, nel senso che il valore da tutelare consente l'assorbimento di aspetti o settori oggettivamente afferenti a talune competenze concorrenti»* C. CARUSO, *Il regionalismo autarchico è incostituzionale: dal Giudice delle leggi una pronuncia che mette ordine nella gestione territoriale della pandemia*, in *Questione Giustizia*, 13 aprile 2021, p. 5.

⁸⁵ C. cost., sent. 12 marzo 2021, n. 37, par. 7 del Considerato in diritto.

⁸⁶ Dal che (come autorevolmente sottolineato in dottrina) la Corte ha *«preferito evitare la trappola delle materie trasversali, pur evocata in dottrina»* B. CARAVITA, *La sentenza della Corte sulla Valle d'Aosta: come un bisturi nel burro delle competenze (legislative) regionali*, in *Federalismi.it*, Paper - 21 aprile 2021, Osservatorio di diritto sanitario, p. 4. Sul punto appare altresì utile rimandare a D. MORANA, *Ma è davvero tutta profilassi internazionale? Brevi note sul contrasto all'emergenza pandemica tra Stato e regioni, a margine della sent. n. 37/2021*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 2/2021, pp. 10-18.

Il punto è che il concetto di “assorbimento” da parte di un'unica materia di ogni profilo disciplinare possibile sembrerebbe - di per sé - cancellare anni ed anni di giurisprudenza costituzionale sulle “materie trasversali”: ragionando di una materia che pur non essendo trasversale rispetto ad altre possiede comunque la capacità di assorbire aspetti disciplinari di altri titoli competenziali, con l'effetto consequenziale di rievocare (come se il *Titolo V* non fosse mai stato revisionato) l'onnivora fattezze del limite di interesse nazionale contemplato nel testo originario degli articoli 117 e 127 Cost.

Anche perché - a ben riflettere - escludere la trasversalità della materia di profilassi internazionale ha giocato nell'impianto argomentativo della sentenza n. 37 del 12 marzo 2021 un ruolo vitale per il Giudice delle leggi sul versante di una pragmatica soluzione (se non, proprio, elusione) delle problematiche legate al principio di leale collaborazione ed alla sua effettiva realizzazione nell'ordinamento repubblicano⁸⁷.

Sappiamo sin troppo bene (d'altro canto) che nella giurisprudenza costituzionale successiva alla revisione del *Titolo V* l'interpretazione che la Corte costituzionale ha dato delle materie trasversali e dei discendenti effetti pervasivi rispetto alle altre materie oggetto di sovrapposizione disciplinare è stata da una parte orientata alla - ineludibile - garanzia dell'esigenze di uniformità ed omogeneità legislativa (attesa l'ontologica impossibilità di una, netta, divisione della legislazione in compartimenti stagni) unitamente dall'altra parte all'individuazione pretoria del criterio teorico in base al quale (praticamente) si sarebbe dovuto ‘risolvere’ il conflitto competenziale sorto tra le pieghe della ‘trasversalità’ di una materia e le relative competenze ‘trasversalmente’ attraversate. Da qui passando per l'iniziale ed insoddisfacente applicazione della “teoria dei punti di equilibrio”⁸⁸ il

⁸⁷ Tant'è vero che «se la Corte avesse rilevato un intreccio di competenze statali e regionali, avrebbe dovuto confrontarsi con la sua costante giurisprudenza che richiede, in tali occasioni, l'intesa con la Conferenza Stato-Regioni quanto meno a valle dell'attuazione amministrativa, con il rischio di sconfiggere buona parte dei d.p.c.m., adottati previo parere del Presidente della Conferenza delle Regioni» C. CARUSO, *Il regionalismo autarchico è incostituzionale: dal Giudice delle leggi una pronuncia che mette ordine nella gestione territoriale della pandemia*, in *Questione Giustizia*, 13 aprile 2021, p. 5.

⁸⁸ Le iniziali decisioni in questa direzione possono considerarsi: C. cost., sentt. 7 ottobre 2003, n. 307, par. 24 del Considerato in diritto; 7 novembre 2003, n. 331, par. 5.2 del Considerato in diritto (che fa espresso richiamo «dell'equilibrio tracciato dalla legge statale di principio»). Tra i primi commenti in dottrina sulla così detta teoria dei punti di equilibrio si veda R. BIN, «Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale» – *Rileggendo Livio Paladin dopo la riforma del Titolo V*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli, Jovene, 2004, pp. 319-320. Per una ricostruzione aggiornata sia, qui, consentito rimandare ad A. MITROTTI, *L'interesse nazionale nell'ordinamento italiano. Itinerari della genesi ed evoluzione di un'araba fenice*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 141 ss.

Giudice delle leggi è pervenuto all'elaborazione del consolidato “*criterio di prevalenza*” di una materia: laddove però per evitare che il concetto di “prevalenza” riesumasse, surrettiziamente, l'unilaterale logica della supremazia statale - nascosta nelle materie trasversali, prevalenti pressoché sistematicamente nei conflitti competenziali - la giurisprudenza (sebbene con alterno rigore) ha cominciato a ricorrere alla richiesta che venisse rispettato il principio di una leale collaborazione tra lo Stato titolare delle materie (regolarmente prevalenti) ‘trasversali’ e le Regioni titolari delle “soccumbenti” materie nel giudizio di “prevalenza”.

Probabilmente in un serio momento di incontrovertibile (convulsa) emergenza per il Paese, segnato da - croniche - debolezze politiche sottese alle instabili maggioranze di Governo (nonché attraversato da oggettive difficoltà istituzionali per la Repubblica italiana), la Corte costituzionale (andando forse un pò oltre quelle che - di per sé - sarebbero strette valutazioni di natura politico-costituzionale⁸⁹) ha voluto ‘evitare’ i pericoli di un nuovo (e drammatico) fallimento del principio collaborativo e lo ha fatto (elegantemente) interpretando (vale a dire) la profilassi internazionale non come una “materia trasversale” (che avrebbe implicato il ricorso al criterio della “prevalenza” nel conflitto tra le materie sovrapposte e, per conseguenza, il rispetto della leale collaborazione) ma come una materia “assorbente” qualsiasi altro tipo di profilo disciplinare “riconducibile” alla ‘emergenza epidemiologica’⁹⁰.

⁸⁹ Si tratta di un punto davvero sensibile: per cui si confronti - *ex plurimis* - quanto più in generale ricostruito in S. D'ALBERGO, *Attuazione e revisione costituzionale: lotta politica e politica istituzionale*, in *Democrazia e Diritto*, n. 4/1973, pp. 211-221; F. CUOCOLO, *Diritto e politica nella giurisprudenza costituzionale in materia di Regioni*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 2/1987, pp. 334-363; V. ONIDA, *Sindacato di legittimità costituzionale e Regioni*, in *Le Regioni*, n. 3/1990, pp. 679-695; A. MORRONE, *Lo Stato regionale: dalla giustizia costituzionale alla politica*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2006, pp. 351-356; F. LEOTTA, *La competenza legislativa nei sistemi autonomisti. Dalla crisi della sovranità statale all'affermarsi della sussidiarietà*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 15 ss.; A. RUGGERI, *Il problematico “bilanciamento” tra politica e diritto costituzionale (tornando a riflettere su Corte cost. n. 303 del 2003)*, in *Le Regioni*, n. 4-5/2008, pp. 849-863; A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di Giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 103 ss.; I. DOMINIANNI, *La deriva della politica costituzionale*, in *Democrazia e Diritto*, n. 2/2016, pp. 7-13; M. RAVERAIRA, *Il giudizio sulle leggi: la Corte costituzionale sempre più in bilico tra giurisdizione e politica*, in *Lo Stato*, n. 11/2018, pp. 123-152; M. SALERNO, *Contributo allo studio del principio costituzionale del merito*, Torino, Giappichelli, 2020.

⁹⁰ Senonché sarebbe, onestamente, da porsi un serio (e forse inquietante) interrogativo. «*Quale regionalismo ci consegna la pandemia? L'emergenza ha dimostrato i limiti del regionalismo “garantista” (fondato sulla separazione delle competenze e sulla rigidità del riparto di funzioni), la debolezza del regionalismo “cooperativo” (in assenza di una Camera delle autonomie e in carenza di costituzionalizzazione della Conferenza Stato-Regioni), la pericolosità del regionalismo “competitivo” (accentuato peraltro dalle recenti vicende elettorali regionali), soprattutto per la tenuta degli elementi unificanti del sistema sanitario nazionale*» N. PIGNATELLI, *Brevi note sul regionalismo nell'emergenza sanitaria*, in questa Rivista, n. 2/2020, p. 101.

Il che manifesta - senz'altro - l'indiscutibile effetto di inaugurare, così, una nuova frontiera della trasversalità (la 'trasversalità' 2.0 rispetto all'entrata in vigore del revisionato *Titolo V*) oppure, molto più semplicemente, dischiude il risultato di un mascheramento ermeneutico della persistente operatività (al netto delle, celebri, modifiche del 2001 e comunque a margine di ogni fallito tentativo successivo di revisione costituzionale dell'impianto autonomistico) della originaria valenza dell'interesse nazionale italiano (che, in tal senso, rinviene significative ed autorevolissime conferme nel non essere mai stato espunto dal *Titolo V*).

Passando per questa via di lettura, infatti, può comprendersi sino in fondo il circolare impianto argomentativo disegnato, dai Giudici di Palazzo della Consulta, con la deliberazione della recentissima sentenza n. 37/2021 della Corte costituzionale: laddove segnatamente sul piano di riparto delle primarie competenze legislative ogni profilo disciplinare, comunque, riconducibile all'emergenza sanitaria da COVID-19 è stato 'assorbito' dalla materia (di legislazione esclusiva dello Stato) della "profilassi internazionale", mentre sotto il profilo amministrativo è corrisposto l'urgente bisogno di un "unitario esercizio" delle funzioni (attribuite *ex lege* all'Amministrazione dell'emergenza) estrinsecatosi (si badi bene) non tanto attraverso il centripeto conferimento sussidiario al livello statale di tutte le attività (cosa - per altro - assai difficilmente percorribile, per l'esistenza di un modello organizzativo «composto»⁹¹ delle P.A. coinvolte) quanto - piuttosto - mediante il (riesumato) ricorso alla (penetrante) "funzione di indirizzo e di coordinamento" statale, una funzione posta in essere tramite la capillare adozione (ancorché talvolta schizofrenica) di decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri.

«Se, dunque, sono le strutture sanitarie regionali ad adoperarsi a fini profilattici, resta fermo che, innanzi a malattie contagiose di livello pandemico, ben può il legislatore statale imporre loro criteri vincolanti di azione, e modalità di conseguimento di obiettivi che la medesima legge statale, e gli atti adottati sulla base di essa, fissano, quando coesenziali al disegno di contrasto di una crisi pandemica. In definitiva, per quanto fondamentale sia

⁹¹ *Ex multis*, C. FRANCHINI - G. VESPERINI, *Le amministrazioni composte e il modello delle organizzazioni a rete*, in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 114-116. Sul modello organizzativo del "sistema sanitario italiano" si rimanda, più diffusamente, a M. COLOMBINI, *Diritto sanitario. Organizzazione sanitaria. Medicina legale*, Firenze, USES Edizioni Scientifiche, 1991; C. TUBERTINI, *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni. Il caso della tutela della salute*, Bologna, Bononia University Press, 2008; R. BALDUZZI - G. CARPANI (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Bologna, il Mulino, 2013; C. BOTTARI, *Profili innovativi del sistema sanitario*, Torino, Giappichelli, 2018 (specialmente p. 49 ss.).

l'apporto dell'organizzazione sanitaria regionale, a mezzo della quale lo Stato stesso può perseguire i propri scopi, il legislatore statale è titolato a prefigurare tutte le misure occorrenti»⁹².

In sostanza (sulla base di un impianto argomentativo “eretto” su di una materia che pur non essendo di natura trasversale riesce ad ‘assorbire’ qualsiasi altro profilo disciplinare dell'emergenza sanitaria in corso, da cui - oltretutto - promana una pregnante attività di “indirizzo e coordinamento statale” nell'esercizio delle funzioni amministrative emergenziali) la Corte costituzionale è pervenuta (chiudendo il cerchio) alla conclusione che *«non vi può essere in definitiva alcuno spazio di adattamento della normativa statale alla realtà regionale, che non sia stato preventivamente stabilito dalla legislazione statale; unica competente sia a normare la materia in via legislativa e regolamentare, sia ad allocare la relativa funzione amministrativa [...] Si è già osservato che l'impatto della pandemia è tale da coinvolgere necessariamente le strutture regionali dotate di attribuzioni sanitarie e di protezione civile. Ciò accade non solo perché il perseguimento degli obiettivi prefissi dallo Stato passa attraverso l'impiego delle energie dei sistemi sanitari regionali, ma anche perché, come si è già ricordato, è la stessa legge statale ad attribuire compiti alle autonomie»⁹³.*

5. Considerazioni conclusive.

Non è semplice - con tutt'onestà - poter tracciare un bilancio (trasparente, veritiero e completo) della prova di maturità istituzionale sottoposta, sinora, alla Repubblica italiana dalla tragica diffusione del COVID-19.

Certo è che prescindendo dalla notevolissima complessità dei multidisciplinari profili coinvolti, e dall'umano dramma (fino ad oggi) vissuto, non si può qui evitare di evidenziare che sotto il pur miope punto di vista del diritto pubblico italiano lo scoppio dell'emergenza sanitaria epidemiologica da COVID sia servito a mettere a nudo ‘definitivamente’ (semmai taluno avesse

⁹² C. cost., sent. 12 marzo 2021, n. 37, par. 7.2 del Considerato in diritto.

⁹³ C. cost., sent. 12 marzo 2021, n. 37, par. 12 e 16 del Considerato in diritto. In dottrina non è mancato chi abbia incisivamente commentato che *«sarebbe stato ingenuo immaginare che la più grave emergenza sanitaria del dopoguerra potesse essere affrontata tramite spontanee convergenze orientate all'intesa, [dello Stato] con gli enti territoriali avinti dalla ricerca di soluzioni condivise per il contenimento della pandemia»* C. CARUSO, *Il regionalismo antarchico è incostituzionale: dal Giudice delle leggi una pronuncia che mette ordine nella gestione territoriale della pandemia*, in *Questione Giustizia*, 13 aprile 2021, p. 6.

nutrito dei dubbi) un nervo scoperto del revisionato *Titolo V*: l'endemica debolezza della (ad oggi utopica) leale collaborazione tra Stato ed Enti autonomi territoriali della Repubblica, cui corrisponde l'esistenza parallela di un permanentemente unilaterale (ed onnivoro) "interesse nazionale italiano", quale tipica espressione di una multiforme valvola di sicurezza (unitaria) per la chiusura sistemica dell'impianto autonomistico repubblicano.

In particolare, non può farsi a meno di notare come il COVID-19 abbia energicamente contribuito a riportare in luce (con piena nitidezza) nell'ordinamento le venature della primigenia interpretazione applicativa della 'clausola di supremazia' presente nell'originario testo di cui agli articoli 117 e 127 della Carta repubblicana del '48: come se (paradossalmente) il vigente *Titolo V* fosse stato 'provvisoriamente' posto da parte in pandemia o (ancora peggio) come se il *Titolo V* non fosse, mai, stato revisionato nel 2001.

Ci si rende, senz'altro, conto del peso - se non della 'pesantezza' - delle presenti considerazioni conclusive, ancorché si tratti di conclusioni oggettivamente riposanti su solidissime argomentazioni teoriche (e storiche): non già (si badi bene) per un soggettivo giudizio dello scrivente quanto piuttosto per l'incontrovertibile fatto di essere ragionamenti condivisi strutturalmente dall'impianto argomentativo della prima (al momento unica) sentenza della Corte costituzionale intervenuta nel «*riparto di competenze nel contrasto alla pandemia*»⁹⁴.

Difatti dallo scoppio della tragica pandemia da COVID-19 non possono sfuggire - appunto - due (pregnanti) elementi argomentativi circa la sussistenza ordinamentale dell'"originario" interesse nazionale italiano.

Da una parte si è assistito ad una nuova frontiera giurisprudenziale della trasversalità di una materia di legge: che pur non essendo dichiaratamente trasversale ad altre materie si atteggia, comunque, come una (sorta di onnivora) competenza materiale, in sé, capace di (riuscire ad) 'assorbire' (ed 'attrarre' intrinsecamente) tutti i profili disciplinari che (pur mediatamente) 'ricadessero' nella (dilatata) sfera competenziale di gestione dell'emergenza sanitaria da COVID-19.

⁹⁴ C. cost., sent. 12 marzo 2021, n. 37, par. 9.1 del Considerato in diritto.

Dall'altra parte non sembra fantasioso osservare che nell'ordinamento costituzionale sia inverata una nuova interpretazione del novellato art. 118 Cost. e delle discendenti esigenze di "esercizio unitario" delle funzioni: giacché ci si è strutturalmente accorti che non potendo 'evitare' di «coinvolgere necessariamente le strutture regionali dotate di attribuzioni sanitarie e di protezione civile»⁹⁵ l'ineludibile esigenza repubblicana di un "unitario esercizio" delle funzioni è riuscita a trovare sfogo e soddisfazione non con la sussidiaria attrazione centripeta di ogni attività amministrativa dell'emergenza al livello statale di governo ma attraverso il ricorso (in grande stile) al ruolo "di indirizzo e coordinamento statale", posto in essere per il tramite dello strumento (pur discutibile) provvedimentale del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, di raccordo (*ex art. 95 Cost.*) tra gli indirizzi politici ed amministrativi enucleati nei decreti legge - da un lato - e - dall'altro lato - l'attivo esercizio delle funzioni amministrative da parte delle P.A. dell'emergenza.

A chiusura del cerchio (iniziato da una materia legislativa 'assorbente' qualsiasi altro profilo disciplinare a sé mediatamente riconducibile e ruotato intorno ad una pervasiva attività statale di indirizzo e di coordinamento delle funzioni amministrative emergenziali) non può non trascurarsi l'endemico fallimento costituzionale ed istituzionale del principio della "leale collaborazione": che (senza dubbi) non può ritenersi compiutamente soddisfatto dal ricorso a (formalistiche) richieste da parte del Governo statale procedente di meri pareri (non vincolanti) dei Presidenti delle Regioni interessate o del Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome per il caso di misure riguardanti l'"intero territorio nazionale" (*ex art. 2 del decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020*)⁹⁶.

Del resto la stessa Corte costituzionale - quasi per mettere le mani avanti rispetto ad un conosciuto problema - ha (pleonasticamente) tenuto a ben puntualizzare nelle argomentazioni della (analizzata) sentenza n. 37 del 12 marzo 2021 che «il principio di leale collaborazione non è applicabile alle procedure legislative, ove non imposto direttamente dalla Costituzione (*ex plurimis, sentenza n. 233 del 2019*)»⁹⁷.

Il punto, dolente, è che se non è (pacificamente) applicabile "a monte" delle procedure legislative il principio di leale collaborazione è - pure - manifestamente debolissimo (se non

⁹⁵ C. cost., sent. 12 marzo 2021, n. 37, par. 16 del Considerato in diritto.

⁹⁶ Giova rinviare, *ex multis*, alle brillanti (e recenti) riflessioni di L. R. PERFETTI, *Il governo dell'arbitrio. Riflessioni sulla sovranità popolare durante la XVIII legislatura repubblicana*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2021, p. 114 ss.

⁹⁷ C. cost., sent. 12 marzo 2021, n. 37, par. 17 del Considerato in diritto.

sostanzialmente ‘inesistente’) “a valle” dei contenuti deliberati in modo unilaterale dal legislatore statale.

Sennonché cristallizzata la sostanziale unilateralità ordinamentale delle decisioni dello Stato (con una “leale collaborazione” relegata “a valle” della legislazione statale e per di più svilita ed appiattita sotto il profilo di una operatività consistente in meri passaggi consultivi dalla valenza puramente formalistica, giacché corrispondenti a dei pareri obbligatori ma “non vincolanti”), rievocata una pregnante (e penetrante) funzione “di indirizzo e di coordinamento dello Stato” nell’esercizio delle attribuzioni amministrative dell’emergenza (sulla base, ‘inedita’, di una originale lettura del pur novellato articolo 118 Cost.) e, per finire (chiudendo il cerchio dell’impianto), interpretativamente ‘costruita’ una materia che pur non essendo trasversale ad altre competenze finisce, mediamente, per ‘assorbirle’⁹⁸ tutte - nella loro interezza - (anche per evitare i pur remoti e potenziali problemi del principio della leale collaborazione con i legislatori regionali soggetti ad una ‘passiva’ invasione competenziale, per lo meno sul piano ontologico delle materie) ecco servita sotto gli occhi di tutti - specie degli scettici - l’incontrovertibile prova giurisprudenziale del surrettizio ritorno alle origini dell’interesse nazionale italiano, pur al netto di ogni ‘stridente’ novità (‘teorica’) introdotta con la celeberrima legge costituzionale del 18 ottobre 2001, n. 3.

Nihil sub sole novum.

Purtroppo la (tragica) pandemia da COVID-19 lo ha, prepotentemente, riportato alle menti di coloro i quali studiano l’interesse nazionale italiano con spirito di ragionevolezza e di ricercata maturità: spogliandosi - soprattutto - delle vesti (talvolta assai ingombranti per il giurista) di ogni pregiudizio ideologico.

⁹⁸ «In questo quadro, la “profilassi internazionale” assume le sembianze di una clausola di supremazia implicita, che consente al legislatore nazionale di modulare l’intervento e il coinvolgimento del sistema regionale» C. CARUSO, *Il regionalismo autarchico è incostituzionale: dal Giudice delle leggi una pronuncia che mette ordine nella gestione territoriale della pandemia*, in *Questione Giustizia*, 13 aprile 2021, p. 6.

ANDREA LOLLO

Ricercatore di Diritto costituzionale di tipo B presso il Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Sociologia
dell'Università "Magna Graecia" di Catanzaro
lollo@unicz.it

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO NEL GIUDIZIO DI COSTITUZIONALITÀ

THE ITALIAN COMPETITION AUTHORITY IN THE JUDGMENT OF CONSTITUTIONALITY

SINTESI

La sentenza n. 13 del 2019, con cui la Corte costituzionale si è pronunciata sulla legittimazione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato a sollevare questioni di costituzionalità, ha riaperto l'attenzione della dottrina per il tema della natura delle funzioni esercitate dalle Autorità Amministrative Indipendenti. Tema che assume un interesse particolare, nella misura in cui disvela l'immagine che ha di sé stesso il Garante, contrapposta a quella del Giudice costituzionale.

Ad avviso della Corte costituzionale, l'AGCM, al pari di tutte le amministrazioni, è portatrice di un interesse pubblico specifico, consistente nella tutela della concorrenza e del mercato e, dunque, essa non è in posizione di indifferenza e neutralità rispetto agli interessi e alle posizioni soggettive che vengono in rilievo nello svolgimento della sua attività istituzionale. Con la conseguenza che non è legittimata a sollevare questioni di costituzionalità.

L'AGCM, dal canto suo, si qualifica come un giudice, seppure «*ai limitati fini*» della questione di costituzionalità, che svolge funzioni analoghe a quelle giurisdizionali, consistenti nella riconduzione di atti e fatti all'ambito di fattispecie astratte previste dalla legge antitrust, con esclusione di qualsivoglia apprezzamento che non sia di ordine prettamente giuridico. Con la conseguenza che sarebbe legittimata a sollevare questioni di costituzionalità.

A ben vedere, dietro la questione di costituzionalità sollevata, si cela la volontà dell'AGCM di accreditarsi al cospetto della Corte costituzionale come autorità terza e imparziale e, nel contempo, di intraprendere con la stessa un dialogo "virtuoso" sui temi della concorrenza.

La soluzione della Corte se, per un verso, preclude tale possibilità, per altro verso lascia aperte all'AGCM altre ipotesi per contribuire all'evoluzione ordinamentale sui temi della concorrenza. Non sembra da escludersi, in particolare, l'ipotesi che il Garante possa tentare, in futuro, di "accreditarsi" quale autorità giurisdizionale agli occhi della Corte di Giustizia.

Inoltre, nella veste di parte del processo costituzionale, l'AGCM potrà offrire il proprio prezioso apporto argomentativo, facendosi portatrice non già di un interesse personale e concreto, come accade in genere per le parti private, ma di un interesse generale alla legittimità costituzionale della normativa. Tale interesse – di natura pubblicistica – potrà essere fatto valere sia nel corso del giudizio principale, sotto forma dell'eccezione di costituzionalità rivolta all'autorità giudiziaria, sia

nel corso del processo di legittimità costituzionale, mediante la costituzione in giudizio e/o l'intervento di terzo quale *amicus curiae*. In particolare, tale figura, da ultimo introdotta nelle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, pare attagliarsi proprio a un soggetto istituzionale, come l'AGCM, portatore di un interesse super individuale a carattere pubblicistico, qual è quello alla tutela della concorrenza e del mercato. In questa veste, il Garante potrà far pervenire al Giudice delle leggi il proprio autorevole contributo sotto forma di scritti sintetici, idonei ad ampliare le conoscenze del Collegio giudicante.

Si tratta di un'ipotesi particolarmente auspicabile, dal momento che, per tale via, la Corte potrebbe avvalersi di un'opinione altamente qualificata, poiché proveniente da un organo specializzato nella tutela del principio di concorrenza, con tutto ciò che ne potrebbe conseguire nell'interesse dell'evoluzione ordinamentale.

ABSTRACT

The judgment no. 13 of 2019, by which the Constitutional Court ruled on the legitimacy of the Antitrust Authority to raise issues of constitutionality, turned the attention of the doctrine on the issue of the nature of the functions exercised by the Independent Administrative Authorities. The issue takes a particular interest, as it reveals the image that the Guarantor has of himself, as opposed to the Constitutional Judge.

In the opinion of the Constitutional Court, the Italian Competition Authority, like all the administrations, is the bearer of a specific public interest, consisting in the defense of the competition and the market and, therefore, it is not in a position of indifference and neutrality with respect to the interests and to the subjective positions that are found in the execution of its institutional activity. With the consequence that it is not entitled to raise questions of constitutionality.

The Italian Competition Authority, for its part, qualifies itself as a judge, even if «*for the limited purposes*» of the question of constitutionality, which performs functions similar to those of jurisdiction, consisting in pointing back of acts and facts to the abstract cases provided for by the antitrust law, with the exclusion of any appreciation that is not of a purely legal nature. So it would be entitled to raise questions of constitutionality.

On closer inspection, behind the raised question of constitutionality, hides the will of the Italian Competition Authority to accredit itself to the Constitutional Court as a third and impartial authority and, at the same time, to undertake with it a “virtuous” dialogue on competition issues.

The Court's solution if, on one side, precludes this possibility, on the other one it keeps open to the Italian Competition Authority other hypotheses to contribute to the legal evolution on competition issues. In particular, the hypothesis that the Guarantor may try, in the future, to “accredit itself” as a judicial authority to the Court of Justice does not seem to be excluded.

Furthermore, as a part of the process, the Italian Competition Authority will be able to offer its own valuable argumentative contribution, making itself the bearer not of a personal and concrete interest, as generally happens for private parties, but of a general interest in the constitutional legitimacy of the legislation. This interest - of a publicistic nature - can be asserted both in the course of the main proceedings, in the form of the objection of constitutionality addressed to the judicial authority, and in the course of the constitutional legitimacy process, through the incorporation in judgment and/or the intervention of a third such as *amicus curiae*. In particular, this

figure, recently introduced in the Supplementary Rules for judgments before the Constitutional Court, seems to be suitable for an institutional subject, such as the Italian Competition Authority, bearer of a super individual interest of a publicistic nature, such as the protection of the competition and the market. In this role, the Guarantor will be able to send his authoritative contribution to the Judge of the Laws in the form of synthetic writings, suitable for widening the knowledge of the Judging Panel.

This is a particularly desirable hypothesis, since, in this way, the Court could avail itself of a highly qualified opinion, since it comes from a body which is specialized in the protection of the principle of competition, with all that could ensue in the interest in the evolution of the law.

PAROLE CHIAVE: Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Autorità Amministrative Indipendenti – Processo costituzionale – Concorrenza – *Amicus curiae*

KEYWORDS: Italian Competition Authority – Independent Administrative Authority – Judgment of Constitutionality – Competition – *Amicus Curiae*

INDICE: 1. La questione di costituzionalità sollevata dall'AGCM e decisa dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 13 del 2019. – 2. I problemi giuridici sottesi alla questione di costituzionalità sollevata dall'AGCM. – 3. L'AGCM alla ricerca di un "dialogo" con la Corte costituzionale sui temi della concorrenza. – 4. Riflessioni conclusive: l'AGCM quale *amicus curiae* nel processo di costituzionalità?

1. La questione di costituzionalità sollevata dall'AGCM e decisa dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 13 del 2019.

Con l'ordinanza n. 1 del 3 maggio 2018, il Collegio dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (d'ora in poi AGCM) ha sollevato una questione di costituzionalità dinanzi alla Corte costituzionale. Nella fattispecie, il Garante ha censurato l'art. 93-ter, comma 1-bis, della legge 16 febbraio 1913, n. 89¹, come introdotto dall'art. 1, comma 495, lettera c), della legge 27 dicembre 2017, n. 205², e l'art. 8, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287³, in riferimento agli artt. 3, 41

¹ Si tratta della legge sull'ordinamento del notariato e degli archivi notarili. L'art. 93-ter, comma 1-bis, di detta legge prevede che «*Agli atti funzionali al promovimento del procedimento disciplinare si applica l'articolo 8, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287*».

² Recante «Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020».

³ Recante «Norme per la tutela della concorrenza e del mercato». L'art.8, comma 2, di detta legge prevede, in particolare, che le disposizioni, di cui alla predetta legge, contenenti le norme sulle intese, sull'abuso della posizione dominante e sulle operazioni di concentrazione, non si applicano alle imprese che, per disposizioni di legge, esercitano

e 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 106, paragrafo 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, come modificato dall'art. 2 del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, ratificato dalla legge 2 agosto 2008, n. 130.

La questione traeva origine da un procedimento istruttorio avviato nei confronti del Consiglio notarile di Milano, volto ad accertare la sussistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza, lesiva dell'art. 2 della legge antitrust⁴. Tuttavia, nel corso del procedimento è entrato in vigore l'art. 1, comma 495, lettera c), della legge n. 205/2017⁵, che, nel richiamare l'art. 8, comma 2, della legge n. 287/1990, ha sottratto l'applicazione della normativa anticoncorrenziale alle imprese esercenti la gestione dei servizi di interesse economico generale. Pertanto, durante l'audizione finale tenutasi dinanzi al Collegio, il Consiglio notarile ha eccepito l'incompetenza dell'AGCM a giudicare le condotte oggetto dell'istruttoria, sposando la tesi – sostenuta da un certo indirizzo giurisprudenziale⁶ – per cui il Consiglio notarile che assume l'iniziativa del procedimento disciplinare sulla scorta della legge notarile rientra proprio tra le imprese che esercitano la gestione dei servizi di interesse economico generale.

Ad avviso del Consiglio, inoltre, benché entrata in vigore nel corso dell'istruttoria, tale norma sarebbe stata applicabile al caso di specie in forza del principio *tempus regit actum*, precludendo, di conseguenza, all'Autorità di dare corso al procedimento avviato. Di contrario avviso gli Uffici istruttori dell'AGCM, secondo i quali tale norma, in quanto sopravvenuta, non sarebbe stata applicabile *ratione temporis* al procedimento disciplinare in corso; in ogni caso, essa avrebbe meritato di essere interpretata in senso costituzionalmente e comunitariamente orientato, ovvero sia in maniera conforme ai principi comunitari sulla concorrenza, i quali, secondo la più costante giurisprudenza della Corte di Giustizia, avrebbero limitato l'applicazione della normativa antitrust

la gestione di servizi di interesse economico generale ovvero operano in regime di monopolio sul mercato, per tutto quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti loro affidati.

⁴ Ad avviso dell'AGCM, infatti, l'intesa restrittiva della concorrenza si era realizzata attraverso: a) richieste a tutti i notai del distretto di dati "concorrenzialmente" sensibili, al fine di fare emergere le posizioni di preminenza economica; b) iniziative disciplinari nei confronti dei notai maggiormente produttivi ed economicamente performanti, accompagnate da un'attività segnaletica volta a dare risalto a tali iniziative.

⁵ Ai sensi di tale norma, «Agli atti funzionali al promovimento del procedimento disciplinare si applica l'articolo 8, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287».

⁶ Il Consiglio notarile richiamava a sostegno, in particolare, un'ordinanza della Corte di Appello di Milano, sez. I, datata 6 aprile 2018, nonché la sentenza della Corte di Cassazione, II sez. civile, 5 maggio 2016, n. 9041.

alle condotte di imprese incaricate dalla legge della gestione dei servizi di interesse economico generale solo in via eccezionale e una volta superato il test di proporzionalità. Con la conseguenza che una diversa interpretazione avrebbe dovuto indurre l'AGCM a disapplicare l'art. 1, comma 495, lettera c), della legge n. 205/2017, per contrarietà ai principi di cui agli artt. 101 e 106 TFUE, o, comunque, a sollevare questione di legittimità costituzionale in relazione all'art. 41 Cost.

Per il collegio dell'AGCM, stante l'interpretazione suggerita dal Consiglio notarile e suffragata dalla giurisprudenza di merito⁷, la questione circa la sussistenza della propria competenza a dare corso al procedimento avviato meritava di essere sciolta in via definitiva dal giudice preposto a verificare la costituzionalità delle leggi. Una simile preclusione, infatti, avrebbe introdotto una deroga al nucleo essenziale delle regole sulla concorrenza per un intero segmento di attività, senza che fosse previsto alcun bilanciamento tra principi e diritti fondamentali alla luce dei criteri di proporzionalità e ragionevolezza. Di qui, l'ordinanza di rimessione dinanzi alla Corte costituzionale.

Stante la *querelle*, ancora irrisolta, in ordine alla legittimazione delle Autorità amministrative indipendenti a sollevare questioni di costituzionalità, ben si comprende il poderoso sforzo argomentativo dell'AGCM, volto a dimostrare la sussistenza del duplice requisito – soggettivo (l'essere giudice) e oggettivo (l'esistenza di un giudizio) – richiesto dall'art. 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1 e dall'art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87, nonché dalla giurisprudenza costituzionale. Segnatamente, dimostrando di conoscere a menadito la «dommatica degli interstizi»⁸ elaborata dalla Corte costituzionale, l'AGCM non esita a qualificarsi al cospetto del Giudice delle leggi come un giudice, seppure «*ai limitati fini*» della questione di costituzionalità, che, in condizioni di indipendenza e neutralità, svolge funzioni analoghe a quelle giurisdizionali, consistenti nella riconduzione di atti e fatti all'ambito di fattispecie astratte previste dalla legge antitrust, con esclusione di qualsivoglia apprezzamento che non sia di ordine prettamente giuridico⁹.

⁷ Il richiamo è, di nuovo, all'ordinanza della Corte di Appello di Milano, sez. I, 6 aprile 2018.

⁸ Utilizza, da ultimo, tale espressione S. STALANO, *Vecchi e nuovi strumenti di dominio sull'accesso ai giudizi costituzionali*, in *www.federalismi.it*, 13/2019, 3 luglio 2019, 3 ss.

⁹ Ad avviso dell'AGCM, in particolare, non potrebbe dubitarsi della natura imparziale e indipendente dell'Autorità, come rilevato dalla stessa Corte costituzionale con riferimento anche ad altre autorità amministrative indipendenti (si citano le sentenze n. 41 del 2013, n. 482 e n. 57 del 1995) e come evincibile dall'art. 10 della legge antitrust, secondo cui «*L'Autorità opera in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione*». Sarebbe evidente,

Vi sarebbe, poi, un ulteriore argomento a sostegno della tesi prospettata, ovvero sia quello per cui laddove l'AGCM non fosse qualificabile quale giudice *a quo*, talune leggi, come quella censurata, verrebbero a essere escluse dal possibile sindacato della Corte. Di qui, l'esigenza di arricchire i meccanismi di introduzione delle questioni di legittimità costituzionale, laddove, a guisa di quanto avvenuto nella fattispecie in esame, l'accesso al sindacato di costituzionalità risulti poco agevole.

Senonché, con la sentenza n. 13 del 2019 la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile la questione sollevata per difetto di legittimazione del remittente. Pur muovendo dal presupposto che l'operazione ermeneutica volta a dare contenuto alle nozioni di giudice e giudizio debba essere condotta in modo «*elastico*», la Corte esclude che l'AGCM possieda il requisito della terzietà, essenziale ai fini della legittimazione a sollevare questione di costituzionalità. Ciò, in quanto il Garante può assumere la veste di *parte* resistente nel processo amministrativo avente a oggetto l'impugnazione dei propri provvedimenti o di *parte* ricorrente per l'impugnazione, davanti al giudice amministrativo, degli atti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato. Con la conseguenza che, analogamente al Pubblico Ministero o al Garante per la protezione dei dati personali (organi non legittimati a sollevare questioni di costituzionalità), essa non appare estranea alla situazione sostanziale di cui si fa portatrice¹⁰.

poi, l'estraneità dell'Autorità rispetto al circuito Parlamento-Governo-Pubblica amministrazione, comprovata dalla circostanza che i suoi componenti sono scelti da soggetti istituzionali terzi e per un periodo di tempo che eccede la durata dell'organo politico che detiene il potere di nomina. Andrebbe, inoltre, considerato che, ai sensi dell'art. 10, comma 3, della legge antitrust, i membri dell'Autorità «*non possono esercitare, a pena di decadenza, alcuna attività professionale o di consulenza, né possono essere amministratori o dipendenti di enti pubblici o privati, né ricoprire altri uffici pubblici di qualsiasi natura. I dipendenti statali sono collocati fuori ruolo per l'intera durata del mandato*». Non potrebbe sostenersi, ancora, che l'AGCM sia priva di un sufficiente grado di indipendenza interna, da intendersi nel senso della separazione tra funzione istruttoria e decisoria, poiché, ai sensi dell'art. 11 della legge antitrust, il funzionamento dei servizi e degli uffici è affidato al Segretario generale, il quale è nominato, su proposta del Presidente, dal Ministro dello sviluppo economico, ovvero da un soggetto diverso rispetto a Presidente e membri del Collegio. L'esito dell'accertamento demandato all'Autorità, infine, si estrinsecerebbe in un provvedimento dal carattere decisorio relativo ad una specifica situazione giuridica soggettiva, idoneo ad acquisire definitività ove non impugnato.

¹⁰ Cfr. punti 7 ss. del *Cons. in diritto*. Ad avviso della Corte, inoltre, non può non osservarsi che la legittimazione a stare in giudizio spetta all'Autorità e non ai suoi uffici inquirenti, perché, contrariamente a quanto sostenuto nell'ordinanza di rimessione, non può ravvisarsi una netta separazione tra gli uffici e il Collegio, attesa l'esistenza, ai sensi dell'art. 11, comma 5, della legge n. 287 del 1990, di un nesso funzionale tra Segretario e Presidente, cui il primo «risponde» anche del funzionamento dei servizi e degli uffici medesimi (nello stesso senso, nel caso dell'Autorità della concorrenza greca, la sentenza della Corte di giustizia, Grande sezione, 31 maggio 2005, C-53/03, *Synetairismos Farmakopoiou Aitolias & Akarnanias (Syfait) e altri*).

Al contrario, l'AGCM è, per la Corte, al pari di tutte le amministrazioni, *«portatrice di un interesse pubblico specifico»*, consistente nella tutela della concorrenza e del mercato e, dunque, essa non è *«in posizione di indifferenza e neutralità rispetto agli interessi e alle posizioni soggettive che vengono in rilievo nello svolgimento della sua attività istituzionale»*¹¹. La natura del potere a essa attribuito dalla legge consiste, infatti, in una *«funzione amministrativa discrezionale, il cui esercizio comporta la ponderazione dell'interesse primario con gli altri interessi pubblici e privati in gioco»*, che, oltretutto, si sviluppa nell'ambito di un contraddittorio non dissimile – se non per la sua intensità – da quello procedimentale classico, il quale resta di natura verticale, proprio in quanto il privato si confronta con un soggetto che nell'irrogazione della sanzione non è in posizione di parità¹².

Neppure la ritenuta esigenza di garantire (*rectius*, favorire) il rispetto del principio di costituzionalità sembra persuadere la Corte, per la quale *«esiste una sede giurisdizionale agevolmente accessibile in cui promuovere la questione di legittimità costituzionale»*. Segnatamente, l'eventuale atto di archiviazione dell'Autorità garante, che dovesse ritenere preclusa la prosecuzione del procedimento sanzionatorio, potrebbe essere impugnato dinanzi al giudice amministrativo dal notaio segnalante e da quello interveniente, quali soggetti entrambi interessati alla prosecuzione del procedimento. In quella sede, l'autorità giurisdizionale chiamata a pronunciarsi sulla legittimità del provvedimento che ha determinato l'arresto del procedimento istruttorio potrebbe sollevare questione di costituzionalità sulla regola preclusiva della competenza dell'AGCM¹³.

Dinanzi a una pronuncia di simile tenore, ci si sarebbe aspettati dall'AGCM una declaratoria di incompetenza, con conseguente arresto del procedimento istruttorio avviato. E, invece, sorprendentemente, con delibera del 1° agosto 2019, pur dando atto, fugacemente, della decisione del Giudice delle leggi, l'AGCM ha ritenuto inapplicabile l'art. 1, comma 495, lettera c), della legge n. 205/2017, in quanto norma sopravvenuta su una fattispecie incardinata prima della sua entrata in vigore. Aggirata, così, la preclusione sancita dalle norme impugnate, l'Autorità, nel merito, ha accertato la violazione denunciata, limitandosi, tuttavia, a invitare il Consiglio notarile di Milano ad astenersi, per il futuro, dall'assumere condotte della medesima portata, senza irrogare alcuna

¹¹ Punto 8 del *Cons. in diritto*.

¹² Punto 8.1 del *Cons. in diritto*.

¹³ Punto 7 del *Cons. in diritto*.

sanzione. In tal modo, come si dirà oltre, l'AGCM, per un verso, ha dimostrato che la questione di costituzionalità era, di fatto, irrilevante e, per altro verso, ha sminuito di molto la portata concreta della questione oggetto del procedimento principale.

2. I problemi giuridici sottesi alla questione di costituzionalità sollevata dall'AGCM.

La tortuosa vicenda giudiziaria sopra ripercorsa costituisce il *locus classicus* dell'annoso problema concernente la legittimazione dell'AGCM – e, più in generale, delle Autorità amministrative indipendenti – a sollevare questioni di costituzionalità in via incidentale¹⁴. Nel contempo, però, detto problema incrocia (e presuppone) la risoluzione di una delle principali questioni che ancora gravitano attorno al tema delle relazioni tra la tutela giurisdizionale dei diritti e quella rimessa alle Autorità amministrative indipendenti. Una relazione che, a parere di chi scrive, non può essere ricostruita in termini distonici, se non si vuole correre il rischio di piegarla ad abusi ed equivoci.

Segnatamente, in filigrana al “ping pong” tra la Corte costituzionale e l'AGCM si intravede la *vexata quaestio* della legittimazione sistemica delle Autorità amministrative indipendenti, la quale, a sua volta, si lega a quella della natura delle funzioni da esse esercitate, che, nella fattispecie richiamata, assume un'originale colorazione nella misura in cui disvela l'immagine che ha di sé stesso il Garante, contrapposta a quella che ha il Giudice costituzionale.

¹⁴ In dottrina, la soluzione favorevole o contraria alla legittimazione delle Autorità amministrative indipendenti a sollevare questioni di costituzionalità fa leva, principalmente, sulla posizione, in tesi terza ed imparziale, ovvero sull'attività, che, ad ogni modo, presenta tratti peculiari, disponendosi in una zona grigia tra l'amministrazione e la giurisdizione, tradizionalmente intese: così A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2019, 231. In argomento, cfr., *amplius*, M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1994; G. GRASSO, *La Corte costituzionale si pronuncia solo parzialmente sulla natura giuridica e sulla collocazione costituzionale delle Autorità Amministrative Indipendenti. Considerazioni sparse sulle decisioni n. 57, n. 118 e n. 226 del 1995*, in *Quad. reg.*, 1995; ID., *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, Giuffrè, 2006; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997; F. SALMONI, *L'antitrust come giudice “a quo”: riflessioni critiche*, in P. Ciarlo, G. Pitruzzella, R. Tarchi (a cura di), *Giudici e giurisdizioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1997; A. PATRONI GRIFFI, *Accesso incidentale e legittimazione degli “organi a quo”*. *Profili problematici e prospettive di riforma*, Napoli, Jovene, 2012.

Come si è avuto modo di rilevare, la conclusione cui perviene l'AGCM in ordine alla propria legittimazione a sollevare questioni di costituzionalità muove dalla visione di sé stessa quale organo indipendente e neutrale, attento ad assicurare il rispetto delle garanzie difensive nei confronti delle parti interessate. Si rievoca, in altri termini, la tesi – risalente ed oggi minoritaria – che riconosce alle Autorità amministrative indipendenti natura «paragiurisdizionale» (o «quasi giurisdizionale»), muovendo dall'assunto dell'assimilazione tra l'attività da esse svolta con quella tipica del processo giurisdizionale, sia in relazione al metodo (verifica di conformità alla legge in un articolato schema contraddittorio), sia in relazione ai suoi esiti (valutazione della condotta indagata e possibile irrogazione di una sanzione destinata a consolidarsi ove non assoggettata a controllo giudiziale)¹⁵.

Secondo tale impostazione, l'Autorità agisce nell'interesse esclusivo della legge, senza essere portatrice di un interesse particolare (a guisa di quanto accade per il pubblico ministero). In altri termini, si esclude che essa sia titolare di un interesse legittimo in senso proprio, potendo e dovendo, l'Autorità, attivarsi per la tutela e per la realizzazione di un interesse generale alla concorrenza, che, per un verso, finisce per coincidere con una sommatoria di interessi di mero fatto ascrivibili alla collettività e, per altro verso, restando così generico, non soddisfa i caratteri di una situazione soggettiva imputabile a un soggetto di diritto¹⁶.

Viceversa, la Corte costituzionale sembra aderire alla diversa impostazione teorica – oggi maggioritaria – per la quale l'esercizio del potere esercitato dall'AGCM merita di essere collocato

¹⁵ Cfr. M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di metodo*, Bologna, Il Mulino, 2005; E. L. CAMILLI, M. CLARICH, *I poteri quasi giudiziari delle autorità indipendenti*, in M. D'Alberto, A. Pajno (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, Il Mulino, 2010.

¹⁶ Cfr., da ultimo, N. DURANTE, *Riflessioni sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti, alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 13/2019*, in www.giustiziaamministrativa.it, 2019. Ricorda l'A. che l'origine di questa impostazione va ricercata nel parere reso all'Adunanza generale del Consiglio di Stato sul futuro regolamento n. 500 del 1999, di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici, nella parte in cui, in merito alla proposta dell'Autorità di vigilanza per i lavori pubblici di essere legittimata a ricorrere dinanzi al giudice amministrativo avverso gli affidamenti illegittimi, è stato rilevato come «l'attribuzione di un generale potere di legittimazione ad impugnare gli atti delle stazioni appaltanti verrebbe a configurare una sorta di azione pubblica nell'interesse della legge, in contrasto con i principi generali del nostro ordinamento che richiedono – a parte i settori della giurisdizione penale e contabile – che l'azione giudiziaria trovi comunque un collegamento, sia pure amplissimo, con un interesse del soggetto agente protetto sia direttamente (diritto soggettivo) sia occasionalmente (interesse legittimo)», concludendosi che «una simile azione non può che essere disposta per legge».

nel *genus* di quello amministrativo, caratterizzandosi l'azione di tale Autorità per la discrezionalità dell'agire¹⁷, che, come tale, si estrinseca nelle forme del procedimento amministrativo¹⁸.

Secondo tale ricostruzione, il potere processuale a essa spettante è conferito per la migliore tutela del bene giuridico della concorrenza, il quale, per la sua particolare rilevanza, non può rimanere al livello di una congerie di interessi deboli perché diffusi. Di qui, la scelta del legislatore di soggettivizzarlo in capo a un'autorità indipendente: scelta che si giustifica con l'esigenza di porre un argine ad una «frequente dinamica amministrativa, che induce molte amministrazioni pubbliche a porre ostacoli al libero dispiegarsi della concorrenza, piuttosto che a una sovra ordinazione dell'interesse alla concorrenza rispetto ad altri interessi pubblici»¹⁹.

Si tratta, a ben vedere, di una declinazione della teoria della “mutazione genetica” dell'interesse adespota, la cui cura, preclusa al singolo, è affidata all'ente esponenziale²⁰.

Per completezza, si rileva l'esistenza di una terza impostazione, secondo cui le Autorità amministrative indipendenti non avrebbero natura né amministrativa né giurisdizionale, trattandosi di un *tertium genus*. Esse, infatti, si qualificherebbero come soggetti innovativi dell'ordinamento, predisposti alla tutela di determinati e rilevanti interessi pubblici, titolari di una nuova forma di potere. La teoria del *tertium genus* si spiegherebbe, poi, in relazione alla previsione costituzionale di cui all'art. 41, con esclusivo riguardo all'AGCM, essendo questa chiamata ad attuare l'interesse generale della concorrenza che trova nell'ordinamento la naturale collocazione in tale previsione costituzionale²¹.

Che la distonia di vedute tra l'AGCM e la Corte costituzionale rifletta tale disputa teorica sembra essere un dato incontestabile. Che la questione di costituzionalità sollevata rappresenti,

¹⁷ In questo senso, in dottrina, cfr. S. MICOSSI, *Il conflitto fra governati e governanti*, in F. Grassini (a cura di), *L'indipendenza delle Autorità*, Bologna, Il Mulino, 2001, 61, per il quale la neutralità delle autorità «coincide con l'indipendenza e con il rispetto delle dinamiche del settore, ma non importa anche necessariamente l'assenza di discrezionalità e di scelte politiche»; M. LIBERTINI, *Osservazioni sull'ordinanza 1/2018 (proc. 1803) dell'AGCM*, in *www.federalismi.it*, 14/2018, 4 luglio 2018, 4, il quale sottolinea la necessità di ampi poteri discrezionali dell'antitrust «nella scelta degli strumenti adatti a raggiungere questi risultati di buon funzionamento dei mercati».

¹⁸ Cfr., in tal senso, Cass. civ., sez. I, sent. 20 maggio 2002, n. 7341; in dottrina, S. CASSESE, *Poteri indipendenti, Stati, relazioni statali*, in *Foro it.*, 1996, 5, 11.

¹⁹ N. DURANTE, *Riflessioni sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, cit., 3.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Cfr. D. BORSELLINO, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale. Dal difensore civico alla tutela del risparmio*, Padova, Cedam, 2007, 34 ss.

quanto meno per l'Autorità, un pretesto per accreditarsi nel sistema come organo (per lo meno) “*paragiurisdizionale*”, lo si evince dalla condotta processuale complessivamente tenuta da quest'ultima.

Come anticipato sopra, infatti, al culmine del procedimento istruttorio avviato, l'AGCM ha considerato non applicabili, *ratione temporis*, le norme impugnate, così riconoscendo, seppur *ex post*, che la questione di costituzionalità prospettata era di fatto irrilevante. D'altra parte, una lettura maggiormente rigorosa dell'ordinanza di rimessione avrebbe potuto indurre il Giudice delle leggi a dichiarare inammissibile la questione proprio per carenza di motivazione sul presupposto della rilevanza, prima ancora che per difetto di legittimazione dell'autorità remittente. Ciò, in quanto il presupposto della rilevanza, per come prospettato, appariva *prima facie* potenziale ed eventuale, nella misura in cui riposava sull'adesione meramente ipotetica a un'opzione interpretativa suggerita dal Consiglio notarile e, per giunta, non condivisa dagli uffici istruttori della stessa AGCM.

D'altra parte, come rilevato dagli stessi Uffici istruttori, la lamentata lesione dei principi comunitari in materia di concorrenza, sanciti dagli artt. 101 e 106 TFUE, letti in combinato disposto con l'art. 4, par. 3, TUE e con il protocollo n. 27 TUE, avrebbe ben potuto indurre il Collegio a disapplicare la normativa *de qua*. La qual cosa avrebbe consentito all'Autorità di concludere, senza bisogno di sollevare questione di legittimità costituzionale, il procedimento avviato: un procedimento, per giunta, conclusosi nel merito senza l'applicazione di alcuna sanzione, ma con un semplice “monito” rivolto al Consiglio notarile ad astenersi per il futuro dall'assumere condotte della medesima portata. Circostanza, questa, che sminuisce di gran lunga la portata della questione di merito affrontata dall'AGCM, suffragando ulteriormente la sensazione di una certa strumentalità nella scelta del Garante di sollevare la questione di legittimità costituzionale²².

3. L'AGCM alla ricerca di un “dialogo” con la Corte costituzionale sui temi della concorrenza.

²² Evidenzia tali circostanze A. CHIAPPETTA, *Autorità Antitrust e legittimazione al giudizio di costituzionalità: una pronuncia scontata o un'occasione mancata?*, in *www.federalismi.it*, 25/2020, 9 settembre 2020, 57 s.

La decisione della Corte di escludere l'AGCM dal novero delle autorità legittimate a sollevare questioni di costituzionalità appare in linea con la più costante giurisprudenza costituzionale. La quale, muovendo da una nozione “elastica” di giudice «*ai limitati fini*», sembra avere ormai da tempo ambientato il problema sul terreno – meno scivoloso rispetto a quello della natura giurisdizionale o amministrativa dell'organo – della posizione terza e imparziale dell'autorità remittente. Nel che, secondo un'argomentata prospettazione teorica, riposerebbe proprio l'essenza della giurisdizione²³.

Com'è noto, la giurisprudenza costituzionale, muovendo dalla *ratio* che informa il sindacato di legittimità costituzionale in via incidentale, ha offerto un'interpretazione estensiva dei requisiti di accesso, arrivando a ritenere che per aversi giudizio *a quo* è sufficiente che sussista l'esercizio di funzioni giudicanti per l'obiettiva applicazione della legge da parte di soggetti, pure estranei all'organizzazione della giurisdizione, posti in posizione *super partes*²⁴.

Coerentemente con tali coordinate, la Corte ha riconosciuto la legittimazione ad alcuni soggetti «*ai limitati fini*» della proposizione della questione incidentale di legittimità costituzionale: il che, ad esempio, è accaduto per le sezioni di controllo della Corte dei conti nell'esercizio della funzione amministrativa di controllo preventivo sugli atti del governo²⁵ e per il collegio arbitrale²⁶. La legittimazione a promuovere il sindacato di costituzionalità è stata in varie occasioni riconosciuta anche a organi non incardinati in un ordine giudiziario, ma sempre in presenza dell'essenziale requisito della terzietà.

Il suddetto carattere non sembra, invero, ricorrere in capo al Garante, atteso che, secondo la ricostruzione teorica maggioritaria – che qui si condivide –, esso non si pone in una posizione di indifferenza e neutralità rispetto all'interesse (la tutela della concorrenza, per l'appunto) che viene in rilievo nello svolgimento della propria attività istituzionale, le cui esigenze di tutela finiscono per incidere sui caratteri del procedimento funzionale all'irrogazione dell'eventuale sanzione.

²³ Cfr. A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 230.

²⁴ Cfr., *ex multis*, Corte cost., sentt. nn. 387/1996; 226/1996.

²⁵ Cfr. Corte cost., sentt. nn. 226/1976; 384/1991.

²⁶ Cfr. Corte cost., sent. n. 376/2001.

D'altra parte, come opportunamente rilevato²⁷, la soluzione del Giudice delle leggi sembra risentire, altresì, della mancata sinergia delle regole del processo con il valore costituzionale sostantivo rappresentato dall'esigenza di "illuminare" una "zona d'ombra" della giustizia costituzionale (tale per cui il controllo di costituzionalità sarebbe estremamente difficile) o, cosa ancor più significativa, di evitare l'esistenza di una vera e propria "zona franca" (tale per cui il sindacato sarebbe escluso in radice)²⁸. Come, infatti, giustamente evidenziato dalla Corte, esiste una sede giurisdizionale agevolmente accessibile in cui promuovere la questione di legittimità costituzionale, ovverosia quella conseguente all'eventuale impugnativa da parte del notaio segnalante o di quello intervenuto, finalizzata all'accertamento della natura in tesi anticoncorrenziale e abusiva delle funzioni di vigilanza esercitate dal Consiglio notarile e al conseguente ordine di eliminazione delle condotte integranti illecito antitrust²⁹.

Senza dilungarci ulteriormente sul merito della sentenza della Corte costituzionale, già oggetto di ampio approfondimento in dottrina³⁰, appare in questa sede interessante soffermarsi sui motivi che, verosimilmente, possono avere indotto l'AGCM a sollevare una questione di costituzionalità che, per le ragioni di cui sopra, sembra assumere i tratti di una *lis ficta*. Tale indagine potrà consentire di pervenire ad alcune osservazioni in ordine sia alla collocazione del Garante nell'ambito del processo costituzionale e, più in generale, all'interno del sistema, sia ai connotati del principio di concorrenza, con particolare riguardo al profilo della sua effettività.

²⁷ P. CARNEVALE, *L'autorità garante della concorrenza e del mercato fra legittimazione a sollevare questioni di legittimità costituzionale in via incidentale ed evocazione della "zona franca". Primissime considerazioni alla luce dell'ordinanza di rimessione del 3 maggio 2018 dell'AGCM*, in www.federalismi.it, 17/2018, 12 settembre 2018, 5 ss.

²⁸ Sulla distinzione concettuale, ormai diffusa nella giurisprudenza costituzionale, tra le espressioni «zone d'ombra» e «zone franche» della giustizia costituzionale, cfr. R. Balduzzi, P. Costanzo (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino, Giappichelli, 2007; R. Pinardi (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti e sull'ammissibilità del referendum abrogativo*, Torino, Giappichelli, 2007; più di recente, P. ZICCHITTU, *Le "zone franche" del potere legislativo*, Torino, Giappichelli, 2017, 5.

²⁹ Corte cost., sent. n. 13/2019, punto 7 del *Cons. in dir.*

³⁰ Cfr., fra gli altri, oltre agli AA. già citati nel presente contributo, M. CHIARELLI, *L'Autorità garante della concorrenza non è giudice*, in www.federalismi.it, 14/2019, 17 luglio 2019; V. FOGLIAME, *Tra «strette» e «porte chiuse»: le Autorità amministrative indipendenti come giudici a quibus*, in www.federalismi.it, 30/2020, 4 novembre 2020; A. PATRONI GRIFFI, *Le strette della porta incidentale e la legittimazione delle autorità amministrative indipendenti dopo la sentenza n. 13/2019 della Corte costituzionale sull'Agcm: alcune considerazioni*, in www.federalismi.it, 13/2019, 3 luglio 2019; R. ROMBOLI, *Nota a Corte Cost. sent. 13/2019*, in *Foro it.*, 5/2019, 1, 1529 - 1533; O. SPATARO, *Autorità amministrative indipendenti e controllo di costituzionalità: considerazioni a partire dalla sentenza n. 13 del 2019 della Corte costituzionale* in www.federalismi.it, 36/2020, 30 dicembre 2020; E. VERDOLINI, *L'Autorità antitrust non può accedere al giudizio costituzionale: natura amministrativa e funzione di garanzia dell'A.g.c.m. nella sentenza 13 del 2019 della Corte Costituzionale*, in www.federalismi.it, 2/2020, 22 gennaio 2020.

La sensibilità costituzionale del Prof. Michele Ainis, relatore del procedimento condotto dall'AGCM, avrà di certo provocato un'influenza determinante in ordine alla decisione del Garante di sollevare la questione di costituzionalità. È verosimile immaginare, infatti, che l'estrazione del relatore abbia indotto l'Autorità a individuare nel Giudice costituzionale l'interlocutore privilegiato per districare un problema che riguardava la competenza a portare avanti il procedimento sanzionatorio e, nel contempo, per intavolare un più ampio discorso di “*accountability*”.

Nel tentativo di accreditarsi al cospetto della Corte costituzionale come autorità terza e imparziale, l'AGCM sembra, in altri termini, voler dimostrare che il rispetto delle garanzie difensive è per essa stessa di cruciale importanza, costituendo un elemento consustanziale al procedimento.

È, d'altra parte, proprio Ainis, seppure in altra sede, a rimarcare l'importanza del rispetto delle garanzie difensive, da intendersi non già come mero onere procedurale, ma come valore in sé. Ciò, in quanto lo svolgimento di un processo decisionale imparziale, trasparente e prevedibile consente alle parti e, in ultima analisi, al giudice stesso di comprendere meglio l'esito della decisione, facilitandone l'accettazione e rafforzando la credibilità dell'Istituzione. La piena partecipazione, peraltro, eleva il livello di efficacia dell'azione antitrust, riducendo la necessità di successivi interventi dell'autorità giudiziaria³¹.

Il tentativo di accreditarsi quale giudice *a quo* nel procedimento incidentale sembra, tuttavia, sottendere, altresì, l'intenzione dell'AGCM di intraprendere un dialogo “virtuoso” con la Corte costituzionale sui temi della concorrenza; e di farlo nella veste di autorità competente a delimitare il *thema decidendum* delle questioni di costituzionalità. Non solo, dunque, quale semplice parte del processo, legittimata a offrire il proprio apporto argomentativo a una questione già cristallizzata dinanzi al Giudice delle leggi dall'ordinanza di rimessione del giudice *a quo*.

Il che sembra legittimare l'idea che la tutela della concorrenza abbia un carattere “servente” rispetto alla più ampia esigenza di protezione dei diritti fondamentali. Ciò, a guisa di quanto, invero, accade per ogni principio costituzionale, che, come è stato autorevolmente sostenuto, reca in sé

³¹ M. AINIS, *Garanzie procedurali dinanzi all'Autorità Antitrust e sindacato giurisdizionale*, in *paper*, 2.

una matrice unitaria di libertà ed eguaglianza riconducibile al concetto di dignità umana, vera e propria architrase dell'ordinamento costituzionale³².

Appare opportuno richiamare, a questo proposito, quanto da ultimo osservato in dottrina da chi³³, richiamando l'attenzione sul dato letterale dell'art. 41 Cost., ha evidenziato che detta norma riconosce sì la libertà dell'iniziativa economica privata, ma la riconduce e la subordina al perseguimento di funzioni sociali, con la conseguenza che essa assolve una funzione servente alla (necessaria) tutela di altri principi e diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta. La regolazione del mercato, in particolare, non sarebbe ispirata a obiettivi interni al mercato stesso e alla concorrenza. Pertanto, discorrere di tutela del consumatore e della sua sicurezza può sembrare un obiettivo interno, ma certo non lo sarebbe parlare della protezione dell'ambiente, della tutela della salute, della sicurezza dei lavoratori, del divieto di discriminazione e della tutela dei diritti dei lavoratori transfrontalieri, essendo questi obiettivi, interessi, diritti che stanno al di fuori del mercato e che sono scelti per porre limiti alla concorrenza. E che sono, dunque, il frutto di scelte politiche che decidono di privilegiare valori da porre al riparo dalla competizione concorrenziale.

4. Riflessioni conclusive: l'AGCM quale *amicus curiae* nel processo di costituzionalità?

Si è cercato di sostenere come la condotta tenuta dall'AGCM nei riguardi della Corte costituzionale celasse l'intenzione del Garante di rinverdire il dibattito su alcuni temi ancora oggi controversi, che incrociano, in buona sostanza, la natura – giurisdizionale o amministrativa – delle Autorità amministrative indipendenti (con tutte le conseguenze in tema di accreditamento nell'ordinamento) e la legittimazione delle stesse al contraddittorio nel processo costituzionale.

Alla luce di quanto fin qui osservato, se si fa salva l'ipotesi di un futuro *revirement* giurisprudenziale – allo stato invero improbabile –, sembra doversi escludere l'ipotesi, ventilata dal Garante, che l'AGCM possa assumere le vesti di giudice *a quo* nel giudizio di legittimità

³² Imprescindibile il richiamo a G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, Laterza, 2009.

³³ R. BIN, *La concorrenza nel bilanciamento dei valori*, in M. Ainis, G. Pitruzzella (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Roma-Bari, Laterza, 2019, 67.

costituzionale. Affermazione, questa, che, stando alla *ratio decidendi* della sentenza n. 13 del 2019, sembra assumere una valenza estensiva nei confronti di tutte le Autorità amministrative indipendenti.

Certamente, la decisione della Corte costituzionale non pare destinata a sopire il dibattito sulla natura delle Autorità amministrative indipendenti e, segnatamente, del Garante del mercato e della concorrenza. Al contrario, nuovi e cruciali problemi si profilano all'orizzonte sul versante dei poteri dell'istituzione e sui criteri di esercizio. In particolare, il richiamo operato dal Giudice delle leggi alla funzione amministrativa discrezionale e alla ponderazione dell'interesse specifico (di cui il Garante risulta portatrice) con i contrapposti interessi pubblici e privati rischia di scardinare proprio la configurazione del potere di controllo dell'AGCM in termini di verifica squisitamente tecnica, che sembrava giustificare la differenziazione della stessa nel panorama delle pubbliche amministrazioni.

La configurazione della propria attività come bilanciamento di interessi sembra, poi, destinata a incidere sulla forza delle decisioni dell'autorità e, di conseguenza, sulla pervasività del controllo³⁴. Il tutto in controtendenza con il discorso di “*accountability*” che sembrava animare il contenuto dell'ordinanza di rimessione.

Inutile dire, a ogni modo, che l'immagine dell'Autorità restituita dalla Corte costituzionale appare assai lontana da quella ivi auspicata e, in parte, riconosciuta anche nel dibattito teorico. Non v'è chi non veda, infatti, come una simile “amministrativizzazione” possa provocare alla lunga un indebolimento degli strumenti conferiti all'organo, anche mediante il depotenziamento della forza di resistenza in sede impugnatoria dei propri provvedimenti³⁵. La qual cosa pare realizzarsi nei confronti di un'istituzione che, indiscutibilmente, presenta caratteri distintivi rispetto alle altre Autorità indipendenti e che, per le funzioni assolute, si colloca in un ambiente di sicuro spessore costituzionale, apparendo quale organo a carattere costituzionalmente necessario, ancorché non a contenuto costituzionalmente vincolato.

Da un punto di vista strettamente processuale, però, occorre aggiungere come la pronuncia della Corte non azzeri le occasioni di verifica della legittimità costituzionale delle leggi in un ambito

³⁴ Cfr. A. CHIAPPETTA, *Autorità Antitrust e legittimazione al giudizio di costituzionalità*, cit., 59.

³⁵ *Ivi*, 59.

di grande interesse interno e sovranazionale, qual è quello della tutela della concorrenza. L'esclusione della sussistenza di zone franche della giustizia costituzionale, per come argomentata dal Giudice delle leggi, suona piuttosto come un invito rivolto ai giudici a percorrere la via – occlusa al Garante – della questione di costituzionalità in via incidentale: ciò, verosimilmente, in conformità con la tendenza “accentratrice” che sembra connotare la più recente giurisprudenza costituzionale, la quale, in diverse occasioni, ha palesato il proprio intento di estendere le maglie del sindacato giurisdizionale di tutela dei diritti costituzionali, anche al costo di forzare le regole del processo.

La decisione del Giudice delle leggi, peraltro, sembra lasciare impregiudicata un'altra potenziale via di accesso per l'AGCM, ovvero quella del rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea. Non sembra da escludersi, infatti, l'ipotesi che il Garante possa tentare, in futuro, di “accreditarsi” quale autorità giurisdizionale agli occhi della Corte d'Europa. Ipotesi questa che, laddove sposata dalla Corte di Giustizia, potrebbe ampliare considerevolmente le occasioni di un contributo del Garante all'evoluzione ordinamentale sui temi della concorrenza. Ferma, in ogni caso, la possibilità, per il Garante, di disapplicare nel corso del procedimento istruttorio la normativa nazionale ove in contrasto con i principi sovranazionali sul divieto di concorrenza.

Allo stato attuale, la collocazione dell'AGCM nel processo costituzionale rimane necessariamente confinata a quella di “parte” (eventuale³⁶). Con la conseguenza che molto dipenderà, in ordine alla fattiva partecipazione del Garante, dalla sensibilità costituzionale che in futuro assumerà il collegio. Sarà particolarmente interessante, dunque, monitorare l'atteggiamento dell'Autorità nei riguardi delle questioni di costituzionalità che dovessero essere sollevate.

Nella veste di parte, in particolare, l'AGCM potrà offrire il proprio prezioso apporto argomentativo nell'evoluzione ordinamentale sui temi della concorrenza, facendosi portatrice non già di un interesse personale e concreto, come accade in genere per le parti private, ma di un

³⁶ Di parti eventuali discorre G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1988, 227; cfr., altresì, R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milano, Giuffrè, 1985, il quale definisce il processo costituzionale come processo senza parti necessarie.

interesse generale alla legittimità costituzionale della normativa³⁷. Tale interesse – pubblicistico – potrà essere fatto valere sia nel corso del giudizio principale, sotto forma dell'eccezione di costituzionalità rivolta all'autorità giudiziaria, sia nel corso del processo di legittimità costituzionale, mediante la costituzione in giudizio e/o l'intervento di terzo quale *amicus curiae*.

All'uopo sovviene una recente modifica delle «*Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*». Com'è noto, la Corte, nel mese di gennaio 2020³⁸, ha allargato ai terzi³⁹ la possibilità di partecipare al giudizio di costituzionalità nella veste di *amici curiae*. In particolare, ai sensi dell'art. 4-ter, entro venti giorni dalla pubblicazione dell'ordinanza di remissione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, le formazioni sociali senza scopo di lucro e i soggetti istituzionali, portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità, possono presentare alla Corte costituzionale un'opinione scritta. Opinione che, in ogni caso, non può superare la lunghezza di 25.000 caratteri, spazi inclusi, ed è inviata per posta elettronica alla cancelleria della Corte, che ne comunica l'avvenuta ricezione con posta elettronica.

Si tratta di un'innovazione particolarmente interessante, che supera la posizione di «*ferma ed assoluta chiusura*» tenuta in passato dal Giudice delle leggi⁴⁰. Stando a tale indirizzo, infatti, avrebbero potuto costituirsi in giudizio solo le parti destinatarie della notifica dell'ordinanza di remissione, con conseguente esclusione di tutti i soggetti non aventi la qualifica formale di parte nel giudizio *a quo*, sebbene potenzialmente interessati alle sorti della questione dibattuta in quanto portatori di un interesse sostanziale.

Per quanto qui di interesse, la figura dell'*amicus curiae* pare attagliarsi proprio a un soggetto istituzionale, come l'AGCM, portatore di un interesse super individuale a carattere pubblicistico, qual è quello alla tutela della concorrenza e del mercato. In questa veste, il Garante potrà far

³⁷ Per tale tesi dottrinale, cfr. A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 269, i quali individuano tale interesse nello scioglimento del “dubbio” circa la effettiva armonia interna dell'ordinamento: nel qual caso, la parte intervenuta assumerebbe una veste simile a quella ricoperta in altri ordinamenti dall'*amicus curiae*.

³⁸ La Corte ha introdotto l'art. 4-ter alle norme integrative con l'art. 2 della delibera approvata in sede non giurisdizionale l'8 gennaio 2020 (G.U. n. 17 del 22 gennaio 2020).

³⁹ I soggetti ammessi non assumono la qualità di parte nel giudizio costituzionale, non possono ottenere copia degli atti e non possono partecipare all'udienza. Il Giudice delle leggi, con questa previsione, ha delimitato i confini dell'apertura della Corte, al fine di evitare eccessivi aggravii dal punto di vista processuale (cfr. art. 4-ter, comma 5, delle norme integrative).

⁴⁰ In tali termini si esprimono E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2011, 121.

pervenire al Giudice delle leggi il proprio autorevole contributo sotto forma di scritti sintetici⁴¹, idonei ad ampliare le conoscenze del Collegio giudicante, che, prima d'ora, poteva (forse) essere acquisito unicamente con lo strumento – del tutto infrequente – dell'ordinanza istruttoria.

Si tratta di un'ipotesi particolarmente auspicabile, dal momento che, per tale via, la Corte potrebbe avvalersi di un'opinione altamente qualificata, poiché proveniente da un organo specializzato nella tutela del principio di concorrenza, con tutto ciò che ne potrebbe conseguire nell'interesse dell'evoluzione ordinamentale.

Sebbene, dunque, l'AGCM, non essendo giudice *a quo*, non possa offrire il proprio contributo alla determinazione del *thema decidendum*, il proprio apporto potrebbe concretizzarsi, rispetto a questioni già delimitate, nell'offrire elementi particolarmente utili alla conoscenza e alla valutazione del caso. Il tutto, in piena conformità alla *ratio* dell'istituto dell'*amicus curiae* da ultimo introdotto, che, per espressa disposizione normativa, è volto proprio a offrire elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso dibattuto, anche in ragione della sua complessità. Lo scopo perseguito con la recente modifica è, infatti, quello di dotare la Corte di informazioni utili e ulteriori argomenti da utilizzare al momento dell'adozione della decisione quando la stessa abbia a oggetto questioni complesse o dibattute a un livello sociale⁴².

⁴¹ Come detto sopra, l'opinione non può superare la lunghezza di 25.000 caratteri.

⁴² Cfr. il terzo comma dell'art. 4-*ter* delle norme integrative ove si precisa che con decreto del Presidente, sentito il giudice relatore, sono ammesse le opinioni che offrono elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso, anche in ragione della sua complessità.

ANTONIO BARONE
Professore Ordinario di Diritto Amministrativo
presso il Dipartimento di Economia e Impresa dell'Università di Catania
antonio.barone@unict.it

GIUSEPPE DRAGO
Head of Section – JST Coordinator presso la Banca Centrale Europea
giuseppe.drago@ecb.europa.eu

COSTANZA NICOLOSI
Assegnista presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Catania
costanza.nicolosi@unict.it

L'EROMPERE DELLA VIGILANZA BANCARIA EUROPEA*

THE ERUPTION OF EUROPEAN BANKING SUPERVISION

SINTESI

Il presente saggio si propone di offrire un'analisi critica della funzione della vigilanza bancaria in Europa, così come affidata alla Banca Centrale Europea nel c.d. “primo pilastro” dell'Unione bancaria europea. Dopo aver inquadrato l'istituzione del Single Supervisory Mechanism, considerando il peculiare momento di crisi finanziaria nel quale tale Meccanismo è stato creato, il saggio analizza criticamente la funzione di vigilanza bancaria e, infine, offre una puntuale prospettiva sul suo effettivo funzionamento.

ABSTRACT

The essay aims at offering a critical assessment of European banking supervision, as it has been entrusted to the European Central Bank in the framework of the so-called “first pillar” of the European banking union. After discussing the peculiarities of the Single Supervisory Mechanism, including the delicate financial crisis in which it was created, the essay critically analyzes, from a legal point of view, the function of banking supervision and, finally, presents a unique perspective on its actual functioning.

PAROLE CHIAVE: UBE – Vigilanza – SSM – BCE – Primo pilastro
KEYWORDS: EBU – Supervision – SSM – ECB – First pillar

INDICE: 1. La coesistenza tra ESFS ed EBU - 2. Vigilanza e integrazione europea - 3. La centralizzazione delle funzioni in capo alla BCE - 4. Il perimetro di applicazione della vigilanza dell'SSM - 5. L'SSM e le autorità di vigilanza nazionali - 6. I compiti di vigilanza

prudenziale della BCE - 7. I poteri di vigilanza prudenziale della BCE - 8. Il ciclo di vigilanza: principi e fasi - 9. I protagonisti della funzione di vigilanza: il Consiglio di vigilanza/Supervisory Board e le strutture di vigilanza - 10. (segue) I Gruppi di vigilanza congiunti (JST) - 11. La procedura di non obiezione - 12. Le decisioni e gli altri interventi di vigilanza - 13. L'enforcement del diritto europeo nell'SSM e l'applicazione del diritto rilevante da parte della BCE - 14. La centralità della gestione del rischio

1. La coesistenza tra ESFS ed EBU.

L'architettura istituzionale dell'Unione Bancaria Europea (EBU) è basata su tre c.d. *pilastri*. Il primo pilastro, il Meccanismo di Vigilanza Unico (*Single Supervisory Mechanism*, SSM), ha al suo centro la Banca Centrale Europea (BCE), istituzione a cui è stata, appunto, affidata la funzione di vigilanza bancaria¹.

Comunemente, il dibattito è incentrato sulla divisione di funzioni tra la BCE e le autorità di vigilanza nazionali. Per quanto rilevante, tale aspetto non deve però far dimenticare che le funzioni di vigilanza bancaria sono altresì assegnate anche ad altre agenzie europee, create in una prima fase di riposta alla crisi finanziaria del 2008, che non sono state esautorate una volta costituita l'EBU e che oggi, quindi, rappresentano un ulteriore livello di complessità nell'organizzazione della funzione di vigilanza, così come nella ripartizione delle varie funzioni. Prima di soffermarci in dettaglio sull'SSM, dunque, appare utile dare conto della totalità degli attori europei che svolgono funzioni di vigilanza.

(*) *Nell'ambito del presente saggio Antonio Barone ha curato i par. 6, 7, 13 e 14; Costanza Nicolosi ha curato i par. 1, 2, 3, 4, 5; Giuseppe Drago ha curato i par. 8, 9, 10, 11 e 12.*

Le opinioni espresse da Giuseppe Drago sono riferibili esclusivamente a lui e non riflettono necessariamente la posizione della Banca d'Italia o della Banca Centrale Europea.

¹ Il c.d. secondo pilastro dell'EBU è il Meccanismo di risoluzione unico (SRM), istituito con Reg. N. 806/2014 del 15 luglio 2014 che fissa norme e procedure uniformi per la risoluzione degli enti creditizi e di talune imprese di investimento nel quadro del meccanismo di risoluzione unico e del Fondo di risoluzione unico, e con la Direttiva 2014/59/UE del 15 maggio 2014 che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento (comunemente nota come Bank Recovery and Resolution Directive o BRRD). Esso ha al proprio centro (il suo schema organizzativo è stato paragonato a una stella) un'agenzia appositamente creata, il Single Resolution Board. Le molte criticità dell'SRM esulano da questa trattazione ma per alcuni riferimenti su un aspetto particolarmente critico dal punto di vista giuridico, si veda *infra* nota 32. Il c.d. terzo pilastro è il sistema di assicurazione dei depositi, tuttora incompiuto se non per una direttiva di armonizzazione, Direttiva 2014/49/UE del 16 aprile 2014 relativa ai sistemi di garanzia dei depositi. La mancata istituzione del terzo pilastro è considerata una delle più grandi debolezze di tutta l'EBU. A questo proposito, sono stati numerosi negli anni gli interventi a favore del completamento dell'EBU, tra i quali se ne ricordano molti di Mario Draghi; si veda, ad esempio, *Draghi: prioritario completare unione bancaria Eurozona*, in *Il Sole 24 Ore*, 11 novembre 2015.

Il progetto di accentrare le funzioni di vigilanza bancaria a livello europeo era stato a lungo presente nelle agende europee, ma è stata la crisi finanziaria del 2008² a fornire i giusti incentivi (e consolidare la volontà politica) per il trasferimento di competenze in questo ambito a livello europeo, secondo quella che potrebbe essere descritta come una tradizionale “fuga in avanti” nel processo di integrazione europeo³.

Il processo di “europeizzazione” dell’attività di vigilanza bancaria è stato caratterizzato da due fasi di risposta europea alla crisi finanziaria, ciascuna corrispondente ad altrettanti momenti della crisi⁴.

La prima risposta europea risale all’inizio del 2011 (corrispondente alla prima fase della crisi finanziaria, quando questa era ancora *meramente finanziaria/bancaria*) e si è esaurita nella creazione di un sistema pluri-livello, c.d. Sistema Europeo di Vigilanza Finanziaria (*European System of Financial Supervision*, ESFS). L’instaurazione dell’ESFS trova ispirazione nel Report de Larosière del 2009⁵. A livello *micro-prudenziale*, l’ESFS è composto da tre autorità europee di vigilanza: l’Autorità Bancaria Europea (*European Banking Authority*, EBA), l’Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (ESMA) e, infine, l’Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e

² Si veda in particolare, A. GIANNELLI, P. SFAMENI, *Diritto degli intermediari finanziari e dei mercati finanziari*, Milano, Egea, 2013, p. 8. Si veda anche E.L. CAMILLI, *The governance of EU regulatory powers in the banking sector*, in E. CHITI, G. VESPERINI (a cura di), *The Administrative Architecture of Financial Integration. Institutional Design, Legal Issues, Perspectives*, Bologna, Il Mulino, 2015.

³ Come ricordato in un recente volume sull’argomento, «[s]ono le crisi che hanno dato e danno luogo all’occasione per progredire nello spazio europeo» (M. MACCHIA, *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 1). Oppure, ancora, «il modo il cui l’Unione è stata configurata [...] ha consentito all’Unione di affrontare le crisi e di sfruttarne l’energia per valersene come fattore di sviluppo», S. CASSESE, *L’Europa vive di crisi*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 2016, 3, p. 789.

⁴ E. CHITI, G. VESPERINI (a cura di), *The Administrative Architecture of Financial Integration*, cit., p. 8; M. DE BELLIS, *European financial supervision after the crisis: multi-speed models within a two-track framework*, in E. CHITI, G. VESPERINI (a cura di), *op. cit.*; L. QUAGLIA, *The regulatory response of the European union to the global financial crisis*, in R. MAYNTZ (a cura di), *Crisis and control. Institutional change in financial market regulation*, Campus, 2012; S. CASSESE, *La nuova architettura europea*, in *Giorn. dir. amm.*, 1, 2014.

⁵ Le tre autorità di vigilanza micro-prudenziale sono state istituite con tre diversi regolamenti europei che non presentano tra loro sostanziali differenze. Il principale compito delle autorità è di natura regolatoria, a esse spetta l’elaborazione e l’adozione di standard tecnici ed esecutivi. Hanno anche il compito di: assicurare l’uniforme applicazione del diritto europeo da parte delle autorità nazionali; l’adozione di decisioni vincolanti nei confronti delle autorità nazionali o istituti creditizi in situazioni di emergenza; nonché la risoluzione delle controversie tra autorità nazionali (nel caso, ad esempio, di vicende che abbiano effetti in più Stati membri). Tuttavia, in pratica, la portata dei loro poteri è distinta. Infatti, anche a seguito dell’istituzione dell’SSM e dell’accentramento della funzione di vigilanza in seno alla BCE (ovvero, un’istituzione europea ai sensi dei Trattati), i poteri dell’EBA risultano “ridimensionati” rispetto, ad esempio, a quelli dell’ESMA a cui, infatti, sono state affidate competenze aggiuntive con ulteriori regolamenti.

professionali (EIOPA). A livello *macro-prudenziale*, l'ESFS comprende il Comitato europeo per il rischio sistemico (*European Systemic Risk Board*, ESRB), inteso ad assicurare una vigilanza finanziaria coerente e uniforme all'interno dell'UE. Le autorità europee supervisionano e coordinano l'azione delle autorità di vigilanza nazionali, anch'esse integrate all'interno del ESFS⁶.

In una fase successiva, risalente al 2013-2014, la crisi finanziaria si era tramutata in *crisi sovrana*, minacciando la stabilità degli Stati membri nonché della moneta unica. L'EBU (con l'SSM come suo primo pilastro) trova ispirazione in una moltitudine di documenti di natura politica, ad esempio il Report Van Rompuy del 2012⁷ e il Report dei cinque presidenti del 2015⁸, e viene istituito per rispondere a questa grave evoluzione⁹. Le misure relative all'Unione bancaria sono state adottate nel quadro dell'Unione Economica e Monetaria e sono indirizzate ai Paesi dell'eurozona, sebbene formalmente aperti anche agli altri Stati membri dell'Unione europea, attraverso la procedura di *collaborazione stretta*.

È utile rilevare due considerazioni. Sotto un primo aspetto, le due risposte alla crisi (ovvero l'istituzione, rispettivamente, del ESFS e dell'EBU) non sono l'una necessaria conseguenza dell'altra. L'ESFS, infatti, non richiede la successiva creazione di un sistema più integrato di vigilanza bancaria, quale l'SSM. La co-esistenza di due sistemi ("autosufficienti" in se stessi) e di una divisione dei compiti, in alcuni casi piuttosto approssimativa, può dare adito a frizioni.

Sotto un secondo aspetto, è utile rilevare che l'ESFS e l'EBU sottendono due visioni molto diverse di concepire il processo di integrazione europeo. Da una parte, l'ESFS (ri)propone la visione secondo cui il processo di integrazione europeo è essenzialmente di natura *internazionale*, ovvero

⁶ Si veda, in generale, E. FERRAN, *Understanding the new institutional architecture of EU financial market supervision*, in G. FERRARINI, K.J. HOPT e E. WYMEERSCH (a cura di), *Financial regulation and supervision. A post-crisis analysis*, OUP, 2012; E. WYMEERSCH, *The European financial authorities or ESAs*, *ibidem*; M. EVERSON, *A technology of expertise: EU financial services agencies*, LEQS Paper n. 49, 2012.

⁷ *Towards Genuine Economic and Monetary Union*, 5 dicembre 2012.

⁸ *Completing Europe's Economic and Monetary Union*, in *Background documents on economic and monetary union*, 22 giugno 2015.

⁹ Si veda, in generale, B. WOLFERS, T. VOLAND, *Level the playing field: the new supervision of credit institutions by the European Central Bank*, in *Common Market Law Review*, 5, 2014; E. FERRAN, V. BASIS, *The European Single Supervisory Mechanism*, in *Journal of Corporate Law Studies*, 2013; E. WYMEERSCH, *The Single Supervisory Mechanism or "SSM", Part One of the Banking Union*, Financial Law Institute, Universiteit Gent, Working Paper n. 1/2014; G.A. FERRARINI, L. CHIARELLA, *Common Banking Supervision in the Eurozone: Strengths and Weaknesses*, Working Paper n. 223/2013; E. BARUCCI, M. MESSORI (a cura di), *The European Banking Union*, Firenze, Passigli, 2014; F. CAPRIGLIONE, *L'Unione Bancaria Europea*, Milano, Utet, 2013.

non mira a sostituirsi agli Stati membri, ma piuttosto intende fornire *fori* di coordinazione a livello inter-statale per il raggiungimento di obiettivi economici e l'incremento del commercio tra Paesi che condividono una storia comune¹⁰. Dall'altra, l'EBU adotta un approccio *funzionale* per ridare slancio a un processo di integrazione *sovranazionale*, che miri in qualche modo (ancora da definire) a superare i singoli Stati nazionali che ne fanno parte per fondersi in un'unione dal sapore federale. A riprova della loro differenza *originale*, basti pensare che l'ESFS è un sistema di vigilanza che interessa *tutti* i Paesi membri dell'UE (ivi compresi quelli che non adottano la moneta unica), mentre l'EBU si applica solo ai Paesi che adottano l'euro (salvo la possibilità di aderire su base facoltativa, la c.d. *cooperazione stretta*).

Poichè l'SSM (e in generale, l'EBU) è un progetto più ambizioso e *integrante* dal punto di vista dello sviluppo istituzionale europeo, si potrebbe essere tentati di concludere che l'ESRB e l'EBA rivestano ormai importanza trascurabile in un'analisi della funzione di vigilanza bancaria. Tuttavia, per quanto la loro rilevanza nella *big picture* della vigilanza bancaria europea sia, effettivamente, ridimensionata¹¹, rimane estremamente rilevante dare conto delle difficoltà pratiche, organizzative e funzionali (a cominciare dall'asimmetria applicativa tra i due modelli di vigilanza; l'SSM in vigore

¹⁰ Nonostante i rimarchevoli sviluppi del processo di integrazione europeo, tutt'oggi la natura giuridica dell'Unione europea è (ancora) quella di un'organizzazione internazionale, sebbene ben diversa da quelle classiche. Oggi, l'Unione europea, seppur non formalmente un'entità *federale*, è certamente *più federale* rispetto al passato e probabilmente alla vigilia di un'ulteriore fase di integrazione facilitata dalle recenti misure anti covid-19. Tuttavia, non va sottovalutato che il processo di integrazione europeo non è inquadrato in nessuno schema predefinito verso un'unione federale, ma piuttosto dipende dalla volontà politica degli Stati membri (motivo per cui il processo di integrazione, sebbene tendente nel lungo termine, a un continuo seppur lento consolidamento, si è rivelato spesso contraddittorio e segnato da frequenti battute d'arresto) e che, accanto alle attuali spinte solidaristiche, giocano (altrettanto?) forti spinte nazionalistiche e anti-europeistiche. Basta fare riferimento ai significativi ridimensionamenti del ruolo dell'Unione *vis à vis* gli Stati membri presenti nel Trattato di Lisbona, da una definizione molto più precisa delle competenze attribuite e del principio di sussidiarietà, nonché la sempre più frequente invocazione della dottrina dei controlimiti da parte delle Corti costituzionali dei Paesi membri; non ultima la recente sentenza della Corte costituzionale tedesca in tema di interventi della BCE. Per approfondire, si veda G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione Europea. Parte istituzionale*, Torino, Giappichelli, 2019, pp. 34-38 e 69-88.

¹¹ Basti pensare che l'ESFS e l'EBU differiscono in relazione all'indipendenza degli organi europei responsabili della vigilanza nei due sistemi. Da una parte, infatti, l'ESFS si basa su *agenzie* europee, istituite sulla base dell'art. 114 TFUE come misure per il *ravvicinamento* delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri, e soggette a precisi limiti sull'esercizio del potere discrezionale, la c.d. *dottrina Meroni*. Dall'altra parte, invece, l'SSM ha al suo centro la BCE, ovvero un'*istituzione* europea, come sancito dall'art. 13 TUE; si veda *infra* nota 32.

per la sola eurozona; l'ESFS per l'intero mercato unico europeo¹²) che derivano dalla co-esistenza dei due sistemi (invero abbastanza distinti), in particolare in tema di regolamentazione¹³.

In definitiva, alcune regole in materia di vigilanza bancaria sono applicabili in tutti i 28 Stati membri (presto 27, una volta ultimata la Brexit); altre hanno vigore solo negli Stati dell'eurozona; anche se, senza dubbio, queste ultime avranno un peso anche sugli stati non-euro.

2. Vigilanza e integrazione europea.

Già a partire dalla costituzione dell'ESFS, si era immaginata la creazione, ad opera delle autorità europee all'interno dello stesso, di un nuovo quadro regolatorio (il c.d. *single rulebook*) che avrebbe progressivamente sostituito il parcellizzato panorama delle fonti giuridiche (regolamenti, direttive, atti esecutivi, diritto nazionale, etc.) e contenente le misure basilari per la regolamentazione bancaria¹⁴. All'inizio, si prospettava che il *single rulebook* fosse costituito dai

¹² Ad eccezione della Svezia, tutti gli Stati membri dell'UE hanno l'obbligo giuridico di adottare -prima o poi- l'euro.

¹³ M.P. CHITI, *The transition from banking supervision to banking resolution. Players, competences, guarantees*, in E. BARUCCI, M. MESSORI (a cura di), *The European Banking Union*, cit., p. 89.

¹⁴ Non soltanto in tema di vigilanza bancaria, ma anche di risoluzione (ovvero, il secondo pilastro dell'EBU). Del progetto di un *single rulebook*, infatti, fanno parte anche strumenti legislativi relativi ad altri pilastri e aree di funzionamento dell'EBU. Per quanto concerne la sola attività bancaria, si ricordano: il Regolamento EMIR, Regolamento (UE) n. 648/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 luglio 2012, sugli strumenti derivati OTC, le controparti centrali e i repertori di dati sulle negoziazioni, OJ L 201, 27.7.2012, p. 1–59; il c.d. Regolamento CSD, Regolamento (UE) n. 909/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 luglio 2014, relativo al miglioramento del regolamento titoli nell'Unione europea e ai depositari centrali di titoli e recante modifica delle direttive 98/26/CE e 2014/65/UE e del regolamento (UE) n. 236/2012, OJ L 257, 28.8.2014, p. 1–72. Possono anche considerarsi parte del *single rulebook* le c.d. Direttiva MiFID II, Direttiva 2014/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, relativa ai mercati degli strumenti finanziari e che modifica la direttiva 2002/92/CE e la direttiva 2011/61/UE, OJ L 173, 12.6.2014, p. 349–496 e il Regolamento MiFIR, Regolamento (UE) n. 600/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, sui mercati degli strumenti finanziari e che modifica il regolamento (UE) n. 648/2012, OJ L 173, 12.6.2014. Non va neanche dimenticato che il *rulebook* consiste anche dei numerosi regolamenti delegati e di attuazione da adottarsi sulla base delle deleghe contenute negli strumenti di primo livello.

regolamenti UE in materia bancaria e dalle decisioni della Commissione e delle autorità micro-prudenziali¹⁵.

Successivamente, il *single rulebook* si è anche arricchito della Direttiva sui Requisiti Prudenziali (CRD)¹⁶ e del Regolamento sui Requisiti Prudenziali (CRR II)¹⁷ - già in cantiere prima della famigerata crisi finanziaria del 2008- che fondamentalmente recepiscono in chiave legislativa gli accordi di Basilea III. Il *single rulebook* si applica a tutte le banche degli Stati membri (con le relative differenze dovute al diverso recepimento della CRD nel diritto nazionale)¹⁸.

Con la seconda fase della crisi, arriva anche un secondo livello di misure. Contrariamente al primo, questo secondo livello è il diretto risultato della dimensione *sovrana* della crisi che ha reso evidente come le debolezze del sistema di vigilanza potessero addirittura mettere a repentaglio la stessa moneta unica. Tale insieme di misure è, dunque, diretto a centralizzare il precedente sistema che si dimostrava poco coordinato e molto differenziato al suo interno. In particolare, si mira a superare la centralità delle autorità nazionali ritenute portatrici degli interessi degli istituti nazionali. Prende piede l'idea che, nel settore della vigilanza bancaria (ma stesso discorso vale per la risoluzione, il c.d. secondo pilastro), solo la centralizzazione delle funzioni e delle decisioni potesse garantire il superamento degli interessi nazionali. Nasce così l'EBU il cui primo pilastro, l'SSM, è interamente dedicato alla vigilanza bancaria.

Considerate le relazioni, spesso tese, tra i membri dell'Unione, questo sistema a “*due velocità*” presenta (potenziali) criticità che possono sfociare in frizioni e stalli. Ma, al di là della portata di

¹⁵ Si tratta dei regolamenti di attuazione adottati dalla Commissione, sia in forma di atti delegati che di proposte elaborate dall'EBA o dalle altre autorità micro-prudenziali, qualora tali decisioni possano avere un impatto sul settore bancario.

¹⁶ Direttiva 2013/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013 (cd. CRD IV), sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento, che modifica la direttiva 2002/87/CE e abroga le direttive 2006/48/CE e 2006/49/CE, *OJ L 176, 27.6.2013, p. 338–436. La CRD IV a sua volta è stata modificata dalla Direttiva 2019/878 del 20 maggio 2019 (cd. CRD V).*

¹⁷ Regolamento (UE) n. 575/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013 (cd. CRR), relativo ai requisiti prudenziali per gli enti creditizi e le imprese di investimento e che modifica il Regolamento (UE) n. 648/2012, *OJ L 176, 27.6.2013, p. 1–337*. Il CRR è stato modificato dal Regolamento (UE) 2019/876 del 20 Maggio 2019 (cd. CRR II).

¹⁸ Il *single rulebook* -così come l'istituzione dell'EBU- ha portato con sé una massiccia ri-regolamentazione del mercato dei servizi finanziari europeo che comporta, oltre gli ingenti costi di realizzazione anche notevoli cambiamenti nell'organizzazione e posizione di mercato delle singole banche dell'UE, i cui effetti tangibili (concentrazioni di mercato, abbandono di certe aree operative o attività, etc.) non sono ancora del tutto apprezzabili.

applicazione (Peasi euro/non euro), ulteriori criticità derivano dalla complessità stessa della coesistenza di ESFS e EBU, in particolare alla luce di una divisione di competenze regolatorie non sempre chiara¹⁹. Si consideri, il potere regolatorio dell'EBA (in cui sono rappresentati tutti gli Stati dell'Unione) di adottare *standard* tecnici ed esecutivi vincolanti per la BCE, previa approvazione di una maggioranza almeno qualificata²⁰ degli Stati membri. Non è, quindi, impossibile immaginare uno scenario in cui possano sussistere differenze di opinioni tra gli Stati non-euro e quelli che hanno adottato la moneta unica. Nonostante la solida maggioranza numerica di questi ultimi²¹ (almeno fino a nuovi allargamenti dell'Unione europea), non può sottovalutarsi il rischio (*rectius*: la tendenza) di sfociare in un regime a due velocità, uno per gli *outsider* e un altro per gli *insider*.

Inoltre, vale la pena rilevare che la suddivisione dei compiti di vigilanza tra le autorità nazionali competenti e quelle europee varia non solo a seconda della valuta adottata (euro o non-euro); ma dipende (come si vedrà, *infra*) anche dal settore finanziario in cui operano gli enti da vigilare (bancario, assicurativo, mobiliare), dalla rilevanza di un ente (significativo o meno) nonché dalla finalità perseguita (per esempio anti-riciclaggio e tutela dei consumatori rimangono, almeno per il momento, competenza delle autorità nazionali).

Dalla coesistenza del ESFS e dell'EBU emergono, quindi, tre modelli di integrazione europea in materia di vigilanza²² (da non confondere con i modelli di integrazione rinvenibili nel rapporto BCE/autorità nazionali all'interno dell'SSM di cui si dirà *infra*)²³.

Il primo modello riguarda: (1) l'esercizio delle funzioni di vigilanza negli Stati membri che *non* hanno (ancora) dotato l'euro sui tre settori di competenza delle tre autorità micro-prudenziali (ovvero, settore bancario, strumenti finanziari e settore assicurativo); nonché (2) la vigilanza in tutto

¹⁹ Si veda, A. GARDELLA, L'EBA e i rapporti con la BCE e con le altre autorità di supervisione e di regolamentazione, in M.P. CHITI, V. SANTORO (a cura di), L'Unione bancaria europea, cit..

²⁰ Come previsto dal TFUE art. 16(4). Per un'ulteriore analisi, si veda E. WYMEERSCH, *The Single Supervisory Mechanism, or "SSM", Part One of the Banking Union*, Ghent University Financial Law Institute Working Paper No. 2014-01, marzo 2014.

²¹ Si considerino le maggioranze speciali previste dal Regolamento (UE) 1093/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 novembre 2010, che istituisce l'Autorità europea di vigilanza (Autorità bancaria europea), modifica la decisione n. 716/2009/CE e abroga la decisione 2009/78/CE della Commissione, OJ L 331, 15.12.2010, pp. 12-47; art. 44.

²² M. DE BELLIS, *European financial supervision after the crisis: multi-speed models within a two-track framework*, cit..

²³ Infatti, come si vedrà più avanti, all'interno dell'SSM non esiste un unico modello di vigilanza, ma piuttosto, lo stesso SSM è costituito, al suo interno, da diversi modelli che derivano dalla ripartizione delle funzioni tra BCE e autorità nazionali.

il mercato unico europeo (eurozona e non) di alcune funzioni specifiche (sistema dei pagamenti, riciclaggio, tutela consumatori)²⁴. In questo primo modello di “*cooperazione rafforzata*”²⁵, le autorità di vigilanza competenti sono le autorità nazionali che si coordinano, all’interno dell’ESFS, con le autorità di vigilanza micro-prudenziali europee. Il modello di cooperazione rafforzata era già stato applicato nel processo di integrazione europea ai settori elettrico e delle telecomunicazioni²⁶; sebbene, questa volta, i poteri affidati alle autorità micro-prudenziali siano più ampi²⁷.

Un secondo modello di integrazione di “*supremazia*” delle autorità europee è rinvenibile nella circostanza che le autorità micro-prudenziali (europee) possono adottare provvedimenti individuali nei confronti di un’autorità nazionale, laddove (a) ricorrano situazioni di emergenza o (b) per risolvere controversie tra autorità di vigilanza nazionali (così da assicurare l’uniforme applicazione del diritto europeo). In entrambi i casi, qualora l’autorità nazionale non voglia conformarsi alla decisione, l’autorità europea può adottare un provvedimento nei confronti del singolo istituto finanziario. Sebbene, ovviamente, questo secondo aspetto perda rilevanza nel caso degli istituti

²⁴ A questo punto, appare opportuna una specificazione sul significato di “vigilanza”. Non è semplice fornire una definizione comprensiva dell’istituto giuridico. Tra le (a dir vero) poche trattazioni in materia nel panorama dottrinale italiano, si ricordano una monografia, L. ARCIDIACONO, *La vigilanza nel diritto pubblico. Aspetti problematici e profili ricostruttivi*, Padova, Cedam, 1984, e alcune considerazioni di Giannini, M.S. GIANNINI, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1981, pp. 49-50 (la vigilanza è il «controllo di legittimità sugli atti e controllo giuridico sull’attività di servizio»). Proprio a causa della difficoltà di definire con certezza il termine, il concetto di vigilanza è tendenzialmente inteso in termini ampi, salvo poi affidare all’aggettivo di accompagnamento la funzione di indicare con precisione la portata definitoria. Funzioni quali la prevenzione dei fenomeni di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo, nonché funzioni di tutela dei consumatori di servizi finanziari possono, genericamente, farsi rientrare in funzioni di vigilanza per la salvaguardia dell’interesse pubblico. L’SSM ha come oggetto non funzioni di vigilanza per così dire *generiche*, bensì funzioni di vigilanza *prudenziale* (che sono, infatti il tema principale di questo volume). L’espressione non ha origini giuridiche, bensì contabili-regolamentari in quanto è un’italianizzazione del concetto di *prudential supervision* introdotto negli anni 80 dal Comitato di Basilea. Esso si basa sull’assunto che il conformarsi a un certo standard di capitale e a certi coefficienti di bilancio diminuisca il rischio e i costi di insolvenza. L’oggetto della funzione di vigilanza prudenziale riguarda, quindi, in particolare l’adeguatezza patrimoniale e mira a regolare, e verificare attraverso opportuni controlli, le allocazioni e gli usi del patrimonio degli enti creditizi in funzione di contenimento del rischio. I principali strumenti della vigilanza prudenziale (proprio in conformità ai principi del Comitato Basilea) sono: le regole sul patrimonio di vigilanza, sul coefficiente di solvibilità (per il rischio di credito), sui requisiti patrimoniali, sui rischi di mercato e sulla vigilanza consolidata. Altri strumenti sono i limiti sulle partecipazioni delle banche e dei gruppi bancari e sugli investimenti in immobili e i sistemi di controllo interni.

²⁵ G. FERRARINI, L. CHIARELLA, *Common Banking Supervision in the eurozone: strenghts and weaknesses*, ECGI – Law Working paper n. 223/2013, 1 agosto 2013, p. 4.

²⁶ S. CASSESE, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, in E. CHITI, C. FRANCHINI (a cura di), *L’integrazione amministrativa europea*, Bologna, Il Mulino, 2003, p. 87.

²⁷ Si veda in generale, E. CHITI, *An important part of the EU’s institutional machinery: Features, problems and perspectives of European agencies*, in *Common market law review*, 2009, 1395.

bancari della zona euro (soggetti all'SSM), tale aspetto rimane rilevante ai fini della vigilanza nel caso di banche europee *fuori dall'eurozona*, così come di *istituti finanziari non bancari* (come reso evidente, ad esempio, dal recente caso Wirecard²⁸). Come si dirà più avanti, infatti, vale la pena rilevare un “peccato originale” dell'SSM, ovvero aver lasciato fuori dal perimetro *soggettivo* dell'ambito di applicazione numerosi enti il cui funzionamento ha rilevanza sistemica per la stabilità bancaria e finanziaria del mercato interno.

Infine, un modello “atipico” deriva dalla circostanza che alle autorità europee sono stati affidati ulteriori e specifici compiti. Per quanto concerne la vigilanza bancaria, all'EBA è affidata la conduzione, in collaborazione con l'ESFR, degli *stress test*²⁹ sui maggiori gruppi bancari europei a fini *macro-prudenziali*. Va rilevato che, parallelamente all'azione dell'EBA, la BCE anch'essa conduce *stress test* sulle banche sottoposte alla sua diretta vigilanza (che non rientrano nel campione EBA) a fini *micro-prudenziali*³⁰. Vale la pena rilevare che sono stati attribuiti all'EBA poteri limitati (essenzialmente di coordinamento delle rispettive autorità nazionali) in materia di antiriciclaggio e finanziamento del terrorismo. Recentemente, il Consiglio ha approvato la proposta della Commissione di creare una nuova authority interamente dedicata alla lotta al riciclaggio, piuttosto che affidare maggiori poteri all'EBA. Inoltre, la vigente legislazione europea in materia (composta da cinque direttive) verrà riorganizzata in un regolamento direttamente applicabile³¹.

²⁸ Lo scandalo Wirecard ha investito una società tedesca attiva nel settore dei pagamenti, il cui “buco” in bilancio di poco meno di €2 miliardi ha evidenziato molte problematiche, rischi di cattura delle istituzioni di vigilanza nazionali da parte degli istituti vigilati e ripercussioni negative sul corretto funzionamento del mercato unico europeo, ovvero problemi del tutto analoghi a quelli che portarono all'istituzione dell'EBU. L'SSM non è in grado di risolvere queste criticità in quanto il suo perimetro soggettivo di applicazione non comprende gli istituti di pagamento.

²⁹ Gli *stress test* sono simulazioni statistiche che mirano a far emergere potenziali criticità e perdite che le banche europee verrebbero a soffrire a seguito di un peggioramento delle condizioni economiche, sull'esempio di quanto avvenuto nel 2009 e 2010.

³⁰ Nel caso degli *stress test* condotti dalla BCE, l'eventuale comunicazione al mercato dei risultati è rimessa all'autonomia delle singole banche. Si veda la comunicazione della Banca d'Italia relativa ai *Risultati dello stress test europeo del 2018*, disponibile in <https://www.bancaditalia.it/media/notizia/risultati-dello-stress-test-europeo-del-2018>.

³¹ Il Sole 24 Ore, B. Romano, *Lotta al Riciclaggio, via libera dell'Ecofin a un'autorità europea*, 29 ottobre 2020, pg. 25. L'iter legislativo è tuttora in corso.

3. La centralizzazione delle funzioni in capo alla BCE.

Al momento della creazione dell'EBU, un tema molto controverso fu il modo in cui strutturare la vigilanza bancaria e, in particolare, a quale istituzione affidare tale funzione³². Sarebbero state possibili diverse opzioni: alcune basate su una maggiore forma di coordinamento tra le autorità nazionali; altre che presupponevano, invece, la creazione di una nuova agenzia europea di vigilanza. Simili progetti di riforma presentavano il limite o di non rispondere alla necessità di creare un sistema di vigilanza più centralizzato, o di non poter essere messe in atto senza una modifica dei Trattati in quanto il sistema giuridico attuale non consente la creazione di enti separati (i.e., agenzie) a cui affidare ampi poteri discrezionali³³.

Centralizzare la funzione di vigilanza in capo alla BCE non era una soluzione scontata; ma era, sicuramente, quella più facilmente attuabile, basandosi sull'art. 127(6) TFUE, per cui:

Il Consiglio, deliberando all'unanimità mediante regolamenti secondo una procedura legislativa speciale, previa consultazione del Parlamento europeo e della Banca centrale europea, può affidare alla Banca centrale europea compiti specifici in merito alle politiche che riguardano la vigilanza prudenziale degli enti creditizi e delle altre istituzioni finanziarie, escluse le imprese di assicurazione.

³² Per quanto riguarda le autorità dell'ESFS, gli organi decisionali delle autorità micro-prudenziali sono: il *board of supervisors*, composto dai direttori delle autorità nazionali e altri membri senza diritto di voto (ovvero, i Presidenti e rappresentanti della Commissione, della BCE, del CESR e delle altre due autorità micro-prudenziali); il *management board*, costituito dal Presidente e sei membri del *board of supervisors*, rappresentanti delle autorità nazionali che partecipano nel *board* di vigilanza e un direttore esecutivo.

³³ Sui problemi giuridici derivanti dalla delega di poteri discrezionali alle agenzie europee (c.d. processo di *agencification* e dottrina Meroni), si veda E. CHITI, *Le trasformazioni delle agenzie europee*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 1; E. CHITI, *An important part of the UE's institutional machinery: features, problems and perspective of European Agencies*, in *Common Market Law Review*, n. 46/2009; H. EKELEND, *Making Sense of the 'Agency Programme' in post-Lisbon Europe: Mapping European Agencies*, in *Central European Journal of Public Policy*, 2012, 6, 1; V. SALVATORE, *Le Agenzie tra Unione Europea e Stati membri. Oltre la sussidiarietà*, in V. SALVATORE (a cura di), *Le agenzie dell'Unione Europea: profili istituzionali e tendenze evolutive*, Pavia, Polo Interregionale di Eccellenza Jean Monnet, 2011, p. 17; C. NICOLSI, *Agencification ed equilibrio istituzionale europeo: brevi considerazioni sul "meccanismo di risoluzione unico"*, in *Federalismi.it*, 2017, 3.

Sebbene fosse controverso se tale norma effettivamente permettesse la delega delle funzioni di vigilanza prudenziale alla BCE³⁴, è indubbio che una tale soluzione non risultava incompatibile con una lettura sistematica delle norme.

Nonostante la maggiore semplicità della soluzione, affidare le funzioni di vigilanza alla BCE presentava, comunque, delle criticità. Un primo aspetto problematico riguarda il fatto che affidare alla BCE il ruolo centrale nel nuovo sistema di vigilanza implica necessariamente l'applicazione del nuovo regime alla sola area euro piuttosto che all'intera Unione³⁵. All'interno della zona euro, l'adesione al SSM è obbligatoria e, analogamente all'unione monetaria³⁶, gli Stati non-euro sono considerati "Stati membri in deroga"³⁷.

Come già detto, questa problematica non è stata risolta nella versione finale dell'SSM, se non inserendo la possibilità di una *cooperazione stretta*³⁸, ovvero l'adesione facoltativa all'SSM da parte degli Stati non-euro. In virtù del regime di cooperazione stretta, uno Stato non euro che richiede di essere incluso nell'SSM, rende tale meccanismo interamente applicabile all'interno del suo territorio. Tale Stato membro diventa così "Stato partecipante" al pari dei Paesi euro³⁹. Tuttavia, va rilevato che gli Stati aderenti all'euro sono *irreversibilmente* soggetti all'SSM. Nel regime di collaborazione stretta, invece, è prevista una clausola di interruzione, che può essere attivata, in modo volontario e discrezionale, sia da parte degli Stati partecipanti, che sulla base di una decisione della BCE⁴⁰.

³⁴ E. WYMEERSCH, *The Single Supervisory Mechanism*, cit..

³⁵ J. CARMASSI, C. DI NOIA, S. MICOSI, *Banking Union: A Federal Model for the European Union with Prompt Corrective Action*, in *CEPS Policy Brief*, 18 settembre 2012, No. 282.

³⁶ Si veda TFUE art. 139.

³⁷ Tuttavia, a differenza di quanto previsto per l'adesione alla moneta unica, un'eventuale richiesta di partecipazione all'SSM da parte dei Paesi non euro va vagliata e autorizzata dalla BCE.

³⁸ La cooperazione stretta (*close cooperation*) va distinta dalla cooperazione rafforzata (*enhanced cooperation*), prevista dall'art. 20 del Trattato dell'UE (TUE). Si veda la Decisione della Banca centrale europea, del 31 gennaio 2014, sulla cooperazione stretta con le autorità nazionali competenti degli Stati membri partecipanti la cui moneta non è l'euro (BCE/2014/5), GU L 198 del 5.7.2014, pp. 7–13.

³⁹ Negli Stati partecipanti l'SSM viene applicato sulla base di accordi per cui l'autorità nazionale dà attuazione all'SSM e alle decisioni della BCE. L'autorità nazionale ha l'obbligo di agire in accordo con le norme del regolamento e le istruzioni fornite dalla BCE.

⁴⁰ In caso in cui l'organo di vigilanza nazionale non dia atto dei requisiti prudenziali o delle istruzioni della BCE, quest'ultima predisporrà un avvertimento e, in caso di mancata esecuzione, ha facoltà di sospendere o terminare l'accordo di cooperazione. È prevista una procedura speciale nel caso in cui un Paese non euro presenti delle obiezioni presso il Consiglio Direttivo della BCE. L'interruzione volontaria dell'accordo di cooperazione da parte dello Stato partecipante non può avvenire nei primi tre anni dell'accordo, né si può reinstaurare un accordo di cooperazione stretta

Un ulteriore problema che scaturiva dall'affidare la funzione di vigilanza alla BCE derivava nell'accentramento, in un unico organo, delle funzioni di politica monetaria e di vigilanza, andando così incontro a potenziali rischi tecnici e reputazionali derivanti dall'intreccio delle due funzioni. Tuttavia, al momento della costituzione dell'EBU, quando era ormai divenuto impellente dare risposte a una crisi divenuta ormai anche *sovrana*, il coinvolgimento della BCE (ovvero, il flusso informativo tra l'azione di vigilanza e monetaria) appariva auspicabile e perfino necessario per monitorare (ed eventualmente attenuare) i disequilibri del sistema finanziario nel suo complesso.

Affidare la funzione di vigilanza alla BCE aspirava a raggiungere un equilibrio tra la centralizzazione delle funzioni di vigilanza e il coinvolgimento (ancora) delle autorità nazionali all'interno di un *network* in cui però, al contrario dell'ESFS, fosse ancor più definito il ruolo centrale della BCE. Le autorità nazionali avrebbero offerto ausilio alla vigilanza centralizzata della BCE e avrebbero potuto mantenere i loro tradizionali compiti di vigilanza (con seppure delle nuove limitazioni) solo in un segmento fortemente localizzato del mercato bancario (i c.d. istituti meno significativi o LSI, *less significant institutions*). La BCE in quanto organo centrale a capo della vigilanza prudenziale (ma lo stesso vale per l'agenzia di risoluzione del secondo pilastro) ha, inoltre, poteri di regolamentazione in ambiti specifici, tra cui spicca il Regolamento Quadro. La BCE ha il potere generale di adottare regolamenti, anche se limitatamente al modo in cui “vengono svolte le funzioni di vigilanza e vengono adottate le decisioni di vigilanza da parte delle autorità nazionali”⁴¹.

Come sopra rappresentato, la possibilità di conferire alla BCE specifiche funzioni vigilanza prudenziale è prevista dall'art. 127 TFUE che inoltre tenta di stabilire un equilibrio tra i rischi e i vantaggi dell'accentramento delle due politiche (monetaria e di vigilanza) entrambe in capo alla BCE. Da una parte, l'art. 127 TFUE tutela la competenza primaria (quella monetaria) della BCE, stabilendo che eventuali funzioni di vigilanza prudenziale in capo alla BCE siano soggette a precisi

nei tre anni successivi a un'interruzione. Sebbene lo Stato membro non faccia parte del Consiglio Direttivo, sarà comunque membro del Consiglio di Vigilanza (vedi testo *infra*).

⁴¹ Regolamento (UE) n. 1024/2013 del Consiglio, del 15 ottobre 2013 (SSM Reg.), che attribuisce alla Banca centrale europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi, OJ L 287, 29 ottobre 2013, pp. 63–89 (da qui in avanti, *SSM Reg.*); art. 6(5); si veda anche l'art. 4(3) per cui “La BCE può inoltre adottare regolamenti solo nella misura in cui ciò sia necessario per organizzare o precisare le modalità di assolvimento dei compiti attribuiti dal presente regolamento”.

limiti sia procedurali (unanimità del Consiglio) che, sostanziali (limitazione a compiti specifici⁴², esclusione del settore assicurativo). Dall'altra parte, l'art. 127 TFUE comunque fornisce una base giuridica per l'espansione delle competenze dell'Unione e appare, quindi, una solida base giuridica su cui fondare l'adozione del Regolamento (UE) n. 1024/2013 del Consiglio, del 15 ottobre 2013 (SSM Reg.) teso a instaurare una più intensa "integrazione delle responsabilità di vigilanza"⁴³ tra l'Unione e gli Stati membri che possa, quindi, considerare sia gli effetti della stabilità degli istituti bancari sui bilanci pubblici, sia gli effetti della (in)stabilità finanziaria sulla politica monetaria⁴⁴.

Per ovviare ai timori di un'eccessiva ingerenza della funzione di vigilanza su quella monetaria (e viceversa), si adottarono precauzioni per far sì che i due ambiti fossero chiaramente separati⁴⁵.

4. Il perimetro di applicazione della vigilanza dell'SSM.

L'SSM esercita le proprie funzioni di vigilanza sugli "enti creditizi" *significativi* (SI). Per quanto riguarda la definizione di "ente creditizio", essa si ricava dal diritto europeo, che definisce tali le imprese la cui attività consiste nel raccogliere depositi o altri fondi rimborsabili dal pubblico e nel concedere crediti per proprio conto⁴⁶.

⁴² Tuttavia, va rilevato che l'SSM Reg. non è sempre perfettamente riconciliabile con le clausole dei Trattati. Ad esempio, il limite sostanziale che, in tema di vigilanza, si affidino alla BCE esclusivamente "compiti specifici" appare, in realtà, del tutto formale in quanto la vasta gamma di competenze affidate alla BCE riguarda tutti i principali compiti esecutivi previsti dal diritto unitario nell'ambito della vigilanza prudenziale degli istituti creditizi. Inoltre, da un punto di vista più generale, sia la decisione di affidare alla BCE compiti di vigilanza solo per alcuni Stati membri e solo per alcuni istituti (bancari piuttosto che, ad esempio, attivi nel sistema dei pagamenti), sia la sovrapposizione di alcune funzioni tra l'EBA e la BCE, ha messo in dubbio l'efficacia dell'approccio rispetto al perseguimento dell'obiettivo generale di tutela e rafforzamento del mercato unico.

⁴³ SSM Reg., considerando 5.

⁴⁴ È interessante notare le differenze nelle fondamenta giuridiche, da una parte, dell'SSM Reg. e, dall'altra, del Regolamento EBA. Quest'ultimo, infatti è fondato sull'art. 114 TFUE e le misure di *ravvicinamento* da esso previste. In quest'ottica, la stabilità finanziaria rimane un obiettivo dei sistemi di vigilanza *nazionali* e quella del mercato unico può essere perseguita attraverso accordi specifici che assicurino l'armonizzazione delle regole nazionali. In altre parole, nessuna misura di *ravvicinamento* basata sull'art. 114 TFUE potrebbe superare (o addirittura rimuovere) l'esistenza dei sistemi di vigilanza nazionali, come invece disposto dall'SSM Reg..

⁴⁵ SSM Reg., *cit.*, artt. 19 (indipendenza), 25 (separazione dalla politica monetaria) e 27 (segreto professionale e scambio di informazioni).

⁴⁶ Si veda l'SSM Reg., art. 2(3) che rimanda al CRR che modifica il regolamento (UE) n. 648/2012, GU L 176 del 27.6.2013, pagg. 1–337, art. 4(1). In alcuni Stati membri tale definizione non è del tutto applicabile: alcune entità

La significatività degli enti creditizi è valutata sulla base: (1) delle dimensioni, (2) dell'importanza per l'economia dell'Unione o di uno Stato membro e (3) della significatività delle attività transfrontaliere.

Salvo casi particolari⁴⁷, il criterio della significatività delle banche è definito sulla base di diversi criteri:

- a) il valore totale delle attività supera i 30 miliardi di euro (c.d. «soglia dimensionale»)⁴⁸;
- b) il rapporto tra il valore totale delle attività e il prodotto interno lordo dello Stato in cui l'ente è localizzato è superiore a 20% (c.d. «soglia dell'importanza economica nazionale»)⁴⁹;
- c) la notifica alla BCE, da parte dell'autorità nazionale, che quest'ultima considera un soggetto vigilato come significativo in riferimento alla propria economia nazionale, sebbene non soddisfi i due precedenti requisiti⁵⁰; in questo caso la BCE potrà decidere di estendere i suoi compiti di vigilanza anche sull'ente segnalato;
- d) il valore totale delle attività di un ente transfrontaliero (i.e, le cui attività si estendono in più di un altro Stato membro partecipante) è superiore ai 5 miliardi di euro e, inoltre il rapporto tra le attività transfrontaliere e le attività totali è superiore al 20%, oppure il rapporto tra le passività transfrontaliere e le passività totali è superiore al 20%; in questo caso la BCE potrà decidere di estendere i suoi compiti di vigilanza anche sull'ente transfrontaliero⁵¹;
- e) la richiesta, tramite lo Stato membro, della concessione di assistenza finanziaria attraverso il MES⁵²;
- f) il fatto che la banca sia uno dei tre enti creditizi o gruppi vigilati più significativi in uno Stato membro partecipante⁵³; in questo caso la BCE decide, di anno in anno, se estendere i suoi compiti di vigilanza anche su tali enti.

ufficialmente qualificate come “banche” ricevono depositi senza tuttavia concedere crediti; analogamente altri istituti concedono crediti senza ricevere depositi dal pubblico. Non rientrando nella definizione sopra citata, tali enti sono esclusi dall'SSM.

⁴⁷ SSM Reg, *cit.*, art 70 e ss.

⁴⁸ SSM Reg, *cit.*, art 50 e ss.

⁴⁹ SSM Reg, *cit.*, art 56 e ss.

⁵⁰ SSM reg, *cit.*, art 58.

⁵¹ SSM Reg, *cit.*, art 59 e ss.

⁵² SSM Reg, *cit.*, art 61 e ss.

⁵³ SSM reg, op. cit., art 65 e ss.

Gli enti creditizi che non soddisfano nessuno di tali criteri sono considerati “meno significativi” (*less significant*) e soggetti alla vigilanza delle autorità nazionali⁵⁴, le quali adotteranno tutte le necessarie decisioni relative alla vigilanza⁵⁵. La vigilanza delle filiali di banche di Stati non partecipanti al SSM spetta alla BCE se si tratta di “filiali significative”, altrimenti è di competenza delle autorità nazionali⁵⁶. Filiali stabilite in diversi Stati membri sono da considerarsi enti distinti⁵⁷.

In pratica, dal punto di vista dell'*efficacia* dell'azione di vigilanza, il perimetro di applicazione del SSM risulta “limitato”, sia dal punto di vista *soggettivo*, che (seppur in misura minore) *oggettivo*.

Come sopra accennato, dal punto di vista *oggettivo*, le finalità di contrasto al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo, nonché la tutela dei consumatori rimangono (almeno per il momento) di competenza delle autorità nazionali. Tali compiti, infatti, rimangono fuori dal perimetro applicativo della vigilanza prudenziale, ovvero fuori dalla portata applicativa dell'SSM. Va da sé che le menzionate finalità potrebbero, se non perseguite, generare rischi per le banche: si pensi per esempio alle sanzioni che potrebbero essere imposte ad una banca a motivo della mancata osservanza di norme a tutela dei consumatori. In tal caso la sanzione recherebbe una perdita patrimoniale e un danno reputazionale rilevanti senz'altro ai fini di vigilanza prudenziale esercitata dalla BCE.

Dal punto di vista *soggettivo* (nonostante l'attribuzione delle funzioni di vigilanza supplementare alla BCE) rimangono esclusi dall'SSM istituti la cui rilevanza per la stabilità del sistema finanziario (*lato sensu*) e bancario (*stricto sensu*) non andrebbe sottovalutata. In particolare, non sono soggetti al SSM: (1) istituti bancari non compresi nell'area euro (tuttavia, se compresi nell'UE, saranno comunque soggetti alla vigilanza del ESFS e (2) istituti finanziari non bancari, i quali non possono qualificarsi come ‘istituti di credito’ ai fini della legislazione⁵⁸, nonostante la loro rilevanza sistemica sia spesso significativa e i legami con il mondo bancari spesso strettissimi.

⁵⁴ Questo sarà, ad esempio, il caso dei gruppi bancari il cui totale delle attività non supera i 5 miliardi di euro o istituti che, seppur rientrando nelle categorie, sono comunque soggetti alle eccezioni di cui agli artt. 70 e ss. del Regolamento quadro SSM.

⁵⁵ SSM Reg., *cit.*, art. 6(6).

⁵⁶ SSM Reg., *cit.*, artt 4(2) e 6(4). Si veda Regolamento quadro SSM, op. cit., art. 14.

⁵⁷ SSM Reg., *cit.*, artt 4(2) e 6(4). Si veda Regolamento quadro SSM, op. cit., art. 14.

⁵⁸ In questo caso, CRR, art. 4(1)(1).

Il settore assicurativo é espressamente escluso sia dall'art. 127(6) del Trattato (in base al quale sono stati affiati alla BCE i compiti di vigilanza), sia dall'ambito della vigilanza consolidata (sebbene, alcuni di tali istituti sono soggetti alla 'vigilanza supplementare' sulla base della direttiva sui conglomerati finanziari⁵⁹).

Anche le controparti centrali, come regolate dall'EMIR (European Market Infrastructure Regulation)⁶⁰, sono espressamente escluse dalla vigilanza della BCE, sebbene tali enti concentrino una notevole quantità di rischio del sistema finanziario⁶¹.

Infine, le istituzioni del settore pubblico (*i.e.*, istituzioni specializzate finanziate dallo Stato) sono escluse sia dalla vigilanza che dalla regolamentazione prudenziale della BCE.

5. L'SSM e le autorità di vigilanza nazionali.

L'SSM Reg. sancisce che *«la BCE ha competenza esclusiva nell'assolvimento dei compiti seguenti, a fini di vigilanza prudenziale, nei confronti di tutti gli enti creditizi stabiliti negli Stati membri partecipanti»*⁶².

Tale principio di competenza esclusiva è ulteriormente sviluppato nella distinzione tra due "livelli" o ambiti di applicazione, uno in cui la BCE è l'organo di vigilanza (che svolge tale attività con un limitato ausilio da parte delle autorità nazionali), e un altro in cui sono le autorità nazionali a svolgere tale ruolo (con la BCE che svolge un attivo ruolo di *oversight* e coordinazione)⁶³.

⁵⁹ Direttiva 2002/87/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2002, relativa alla vigilanza supplementare sugli enti creditizi, sulle imprese di assicurazione e sulle imprese di investimento appartenenti ad un conglomerato finanziario e che modifica le direttive 73/239/CEE, 79/267/CEE, 92/49/CEE, 92/96/CEE, 93/6/CEE e 93/22/CEE del Consiglio e le direttive 98/78/CE e 2000/12/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, GU L 35 dell' 11.2.2003, pagg. 1–27. Si fa riferimento al ruolo della BCE rispetto ai conglomerati finanziari anche nel SSM Reg., art. 4(1)(h).

⁶⁰ Regolamento (UE) n. 648/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 luglio 2012, sugli strumenti derivati OTC, le controparti centrali e i repertori di dati sulle negoziazioni, GU L 201 del 27 luglio 2012, pagg. 1–59.

⁶¹ Si veda l'SSM Reg. art. 1, para 2.

⁶² SSM Reg.op. cit., art. 4(1).

⁶³ Si v., BANCA CENTRALE EUROPEA, *Manuale di vigilanza dell'MVU Vigilanza bancaria europea: funzionamento dell'MVU e approccio di vigilanza*, p. 15 (Nell'espletamento dei suoi compiti di supervisione, la BCE opera in stretto raccordo con le ANC - Autorità Nazionali Competenti (NCA). ... L'azione di supervisione della BCE consiste nella definizione di standard comuni per la vigilanza esercitata dalle ANC sugli LSI (enti meno significativi), nella raccolta delle informazioni dalle ANC e nella loro elaborazione, nonché nella conduzione di analisi tematiche. ... In questo contesto, la funzione di supervisione della BCE nei confronti della vigilanza delle ANC sugli LSI mira a identificare gli enti fragili e ad assicurare standard di vigilanza elevati e coerenti nell'ambito

La linea di demarcazione tra i due ambiti di applicazione della funzione di vigilanza (nazionale o della BCE) viene tracciata principalmente sulla base del criterio della “*significatività*” delle banche da vigilare. Vale, però, la pena rilevare che, anche nel caso in cui la funzione di vigilanza è esercitata principalmente dalle autorità nazionali, la portata del ruolo della BCE risulta molto più pervasiva rispetto ad altri settori precedentemente interessati dal processo di armonizzazione e integrazione europeo (uno su tutti, il diritto della concorrenza⁶⁴); basti pensare che la BCE ha facoltà di estendere, in via discrezionale, la propria funzione di vigilanza sui soggetti originariamente posti sotto la competenza delle autorità nazionali.

Una delle grandi novità dell'SSM è che esso introduce un *meccanismo* di funzionamento molto differente dai precedenti modelli di coordinamento tra i due livelli decisorii (europeo e nazionale). La novità sta nel fatto che, diversamente dai precedenti modelli, il *meccanismo* non è riassumibile in *un solo* schema o modello di collaborazione, bensì una *moltitudine* di livelli di interazione (o di integrazione amministrativa europea) esistono contemporaneamente, senza che nessuno prevalga sugli altri⁶⁵. È proprio l'insieme di questo composito gruppo di modelli di relazione (*rectius*, di integrazione amministrativa) tra il livello nazionale e quello europeo che prende il nome di *meccanismo* e rappresenta una novità assoluta per il diritto amministrativo europeo.

Esistono ben cinque modelli di integrazione amministrativa contemporaneamente presenti all'interno dell'SSM, più uno ulteriore, peculiare, relativo al processo sanzionatorio.

Il primo modello è basato sulla *separazione delle funzioni*, per cui la funzione di vigilanza (prudenziale) è affidata in via esclusiva alla BCE e le autorità nazionali svolgono un ruolo meramente ausiliario. Questo è il modello relazionale in vigore per gli istituti di credito significativi

dell'MVU. La BCE espleta tale funzione di supervisione adottando un approccio proporzionale e orientato ai rischi. ... Analogamente, la BCE è coinvolta nella gestione delle crisi degli LSI tramite le attività di supervisione condotte in tale ambito.)

⁶⁴ Nell'ambito del diritto della concorrenza, il riparto delle competenze tra Commissione e autorità nazionali prevede che queste ultime gestiscano in autonomia, senza supervisione da parte della Commissione, le procedure di infrazione del diritto nazionale della concorrenza o di verifica ex-ante in caso di acquisizioni. La Commissione ha facoltà di avocare a sé i procedimenti in cui il mercato rilevante investe più di uno Stato membro (o, in casi eccezionali, anche se il mercato rilevante coincide con la totalità del territorio di uno Stato membro e le pratiche commerciali in esame sono tali da influenzare il commercio tra gli Stati membri). In nessun caso, però, le autorità nazionali agiscono in funzione servente in procedimenti di competenza della Commissione.

⁶⁵ F. GIGLIONI, *The European Banking Union as a new model of administrative integration?*, in E. CHITI, G. VESPERINI (a cura di), *The Administrative Architecture of Financial Integration*, cit.; M. MACCHIA, *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, cit.

(che sono, infatti, sottoposti alla vigilanza esclusiva della BCE). Tuttavia, la BCE può decidere (in via discrezionale) di estendere i suoi poteri di vigilanza anche su istituti non significativi, previa consultazione con le autorità nazionali.

Un secondo modello è quello della *supremazia*. La BCE emana regolamenti, linee guida e istruzioni in riferimento alle funzioni di vigilanza delle autorità nazionali sugli istituti meno significativi. Tale modello è simile a quello di *integrazione decentralizzata*, in cui le autorità nazionali operano all'interno di un quadro stabilito dagli organi europei (in questo caso, la BCE). Esempio di questo modello è la vigilanza sulle banche c.d. meno-significative⁶⁶. Come già detto, i compiti di vigilanza su tali istituti è affidato alle autorità nazionali. Tale attività di vigilanza, tuttavia, si svolge all'interno dei regolamenti della BCE, nonché delle linee guida e delle istruzioni generali che la BCE indirizzerà loro circa le modalità di svolgimento dell'attività di supervisione⁶⁷ (e non si dimentichi che la BCE può decidere in via discrezionale di estendere le proprie funzioni di vigilanza anche su banche meno-significative⁶⁸).

Il terzo modello è basato sulla *collaborazione*⁶⁹. Le autorità nazionali operano come organi ausiliari della BCE, contribuendo affinché essa raggiunga specifici obiettivi e –in alcuni casi– gestendo fasi rilevanti di procedure complesse. Tale modello assomiglia a quello di *co-amministrazione*. Ad esempio, nella procedura di autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria⁷⁰ le autorità nazionali verificano che sussistano i requisiti necessari e preparano una proposta di decisione per il vaglio della BCE (a cui spetta la decisione finale)⁷¹. Analoghi esempi sono le

⁶⁶ F. GIGLIONI, *The European Banking Union as a new model of administrative integration?*, cit.; M. MACCHIA, *Integrazione amministrativa*, cit., capitolo 3.

⁶⁷ Tale modello di integrazione promuove il coordinamento attraverso la condivisione di funzioni originariamente affidate alle autorità nazionali, con il risultato che gli interessi nazionali sono perseguiti in accordo con quelli europei.

⁶⁸ SSM Reg., cit., art. 6(5)(c) e Regolamento quadro MVU artt. 97 e 98. Si veda anche Regolamento (UE) n. 468/2014 della Banca Centrale Europea del 16 aprile 2014 (SSM FR. Reg.), art. 7 secondo cui la BCE può imporre che funzionari nazionali, a parte i funzionari dell'ente di vigilanza di quella banca, siano inclusi nella squadra di vigilanza. Tale approccio pensato per le banche significative (art. 5) è applicabile anche a quelle meno significative.

⁶⁹ F. GIGLIONI, *The European Banking Union as a new model of administrative integration?*, cit.; M. MACCHIA, *Integrazione amministrativa*, op. loc. cit..

⁷⁰ SSM Reg., cit., art. 14.

⁷¹ Tuttavia, la revoca dell'autorizzazione all'attività bancaria segue invece il modello precedente, quello della *supremazia*. Tale decisione è, infatti, di esclusiva competenza della BCE, sebbene vige l'obbligo di consultazione con l'autorità nazionale. Si veda, BANCA CENTRALE EUROPEA, *Manuale di vigilanza dell'MVU*, cit., p. 54. È chiara la logica politica dietro tale scelta: nonostante le conseguenze sul mercato vadano considerate su base locale (incluso le

transazioni relative all'acquisizione di quote di rilevanza in banche (sia grandi che piccole) che devono essere valutate, prima, dall'autorità nazionale, sulla base del diritto nazionale e, solo successivamente, dalla BCE che si esprime sulla compatibilità con il diritto europeo. In generale, questo modello basato sulla cooperazione si riscontra ogni qualvolta sia prevista la partecipazione delle autorità nazionali nel processo decisorio della BCE. La partecipazione delle autorità nazionali è sia procedurale (ad esempio, sussiste in capo alla BCE l'obbligo di consultare preventivamente le autorità nazionali prima di dare esecuzione alle misure di vigilanza) che organizzativa (ad esempio, la presenza dei rappresentanti delle autorità nazionali nel consiglio di vigilanza). Lo si può riscontrare anche nei procedimenti di revoca dell'esercizio dell'attività bancaria, decisione di competenza della BCE, che può agire di propria iniziativa (nel cui caso, il procedimento mantiene una dimensione sovranazionale, nonostante l'intervento partecipativo e consultivo dell'autorità nazionale) o su iniziativa delle autorità nazionali (le quali avvieranno il procedimento e predisporranno una proposta di decisione, in un *iter* che somiglia molto a quello di autorizzazione)⁷².

Un quarto modello è basato sulla *cooperazione*⁷³. La BCE e le autorità nazionali hanno l'obbligo di scambiarsi membri dei rispettivi *staff* e informazioni rilevanti ottenute nel corso delle rispettive funzioni. In particolare, gli scambi tra *staff* hanno dinamiche sia orizzontali (tra le autorità nazionali) che verticali (dall'autorità nazionale alla BCE, o viceversa). Tale modello favorisce la creazione di una cultura europea comune della vigilanza⁷⁴. Altro presupposto della *cooperazione* è che le autorità nazionali forniscano la necessaria assistenza (incluso, mettere a disposizione i propri funzionari) affinché la BCE possa svolgere le sue funzioni di vigilanza ispettiva e investigativa.

modifiche strutturali degli assetti proprietari di una banca), è comunque necessaria una valutazione della BCE che tenga conto dei possibili effetti sul mercato settore dell'unione.

⁷² Si veda, M. MACCHIA, *Integrazione amministrativa*, op. cit., pagg. 115-117.

⁷³ F. GIGLIONI, *The European Banking Union as a new model of administrative integration?*, cit.; M. MACCHIA, *Integrazione amministrativa*, op. loc. cit..

⁷⁴ Obiettivo già perseguito nel sistema precedente attraverso il comitato della vigilanza bancaria europea. Si veda, L. DRAGOMIR, *European prudential banking regulation and supervision. The legal dimension*, New York, Routledge, 2010, pp. 217-224.

Un quinto modello è rinvenibile nell'ambito del procedimento sanzionatorio⁷⁵, il quale prevede poteri sanzionatori diretti in capo alla BCE nel caso di violazione del diritto UE direttamente applicabile (o di decisioni o regolamenti della stessa BCE) e qualora la sanzione abbia natura pecuniaria⁷⁶. Diversamente, ovvero, nei casi di violazioni (anche da parte di enti significativi) di direttive europee (e relativa normativa nazionale di ricezione), violazione di norme di diritto amministrativo nazionali, o di sanzioni di natura non pecuniaria, si può individuare un ulteriore modello *di impulso* di interazione/integrazione tra la BCE e le autorità nazionali. In questi casi, infatti, la BCE dovrà sollecitare le autorità nazionali affinché diano avvio al procedimento. La gestione del procedimento e l'accertamento della sanzione sono di competenza delle autorità nazionali che decidono l'eventuale irrogazione della sanzione del tutto autonomamente dalla BCE⁷⁷. Tanto è vero che la sanzione eventualmente erogata è ascrivibile in capo all'autorità nazionale, avverso cui sono esperibili i rimedi previsti dal diritto nazionale⁷⁸. Vale la pena rilevare due elementi. In primo luogo, le autorità nazionali potranno avviare il relativo procedimento esclusivamente se è la BCE a chiederlo⁷⁹. In secondo luogo, occorre fare una precisazione su cosa rientri nella qualifica di "atti UE direttamente applicabili" (la violazione dei quali rientra nei poteri sanzionatori diretti della BCE). Infatti, se considerassimo rilevanti solo decisioni e regolamenti (secondo la tradizionale classificazione delle fonti europee), ovvero escludendo le normative nazionali di recepimento delle direttive europee, sorgerebbe un'asimmetria⁸⁰ rispetto all'art 4 para. 3 del Reg. SSM, in base al quale: *«la BCE la BCE applica tutto il pertinente diritto dell'Unione e, se tale diritto dell'Unione è composto da direttive, la legislazione nazionale di recepimento di tali direttive. Laddove il pertinente diritto dell'Unione sia costituito da regolamenti e al momento tali regolamenti concedano esplicitamente opzioni per gli Stati membri, la BCE applica anche la legislazione nazionale di esercizio di tali opzioni»*.

Siamo, quindi, in presenza di un modello di integrazione che solo in apparenza lascia una certa autonomia alle autorità nazionali, in quanto permette alla BCE sia un forte ruolo di impulso

⁷⁵ Si veda, M. CLARICH, *Le sanzioni amministrative bancarie nel meccanismo di vigilanza unico*, in *Banca Impresa e Società*, 2014, 2.

⁷⁶ Art. 18, SSM Reg., artt. 123-128 Regolamento Quadro.

⁷⁷ Art. 18, par. 5, SSM Reg. art. 134 Regolamento Quadro.

⁷⁸ Si veda, M. MACCHIA, *Integrazione amministrativa*, cit., pp. 123-132.

⁷⁹ Si veda, M. MACCHIA, *Integrazione amministrativa*, cit., pp. 127-128.

⁸⁰ Si veda, M. MACCHIA, *Integrazione amministrativa*, cit., pp. 125-126.

ex-ante, sia di applicare il proprio potere sanzionatorio diretto anche nei casi di violazione delle norme nazionali di recepimento. I poteri delle autorità nazionali risultano, quindi, ulteriormente ridimensionanti, sebbene il criterio di ripartizione delle competenze è la natura (sovrana nazionale o nazionale) del diritto violato. Per la prima volta, quindi, a un organo europeo viene affidato il compito di applicare il diritto nazionale. Prima dell'SSM, infatti, i modelli di integrazione amministrativa erano basati su una separazione delle funzioni che rispecchiava la fonte del diritto (nazionale o europea), cosicché spettava sempre alle autorità nazionali applicare il diritto nazionale⁸¹. Tra le tante innovazioni è, forse, questo il tratto più originale dell'SSM.

Infine, nell'ambito delle decisioni macro-prudenziali (ad esempio, i requisiti anti-ciclici), esiste un ulteriore modello di interazione/integrazione tra i due livelli decisorii, che potremmo dire *di obiezione e considerazione*⁸². Se le misure sono adottate dalle autorità nazionali, esse dovranno essere notificate alla BCE che può sollevare obiezioni (che saranno, a loro volta, valutate dalle autorità nazionali). Se è la BCE a ritenere necessario applicare requisiti prudenziali più elevati o misure più stringenti di quelle nazionali, saranno le autorità nazionali a poter obiettare (e la BCE prenderà tali obiezioni in considerazione)⁸³.

6. I compiti di vigilanza prudenziale della BCE..

L'SSM Reg. attribuisce alla BCE compiti di vigilanza sia di tipo microprudenziale che di tipo macroprudenziale.

I compiti di vigilanza microprudenziale, di competenza esclusiva della BCE, sono quelli più estesi e trovano analitica disciplina all'art. 4, par. 1, del SSM Reg.. In particolare, spetta alla BCE: *a)* rilasciare o revocare l'autorizzazione agli enti creditizi; *b)* autorizzare l'apertura di una succursale di

⁸¹ M. CLARICH, *I poteri di vigilanza della Banca centrale europea*, in *Diritto pubblico*, 2013, pp. 986-987. Vale anche la pena rilevare che i poteri della BCE non sono limitati all'applicazione di regole vincolanti, ma presuppongono anche un certo margine discrezionale, si veda C. BRESCIA MORRA, *From the Single Supervisory Mechanism to the Banking Union. The role of the ECB and the Eba*, Luiss Working Paper, n. 2, 2014, 16.

⁸² F. GIGLIONI, *The European Banking Union*, cit.

⁸³ Si veda il Considerando 24 secondo cui i requisiti macro-prudenziali dell'SSM Reg. hanno precedenza su specifiche norme in altri atti dell'Unione, come il CRR (ad esempio, l'art. 458) o la CRD (ad esempio l'art. 133).

un ente creditizio all'interno dell'Unione Europea ma al di fuori dell'SSM; *c)* valutare le notifiche di acquisizione e di cessione di partecipazioni qualificate in enti creditizi; *d)* assicurare il rispetto della normativa rilevante in materia di requisiti prudenziali relativamente a fondi propri, cartolarizzazione, limiti ai grandi rischi, liquidità, leva finanziaria; *e)* assicurare la presenza di dispositivi di governo societario anche in riferimento ai requisiti di professionalità e onorabilità delle persone responsabili dell'amministrazione degli enti creditizi così come in ordine ai processi di gestione del rischio; *f)* effettuare le valutazioni prudenziali, ivi incluse le prove di stress (in coordinamento con l'EBA); *g)* estendere la vigilanza anche nei confronti alle imprese "madri" (società di partecipazione finanziaria e società di partecipazione finanziaria mista) di un ente sottoposto alla propria vigilanza; *h)* esercitare compiti di vigilanza supplementare nel contesto dei conglomerati finanziari e della normativa agli stessi applicabili; *i)* esercitare la vigilanza sui piani di risanamento e sulle misure di intervento precoce nel caso di violazione o di rischio di violazione dei requisiti prudenziali applicabili.

Come già evidenziato, nell'ambito di una stretta cooperazione con le autorità nazionali competenti, la BCE svolge i descritti compiti micropudenziali (tendenzialmente) nei confronti dei soggetti c.d. "*significant*", eccezion fatta per l'autorizzazione (e la revoca) all'accesso all'attività bancaria nonché per l'acquisito di partecipazioni nelle banche degli Stati partecipanti. In tali ultimi casi, infatti, la BCE svolge i propri compiti nei confronti di tutte le banche degli Stati membri partecipanti⁸⁴.

Per quanto concerne i compiti di vigilanza macroprudenziale, spetta alle autorità nazionali competenti, ove ritenuto opportuno o necessario, applicare requisiti in materia di riserve di capitale aggiuntivi rispetto a quelli fissati a livello europeo, miranti ad affrontare più adeguatamente i rischi sistemici o macroprudenziali. In tali casi, la decisione dell'autorità nazionale dovrà essere previamente notificata alla BCE, le cui eventuali obiezioni dovranno comunque essere tenute in debita considerazione prima di adottare la decisione finale⁸⁵.

⁸⁴ Art. 6, par. 4, dell'SSM Reg. Ai sensi dell'art. 2, n. 1), dell'SSM Reg., per "Stato membro partecipante" si intende «uno Stato membro la cui moneta è l'euro oppure uno Stato membro la cui moneta non è l'euro che ha instaurato una collaborazione stretta» ai sensi dell'art. 7 del medesimo Regolamento.

⁸⁵ Art. 5, par. 1, del SSM Reg..

Specularmente, l'art. 5, par. 2, dell'SSM Reg. attribuisce alla BCE, in luogo delle autorità nazionali competenti, il compito di stabilire requisiti in materia di riserve di capitale più rigorosi rispetto a quelli applicati a livello nazionale, miranti ad affrontare più adeguatamente i rischi sistemici o macroprudenziali.

I compiti di vigilanza (micro e macro) prudenziale sommariamente elencati sono molto ampi, ma, tuttavia, devono essere esercitati nel rispetto delle competenze anche esclusive di cui risultano titolari le altre istituzioni e agenzie europee, nonché le autorità nazionali competenti.

Al riguardo, è sufficiente richiamare la già evidenziata separazione tra le funzioni di regolamentazione, attribuite all'EBA in stretta collaborazione con la Commissione Europea, e i compiti di vigilanza assegnati (principalmente) alla BCE⁸⁶.

Quanto alle persistenti competenze delle autorità nazionali di vigilanza, si consideri, ad esempio, che i compiti della BCE non si estendono (tra l'altro) alle questioni inerenti la tutela del consumatore e la lotta contro il riciclaggio⁸⁷. Inoltre, eccezion fatta per i casi già richiamati della concessione e revoca delle licenze bancarie nonché dell'acquisito di partecipazioni nelle banche degli Stati partecipanti, i compiti di vigilanza diretta della BCE restano circoscritti agli enti creditizi c.d. "*significant*". Ne deriva che le autorità nazionali competenti continuano a svolgere le funzioni di vigilanza diretta in relazione agli enti creditizi c.d. "*non significant*".

Tale conclusione, tuttavia, non si presenta immune da possibili deroghe in quanto la BCE può comunque decidere di esercitare tutti i propri pertinenti poteri anche nei confronti dei soggetti c.d. "*non significant*", "allorché necessario per garantire l'applicazione coerente di standard di vigilanza elevati"⁸⁸. Come è stato evidenziato, questo carattere mobile della vigilanza europea è sostanzialmente rimesso alle scelte discrezionali della BCE, che può decidere di attrarre compiti ordinariamente attribuiti alle autorità bancarie nazionali secondo meccanismi che risultano distonici

⁸⁶ V. *supra*, par. 1-2. In dottrina, *ex multis* cfr. A. GARDELLA, *L'EBA e i rapporti con la BCE e con le altre autorità di supervisione e di regolamentazione*, in M.P. CHITI, V. SANTORO (a cura di), *L'unione bancaria europea*, Pisa, Pacini, pp. 132-135; D. SORACE, *I "pilastri" dell'Unione bancaria*, in M.P. Chiti, V. Santoro (a cura di), *L'unione bancaria europea, cit.*, p. 95.

⁸⁷ Considerando n. 28 del SSM Reg..

⁸⁸ Art. 6, par. 5, lett. b), del SSM Reg..

rispetto ai tratti caratteristici della sussidiarietà, presentando semmai elementi distintivi simili ai tradizionali poteri amministrativi di avocazione⁸⁹.

7. I poteri di vigilanza prudenziale della BCE.

Come è stato evidenziato, il sistema di supervisione e vigilanza costruito con l'EBU si caratterizza per un'ampia gamma di poteri autoritativi principalmente attribuiti alla BCE⁹⁰. In linea generale, è possibile individuare l'esistenza di cinque tipologie di poteri di vigilanza prudenziale che la BCE può esercitare per realizzare i propri compiti: poteri di vigilanza *stricto sensu*, poteri ispettivi, poteri di autorizzazione, poteri regolamentari e poteri sanzionatori⁹¹.

I poteri di vigilanza *stricto sensu* e i poteri ispettivi costituiscono gli strumenti autoritativi più strettamente connessi alla tradizionale nozione di vigilanza bancaria.

I poteri di vigilanza *stricto sensu* concernono il controllo operativo e costante svolto dalla BCE sulle banche *significant*. Il suddetto controllo si esplica in forza dei poteri autoritativi espressamente disciplinati dall'art. 16 dell'SSM Reg., che consentono alla BCE di adottare per tempo le misure necessarie per affrontare le criticità dei singoli istituti di credito. E così, attraverso il controllo-vigilanza quotidiano, constatata la violazione della normativa di riferimento ovvero il rischio della sua violazione, la BCE potrà esigere la detenzione di fondi propri in misura superiore alle previsioni del diritto vigente, ovvero esigere un piano di immediato ripristino della conformità ai requisiti prudenziali, ovvero ancora la riduzione dei rischi connessi alle attività del soggetto vigilato. Si tratta solo di alcune esemplificazioni del lungo elenco dei poteri di vigilanza indicati all'art. 16, par. 2, dell'SSM Reg., che consentono alla BCE la piena esplicazione dei propri compiti.

⁸⁹ Così L. TORCHIA, *I poteri di regolazione e di controllo delle autorità di vigilanza sui mercati finanziari nella nuova disciplina europea*, relazione presentata al Convegno per i 60 anni della Rivista delle società su “Regole del mercato e mercato delle regole: Il diritto societario e il ruolo del legislatore” (Venezia, 13-14 novembre 2015), www.irpa.eu.

⁹⁰ *Ivi*, p. 370.

⁹¹ Così G. LO SCHIAVO, *Il ruolo della BCE*, in M.P. CHITI, V. SANTORO (a cura di), *L'unione bancaria europea*, cit., p. 216.

I poteri ispettivi si articolano a loro volta in richieste di informazioni, indagini ed ispezioni. La richiesta di informazioni può essere rivolta sia all'istituto di credito vigilato che a soggetti terzi (persone fisiche o giuridiche) direttamente o indirettamente riferibili all'ente creditizio vigilato in quanto ad essi il suddetto soggetto *significant* ha esternalizzato proprie funzioni o attività⁹². Indagini e ispezioni concernono il controllo dell'attività bancaria dell'istituto vigilato, con il potere, rispettivamente, di chiedere la presentazione di documenti, esaminare libri e registri contabili, ottenere spiegazioni in forma scritta o orale, organizzare audizioni⁹³, così come svolgere ispezioni *in loco* accedendo a tutti i locali della banca sottoposta a controllo⁹⁴.

Anche i poteri autorizzatori costituiscono uno snodo essenziale nell'esercizio dei compiti di vigilanza prudenziale della BCE. Essi vanno anzitutto ricondotti ai "poteri di vigilanza specifici" disciplinati dagli artt. 14 e 15 dell'SSM Reg.. Si tratta, rispettivamente, dei poteri di autorizzazione (e revoca) all'accesso all'attività bancaria, nonché di autorizzazione all'acquisito di una partecipazione qualificata (o di un incremento della stessa) nell'ambito di un ente creditizio stabilito all'interno del sistema SSM. Tali poteri autorizzatori trovano espressa rispondenza nei compiti della BCE indicati all'art. 4, par. 1, lett. a) e lett. c), dell'SSM Reg.. Inoltre, sempre dall'analisi dell'art. 4, par. 1, dell'SSM Reg., emerge la titolarità in capo alla BCE di ulteriori poteri autorizzatori, come, ad esempio, in materia di nomina dei componenti del consiglio di amministrazione delle banche *significant*, di riduzione di fondi interni, di rilevanti esposizioni bancarie.

Quanto ai poteri regolamentari, si è già detto della separazione tra le funzioni di regolamentazione attribuite all'EBA e quelle di vigilanza prudenziale assegnate (principalmente) alla BCE. Tuttavia, ai sensi dell'art. 4, par. 3, dell'SSM Reg., la BCE «può inoltre adottare regolamenti solo nella misura in cui ciò sia necessario per organizzare o precisare le modalità di assolvimento dei compiti attribuiti» dall'SSM Reg.. La previsione regolamentare attribuisce alla BCE il potere di adottare regolamenti generali che dovranno comunque essere riferiti alla organizzazione ed alle modalità di esercizio delle funzioni di vigilanza prudenziale.

⁹² Art. 10 del SSM Reg..

⁹³ Art. 11 del SSM Reg..

⁹⁴ Art. 12 del SSM Reg..

Infine, i poteri sanzionatori costituiscono gli strumenti autoritativi che completano la gamma dei poteri di vigilanza prudenziale, essendo invero rivolti a porre fine ovvero a punire la violazione dolosa o colposa delle decisioni prudenziali adottate dalla BCE. In base all'art. 18, par. 1, dell'SSM Reg., in particolare, la BCE *«può imporre sanzioni amministrative fino al doppio dell'importo dei profitti ricavati o delle perdite evitate grazie alla violazione, quando questi possono essere determinati, o fino al 10% del fatturato complessivo annuo [...] della persona giuridica nell'esercizio finanziario precedente o altre sanzioni pecuniarie eventualmente previste dal pertinente diritto dell'Unione [...]»*. Quando le sanzioni non rientrano nella competenza della BCE, quest'ultima può comunque chiedere alle autorità nazionali competenti di intervenire per assicurare che siano imposte apposite sanzioni⁹⁵, all'uopo impartendo apposite "istruzioni" alle varie autorità bancarie nazionali⁹⁶.

8. Il ciclo di vigilanza: principi e fasi.

L'attività di vigilanza si regge su alcuni principi base e approcci comuni.

Il principio dell'impiego delle migliori prassi conduce a selezionare e applicare prassi e processi di vigilanza all'avanguardia in tutta Europa in modo tale da innalzare gli standard qualitativi degli enti creditizi (*principio delle migliori prassi*). Nel contempo l'SSM tende a garantire un approccio valutativo omogeneo e armonizzato a tutti gli enti vigilati, al fine di evitare disparità di trattamento e frammentazione (*principio di omogeneità*). Tale approccio è tuttavia mitigato dal *principio di proporzionalità*, in forza del quale l'intensità dell'azione di vigilanza sugli enti creditizi varia al variare delle caratteristiche del soggetto vigilato e, in particolare, del rischio che lo caratterizza, salvi alcuni livelli minimi di impegno richiesto a tutti gli enti. L'azione di vigilanza è modulata sulla base del rischio (*approccio basato sul rischio*): tiene conto non solo delle perdite e dei danni che il fallimento dell'ente potrebbe arrecare, ma anche delle possibilità che tale fallimento si verifichi. Anche al fine di minimizzare i possibili danni e il rischio di default, specie se disordinato, il momento valutativo

⁹⁵ Art. 18, par. 5, del SSM Reg..

⁹⁶ Art. 9, par. 1, del SSM Reg..

e correttivo sono improntati alla tempestività e celerità se non alla prevenzione e anticipazione del fenomeno (*approccio volto all'applicazione di misure efficaci e tempestive*)⁹⁷.

Gli approcci e i principi sopra richiamati ispirano l'azione di vigilanza che prende le mosse dalle politiche di vigilanza e dalla regolamentazione⁹⁸. A sua volta il quadro normativo europeo in materia bancaria segue gli accordi di Basilea ed è armonizzato attraverso un corpus unico di norme (*single rulebook*), che è applicabile a tutti gli enti creditizi nel mercato unico.

Le politiche di vigilanza e la regolamentazione europee informano le metodologie e gli standard che a loro volta permeano la pianificazione annuale dell'attività di vigilanza (*Supervisory examination program*, SEP) nonché a, cascata l'analisi del rischio e delle vulnerabilità degli intermediari (*Supervisory Review and Evaluation Process*, SREP) e gli interventi di vigilanza. Completa il ciclo di vigilanza il contributo delle strutture orizzontali della BCE che individuano i margini di miglioramento e conseguentemente forniscono utili input per la definizione/miglioramento delle metodologie e standard di vigilanza.

Riassumendo sinteticamente, il ciclo di vigilanza, innervato dai principi e approcci generali, è innescato dalla normativa UE che definisce i contorni della metodologia; questa ultima guida l'azione concreta di vigilanza che è sottoposta a *quality assurance*, in vista di un affinamento continuo delle metodologie.

9. I protagonisti della funzione di vigilanza: il Consiglio di vigilanza/Supervisory Board e le strutture di vigilanza.

Il Consiglio di vigilanza (*Supervisory Board*, SB), è l'organo di vertice della funzione di vigilanza ed è incaricato della pianificazione e dell'esecuzione dei compiti attribuiti alla BCE in tale ambito.

⁹⁷ Principi di vigilanza, in Guida alla vigilanza bancaria in <https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/ssmguidetobankingsupervision201411.it.pdf?347ff6daae2453e397822da6090129f7>.

⁹⁸ La BCE non è organo regolatore, per cui introietta nel suo ciclo di vigilanza l'attività di regolazione che, nel campo della supervisione bancaria, rimane assoggettata alle regole e agli indirizzi definiti dall'EBA nonché ovviamente alle norme legislative europee.

Esso è composto da un Presidente, un Vicepresidente, quattro rappresentanti della BCE e da un rappresentante per ognuno degli Stati membri. Il Presidente viene scelto tra persone di riconosciuto prestigio e grande esperienza professionale in campo bancario e questioni finanziarie e che non appartengono al consiglio direttivo della BCE. Il vicepresidente dell'SB è scelto tra i membri del comitato esecutivo della BCE. La procedura di nomina prevede una proposta presentata dalla BCE al Parlamento per l'approvazione. Dopo l'approvazione, il Consiglio adotta una decisione di esecuzione al fine di nominare il presidente e il vicepresidente del SB. Il mandato del Presidente è quinquennale e non rinnovabile⁹⁹.

I membri dell'SB agiscono in modo indipendente e nell'interesse dell'Unione nel suo complesso, senza chiedere né ricevere istruzioni da parte di Istituzioni od organismi dell'Unione, dai governi degli Stati membri o da altri soggetti pubblici o privati¹⁰⁰.

Il SB decide con la maggioranza semplice dei suoi membri. Ogni membro dispone di un solo voto. In caso di parità, il voto del presidente è determinante.

Il SB guida un apparato di strutture tecniche che per effetto di una recente modifica organizzativa si articola oggi in 6 Direzioni Generali (DG) più una Direzione (semplice): le DG sono a loro volta articolate in Divisioni. 3 DG svolgono vigilanza diretta sugli intermediari (raggruppando al loro interno i JST, cfr. *infra*) mentre le altre svolgono funzione di supporto alle DG incaricate della vigilanza diretta. Le DG sono rette da un Direttore Generale e, in genere, da due Vice Direttori Generali: riportano a questi ultimi i capi divisione che a loro volta sono sovraordinati ai capi sezione, *Head of Section* (generalmente il JST coordinator, cfr *infra*, è anche capo sezione).

Le DG con funzioni orizzontali e competenze specialistiche coadiuvano i JST nell'esercizio della vigilanza: sono responsabili delle cd. *common procedures* e/o forniscono supporto specialistico, per esempio in tema di analisi dei modelli interni ovvero per le "ispezioni". Queste ultime integrano uno strumento ulteriore per l'esercizio dell'attività di vigilanza particolarmente efficace perché condotto *on site*, cioè presso la sede dell'intermediario. Le ispezioni sono indagini approfondite dei rischi e/o delle attività di controllo dei rischi e/o della governance, in un ambito e in un periodo di

⁹⁹ Art. 26, SSM Reg.

¹⁰⁰ Art. 19, SSM Reg.

tempo prestabiliti¹⁰¹. Le ispezioni sono proporzionate e basate sul rischio. La pianificazione e organizzazione delle ispezioni dipende da una specifica unità presso la BCE; sono svolte da un gruppo ispettivo creato *ad hoc* e sotto le direttive di un ispettore capo (*head of mission*) che non può essere un membro del JST: ciò al fine di garantire una certa indipendenza – rispetto all'azione di vigilanza del JST - nella conduzione e valutazione della banca.

10. (segue) I Gruppi di vigilanza congiunti (JST).

I Gruppi di vigilanza congiunti (*Joint Supervisory Team, JST*)¹⁰² svolgono l'attività di vigilanza giornaliera sugli enti significativi. Sono composti da personale della BCE e delle Autorità di Vigilanza dei Paesi membri¹⁰³ (*National Competent Authority, NCA*) nei quali sono ubicate le banche, le filiazioni bancarie o le succursali transfrontaliere significative di un gruppo bancario: quindi per le banche significative italiane i JST sono composti da personale della Banca d'Italia¹⁰⁴ e della BCE. Il personale delle NCA componente del JST avrà un doppio riporto: funzionale verso la BCE (e quindi il JST Coordinator, cfr. *infra*) e gerarchico a livello nazionale.

¹⁰¹ Esistono diversi tipi di ispezioni: le ispezioni complete coprono un ampio spettro di rischi e attività dell'ente creditizio al fine di tracciare un quadro olistico dell'ente stesso, le ispezioni mirate si incentrano su un rischio o una parte dell'organizzazione dell'ente o problema specifico. Le ispezioni tematiche riguardano invece più enti creditizi omogenei e mirano a esaminare orizzontalmente un unico elemento (ad esempio un'area di attività, per esempio crediti verso settore immobiliare, o tipi di operazioni, mutui di un certo tipo). I JST possono richiedere anche un riesame tematico di una particolare attività di controllo dei rischi o del processo di governance degli enti. Cfr. Guida alla vigilanza bancaria, par. 73, Banca Centrale Europea, disponibile in <https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/ssmguidebankingsupervision201411.it.pdf?347ff6daae2453e397822da6090129f7>.

¹⁰² Cfr. BCE, Manuale di vigilanza dell'MVU, in <https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/ssm.supervisorymanual201803.it.pdf>.

¹⁰³ Le NCA scelgono nell'ambito del proprio organico i/membri/o del gruppo di vigilanza congiunto. Tuttavia, la BCE può richiedere di modificare le designazioni effettuate ove ciò risulti opportuno ai fini della composizione del JST (art. 4, Regolamento (UE) n. 468/2014 della Banca Centrale Europeadel 16 aprile 2014 – *SSM Framework regulation* (SSM FR).

¹⁰⁴ Per i Paesi in cui le Banche Centrali non sono NCA e comunque coinvolte, ai sensi del proprio diritto nazionale, nella vigilanza prudenziale, queste ultime possono designare anche uno o più membri del proprio organico quali membri del JST (art. 5, SSM FR). E'ciò che avviene per esempio per le banche significative tedesche, per le quali i JST comprendono personale non solo della Federal Financial Supervisory Authority (BaFin) ma anche della Deutsche Bundesbank.

I JST fanno capo a un coordinatore (*JST Coordinator*, JST C), *manager* della BCE, di norma di nazionalità diversa dalla nazionalità della banca vigilata. Nell'ottica di garantire l'attuazione delle attività e dei compiti di vigilanza previsti dal programma di revisione prudenziale (SEP), il JST C impartisce istruzioni ai membri del team, decide l'organizzazione più efficiente del team e ne gestisce le risorse, adotta decisioni rilevanti nei confronti dell'ente vigilato. Il JST C è coadiuvato da uno o due sub-coordinatori (*local coordinator*) designati dalla NCA tra i membri "nazionali" del team. I coordinatori sono nominati per un periodo compreso tra tre e cinque anni in funzione del profilo di rischio e della complessità dell'ente. È prevista una rotazione periodica dei coordinatori e dei membri del JST¹⁰⁵. Le dimensioni, la composizione e l'organizzazione dei JST dipendono dalla natura, dalla complessità, dalle dimensioni, dal rischio dell'ente creditizio vigilato: laddove l'organico del team è numeroso, all'interno del team è istituito un gruppo ristretto (*core JST*), che funge da "cabina di regia" del team. Inoltre è frequente una distribuzione dei membri del team per profili di rischio monitorati (*Risk team*).

I JST:

- a) si occupano del processo di revisione e valutazione prudenziale (SREP) per tutte le banche significative o i gruppi significativi sui quali la BCE esercita la funzione di vigilanza;
- b) partecipano alla definizione del SEP, comprensivo anche di ispezioni in loco, sottoposto all'approvazione del SB e lo attuano insieme con le decisioni di vigilanza adottate dalla BCE;
- c) tengono i contatti con le NCA ovvero con gli *stakeholders* esterni, ove appropriato¹⁰⁶ (per es. con i Gruppi interni per la risoluzione, *Internal Resolution Team*)¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Gli accorgimenti menzionati, i.e. diversa nazionalità tra il JSTC e la banca vigilata, rotazione dell'incarico ogni 5 anni, obbediscono evidentemente alla logica di garantire la massima indipendenza possibile nell'operato del team verso l'ente vigilato.

¹⁰⁶ Art. 3 SSM FR.

¹⁰⁷ I Gruppi Interni per la risoluzione sono gli analoghi ai JST nell'ambito del Meccanismo di risoluzione unico (*Single Resolution Mechanism*). Il Meccanismo è formato dalle Autorità nazionali di risoluzione (*National Resolution Authority*) e dal Comitato di risoluzione unico (*Single Resolution Board*), agenzia europea per l'esercizio delle funzioni di risoluzione, nel cui *board* sono presenti anche i rappresentanti delle autorità nazionali. Il sistema di risoluzione unico ha l'obiettivo di assicurare la gestione ordinata delle crisi delle banche c.d. significative o con operatività transfrontaliera nell'area dell'euro e delle principali SIM. Cfr. Consiglio Europeo, Meccanismo di risoluzione unico, in <https://www.consilium.europa.eu/it/policies/banking-union/single-resolution-mechanism>, e Banca d'Italia, Risoluzione e gestione delle crisi, in <https://www.bancaditalia.it/compiti/risoluzione-gestione-crisi/index.html>.

I compiti sopra elencati tuttavia rappresentano esclusivamente i pilastri dell'attività di vigilanza svolta dai JST, sui quali poggia l'impalcatura dell'azione di vigilanza giornaliera che vede come terminale la banca/le banche vigilate, e che si snoda attraverso varie interazioni (incontri/telefonate/email indirizzate agli esponenti aziendali e alle funzioni apicali delle banche vigilate), decisioni (delegate al JST¹⁰⁸), richieste informative, monitoraggio, analisi dei risultati aziendali, interventi, istruzione delle proposte per i progetti di decisioni del SB.

I JST si interfacciano inoltre con le funzioni orizzontali della BCE, depositarie di competenze specialistiche e/o responsabili delle decisioni oggetto di *common procedures*, integrandone le conoscenze sugli intermediari vigilati. Assistono l'unità della BCE che investiga sulla violazione delle norme da parte delle banche, in vista dell'adozione di sanzioni.

Sono parte attiva anche del processo ispettivo, in quanto: a) segnalano o meno l'esigenza (di ispezioni) in sede di programmazione, nonché indicandone l'ambito da ispezionare (rischio/aspetto sottoposto a ispezione); b) definiscono con l'ispettore incaricato (*Head of mission*) nel dettaglio il mandato dell'ispezione (redigendo la cd. *pre-inspection note*); c) possono prendere parte al Gruppo ispettivo mediante propri membri. Una volta ultimata l'ispezione con la redazione del rapporto ispettivo, è il JST a gestire la fase post ispettiva, valutando tempi, modalità e contenuto delle possibili azioni correttive da richiedere alla banca per superare i rilievi ispettivi.

Alla luce di quanto sopra si può affermare che i JST rappresentano il “motore” della funzione di vigilanza della BCE, direttamente esposti “sul campo” a interazione continua, formale e informale, con gli enti vigilati. I JST integrano un modulo organizzativo originale e agile nel panorama dell'organizzazione dell'esercizio delle funzioni di vigilanza, evoluzione dei collegi delle autorità vigilanza (*colleges of supervisors*)¹⁰⁹, idoneo a garantire l'esercizio accentrato della vigilanza

¹⁰⁸ *Stricto jure* la potestà decisionale compete esclusivamente al SB/GC, il JST non adotta *legal acts* ma *operational acts*, in quanto tali non vincolanti. Cionondimeno sarebbe difficile affermare che nell'ambito dell'interlocazione con l'ente vigilato le esternazioni del JST non producano l'effetto di una o più decisioni informalmente assunte. Si pensi per esempio alla richiesta da parte del JST alla banca vigilata di calcolare correttamente a fini prudenziali una esposizione creditizia ovvero di interpretare correttamente una disposizione della CRR. Tenuto conto del dialogo costante con l'ente vigilato, pare si possa dire che l'influenza (informale e formale) dell'attività del JST sul soggetto vigilato va oltre ciò che le singole precise attribuzioni, contenute nel SSM FR Reg., farebbe pensare.

¹⁰⁹ I collegi delle autorità di vigilanza sono strumenti per il coordinamento dell'attività di vigilanza su Gruppi bancari transfrontalieri. Sono in sostanza strutture permanenti, seppure flessibili, composte dalle autorità competenti del paese di origine e dei paesi ospitanti di una banca internazionale. Lo scopo premimente perseguito è lo scambio di informazioni sul soggetto vigilato, tuttavia operano anche la valutazione congiunta dei profili di rischio del soggetto

verso gli enti vigilati dei Paesi membri; nel contempo, al suo interno, il *team* assicura la ponderazione di più interessi e imprigiona molteplici elementi di complessità. Infatti, la composizione “ibrida”- personale BCE e personale dipendente delle NCA – è funzionale al pieno coinvolgimento dei Paesi membri, attraverso le NCA, nella vigilanza degli enti domestici, garantendo circolarità informativa tra BCE e NCA e attenzione alle caratteristiche/interessi nazionali connessi agli intermediari vigilati, ricondotti all'interno del JST dai membri delle NCA. La possibile dialettica tra le due componenti del *team*, BCE/NCA, generalmente arricchente l'azione del JST stesso, si compatta all'esterno del *team*, per voce del JST C, in forza delle sue prerogative di coordinamento.

In merito ai fattori di complessità si può accennare, tra gli altri: a) alla lingua: la lingua utilizzata per le comunicazioni interne, è l'inglese, che non essendo la madre lingua di tutti i membri del *team*, può rendere la comunicazione meno fluida; la lingua che l'ente vigilato usa per le proprie comunicazioni con la BCE¹¹⁰: le banche possono decidere di mantenere la loro lingua nazionale per le comunicazioni ufficiali verso e dalla BCE; b) alla dislocazione territoriale: parte del *team* si trova in Germania, presso la sede della BCE, parte presso i/il Paese membro, con conseguente necessità di sforzi di coordinamento da remoto tra i membri; c) alle diversità culturali e di conoscenze tecniche tra i componenti del JST: la diversità è elemento di arricchimento complessivo nel *team*, ma richiede maggiori sforzi di coordinamento e comunicazione in seno al JST.

11. La procedura di non obiezione.

Nonostante l'organo apicale della BCE con funzione di vigilanza sia il SB, le decisioni di vigilanza (*legal acts*) devono essere assunte *formalmente* dal Consiglio direttivo della BCE (*Governing Council*, GC).

vigilato e decidono congiuntamente sull'adeguatezza del capitale. Art. 116, CRD; BCE, *Cosa sono i collegi delle autorità di vigilanza?*, in https://www.bankingsupervision.europa.eu/about/ssmexplained/html/supervisory_colleges.it.html; EBA, *Colleges of supervisors*, in <https://eba.europa.eu/regulation-and-policy/colleges-supervisors>.

¹¹⁰ Ai sensi dell'articolo 24 del SSM Reg., qualsiasi documento inviato alla BCE da un ente creditizio vigilato (o da qualsiasi persona giuridica o fisica individualmente vigilata dalla BCE) può essere redatto in una delle lingue ufficiali dell'UE.

Il SB, costituito come organo interno della BCE, approva *progetti di decisione* mediante procedura scritta (*written procedure*) o nell'ambito di una riunione¹¹¹. La maggior parte dei progetti di decisione è approvata con procedura scritta. Prima della valutazione da parte del GC, il progetto viene trasmesso al destinatario (per es. banca vigilata) assieme a una lettera di accompagnamento in cui si definisce la procedura per il diritto a un'udienza (*hearing*). L'*hearing period* ordinario è pari a due settimane, ma in casi particolari il termine può essere ridotto fino a un minimo di tre giorni lavorativi: in tale ambito il soggetto può presentare proprie osservazioni che verranno valutate dal SB (cui viene nuovamente ritrasmesso il progetto di decisione, unitamente alle osservazioni, per eventuali ulteriori valutazioni).

Esaurita la fase di *hearing* il progetto è inviato al GC. Una decisione si considera adottata solo qualora il GC non esprima obiezioni entro un determinato lasso di tempo (non superiore a dieci giorni lavorativi)¹¹². Conseguentemente il GC può *solo* accogliere la proposta del SB ovvero obiettare, ma non può modificare il progetto (cd. procedura di “non obiezione”).

La procedura di “non obiezione”, che può apparire farraginosa, è il frutto del temperamento di diverse esigenze apprezzate in occasione della creazione dell'Unione bancaria: da un lato, infatti, occorre rispettare il principio della separazione¹¹³ tra funzioni di vigilanza e funzioni di politica monetaria nonché la loro indipendenza¹¹⁴; nel contempo occorre rispettare il dettato del TFUE.

¹¹¹ Art. 26, SSM Reg.. Il SB è assistito da un Segretario nonché da un comitato direttivo, a composizione più ristretta, non più di 10 dei suoi membri, e incaricato di assistere il SB nelle sue attività, inclusa la preparazione delle riunioni

¹¹² Per situazioni di urgenza, attivata su richiesta del JST ovvero della Direzione della BCE o delle NCA, la procedura sopra descritta è abbreviata. La compressione dei tempi del processo decisionale si attua modificando i termini della procedura scritta oppure si può indire una riunione del SB con breve preavviso. Tale riunione può essere tenuta anche in teleconferenza.

¹¹³ La separatezza tra le due funzioni è motivata dall'intenzione di ridurre il rischio di conflitto tra l'esercizio dell'una e dell'altra: le funzioni di politica monetaria mirano al mantenimento della stabilità dei prezzi, l'assolvimento di compiti di vigilanza mira *invece* a tutelare la sicurezza e la solidità degli enti creditizi e la stabilità del sistema finanziario. In questa sede si può solo accennare al tema del possibile conflitto: si pensi per esempio ad una situazione di crisi delle banche che potrebbe indurre la BCE a erogare liquidità “dimenticando” i rischi di crescita dei prezzi, oppure a una decisione della Vigilanza di incrementare il capitale (fondi propri) delle banche, con ciò comprimendo i volumi di impieghi in circolazione e quindi impattando sui meccanismi di trasmissione della politica monetaria.

¹¹⁴ Legata a doppio filo all'indipendenza è chiaramente la responsabilità (*accountability*) della BCE verso le Istituzioni europee, quindi Parlamento e Consiglio, innanzitutto, cui presenta annualmente una relazione: inoltre il Presidente del SB può essere convenuto per audizioni dall'Eurogruppo oltre che dal Parlamento. Senza contare ovviamente che le decisioni che influiscono direttamente sui singoli enti possono essere oggetto di una procedura di

La separazione tra le due funzioni si sarebbe potuta ottenere agevolmente attribuendo le stesse a due decisori (*Istituzioni Europee*) distinti: tuttavia in forza dell'art. 127 del TFUE «[...] *compiti specifici in merito alle politiche che riguardano la vigilanza prudenziale degli enti creditizi e delle altre istituzioni finanziarie possono essere affidati (esclusivamente) alla BCE*», la quale, come noto, svolge da tempo le funzioni di politica monetaria nell'ambito del Sistema Europeo di Banche Centrali, in modo indipendente¹¹⁵. Inoltre, ai sensi dell'art. 129 del TFUE l'ESCB è retto dagli organi decisionali della BCE e, ai sensi dell'art. 9.3 dello Statuto, conformemente all'articolo 129 TFUE, gli organi decisionali della BCE sono il GC e il Comitato Esecutivo.

Quindi, *de jure condito*, era possibile solo attribuire ad un organo preesistente (BCE), con propri organi direttivi (GC)¹¹⁶, funzioni nuove (di vigilanza prudenziale) che non interferissero con le funzioni preesistenti (di politica monetaria), ed esercitabili in modo indipendente¹¹⁷.

riesame interno dinanzi alla Commissione amministrativa del riesame e comunque sottoposte al giudizio della Corte di giustizia dell'Unione europea. Su questi temi cfr. *funditus inter alia*: R. D'AMBROSIO, *The SSM: allocation of tasks and powers between the ECB and the NCAs and organisational issue*, in R. D'AMBROSIO (a cura di), *Law and Practice of the Banking Union and of its governing Institutions (Cases and Materials)*, *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale*, 2020, n. 88, p. 89, disponibile in <https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/quaderni-giuridici/2020-0088/grg-88.pdf>; A. BAGLIONI, *The European banking union. A critical assessment*, London, Palgrave Macmillan, p. 34; M. MACCHIA, *Le nuove funzioni, l'unione bancaria europea*, in M. CHITI (a cura di), *Diritto Amministrativo Europeo*, II, Milano, Giuffrè, 2018, p. 188.

¹¹⁵ Artt. 127, 129, 130, 282 comma 3 TFUE. K. LACKOFF, *Single Supervisory Mechanism*, C.H. Beck-Hart-Nomos, 2017, p. 23; P. WEISMANN, *The ECB's Supervisory Board Under the Single Supervisory Mechanism: A Comparison with European Agencies*, in *European public law*, 2018, 24 (Issue 2), p. 311.

¹¹⁶ Cfr. J. GREN, *The Eurosystem and the Single Supervisory Mechanism: institutional continuity under constitutional constraints in ECB*, in *Legal Working Paper Series*, 2018, 17, disponibile in <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scplps/ecb.lwp17.en.pdf>. Anche al fine di ridurre il carico operativo in capo agli organi decisionali, BCE ha adottato un sistema di deleghe in forza del quale talune decisioni (per esempio in tema di fondi propri, verifica dei requisiti degli esponenti) possono essere adottate al livello più basso rispetto al GC/SB, quindi dai capi delle Direzioni Generali: sul tema cfr. C.A. PETT, *The SSM and the ECB decision-making governance*, in G. LO SCHIAVO (a cura di), *The European Banking Union and the role of law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2019. *European Business Organization Law Review*, 2015, 16 (Issue 3), pp. 401-420.

¹¹⁷ Art. 19 SSMR, commi 1 e 2: «Nell'assolvimento dei compiti ad esse attribuiti dal presente regolamento, la BCE e le autorità nazionali competenti che operano nel quadro dell'MVU agiscono in modo indipendente [...]. Le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione, i governi degli Stati membri e qualsiasi altro organo rispettano detta indipendenza». Ex art. 25 SSM Reg., «Nell'assolvimento dei compiti attribuiti dal presente regolamento (di vigilanza) la BCE persegue soltanto gli obiettivi in esso previsti e [...] senza recare pregiudizio ai compiti di politica monetaria [...]». Cfr. G. Aversa, *Meccanismo di vigilanza unico – MVU*, in *Rivista Bancaria – Minerva Bancaria*, 2015, 2, p. 137. È dibattuto se l'indipendenza della funzione di vigilanza sia tutelata anche a livello di TFUE (come per la funzione di politica monetaria), “coperta” dal richiamo di cui all'art. 127, comma 6 del TFUE, ovvero solo mediante la previsione regolamentare di cui sopra (cfr. rispettivamente per le due tesi, inter alia, C. ZILIOI, *The Independence of the European Central Bank and Its New Banking Supervisory Competences*, in D. RITLENG (a cura di), *Independence and Legitimacy in the Institutional System of the European Union*, Oxford University Press, 2016; C.V. GORSTOS, *The Single Supervisory Mechanism (SSM)*, Athens, Nomiki Bibliothiki, 2015).

La procedura di non obiezione media tra le diverse esigenze: prendendo atto del fatto che la BCE si pronuncia “solo” tramite i suoi organi di vertice (GC), la procedura salvaguarda, in qualche modo, l'indipendenza della funzione di vigilanza, prevedendo che il GC, in caso di dissenso rispetto al progetto del'SB, non possa modificare la proposta, ma solo obiettare, fornendo un'adeguata motivazione che faccia particolare riferimento alle questioni di politica monetaria eventualmente coinvolte, prima di rinviarla al SB.

Oltre alla procedura di non obiezione il legislatore ha predisposto ulteriori accorgimenti idonei a garantire che sia le nuove funzioni che le preesistenti siano svolte in modo indipendente e non confliggente da parte della BCE.

È previsto per esempio che il personale addetto a svolgere compiti di vigilanza sia separato dal punto di vista organizzativo, anche per quanto concerne la struttura gerarchica, dal personale impegnato nell'assolvimento degli altri compiti assegnati alla BCE¹¹⁸.

Sempre nell'ottica di garantire la separazione tra compiti di politica monetaria e compiti di vigilanza, è stato istituito un Gruppo di mediazione (*Mediation panel*) attivo ove si registrino divergenze delle NCA circa obiezioni sollevate dal GC. Il Gruppo comprende un membro per ogni Stato partecipante, scelto tra membri del consiglio direttivo e del consiglio di vigilanza e decide a maggioranza semplice; ciascuno dispone di un solo voto¹¹⁹.

12. Le decisioni e gli altri interventi di vigilanza.

Al termine del processo decisionale la BCE adotta “decisioni in materia di vigilanza”, vale a dire atti giuridici assunti nell'esercizio dei compiti e poteri ad essa attribuiti dall'SSM Reg. nei confronti di uno o più soggetti o gruppi vigilati o di una o più altre persone; tali atti non hanno portata generale¹²⁰ e sono notificati direttamente al destinatario oppure, in caso di autorizzazione

¹¹⁸ Art. 25 SSM Reg.

¹¹⁹ Art. 25, comma 5, SSM Reg.

¹²⁰ Art. 2, n. 26 SSM FR Reg. Tuttavia la BCE può assumere anche decisioni di applicazione generale che possono essere adottate per requisiti procedurali vincolanti applicabili a tutti i soggetti vigilati, a un loro insieme ristretto o alle NCA. L'obiettivo perseguito è chiarire le aspettative della BCE nei confronti dei soggetti vigilati. Per es. la

all'esercizio dell'attività bancaria, tramite la NCA. Le decisioni di vigilanza devono essere sempre accompagnate da una motivazione che riveli i fatti rilevanti, le ragioni giuridiche e le considerazioni in materia di vigilanza sottostanti alla decisione.

Le decisioni sono vincolanti nei confronti dei destinatari (cd. *legal act*) e quindi, in caso di inosservanza, idonee ad azionare procedimenti sanzionatori (*rectius enforcement*) da parte della BCE. La decisione attribuisce diritti e/o impone obblighi che modificano la situazione del soggetto destinatario; può essere corredata da disposizioni accessorie quali scadenze, condizioni, obblighi o raccomandazioni non vincolanti. Nel caso in cui la decisione produca effetti pregiudizievoli della sfera giuridica del destinatario, viene adottata in via definitiva solo al termine del periodo entro il quale è possibile – da parte del soggetto inciso - esercitare il diritto a un'udienza.

Le decisioni della BCE possono essere sottoposte a riesame, da parte della Commissione amministrativa di esame, richiesto da qualsiasi persona fisica o soggetto vigilato, destinatari della decisione: va da sé che il riesame non pregiudica il diritto di proporre ricorso dinanzi la Corte di giustizia dell'Unione europea.

Oltre alle decisioni di vigilanza sono previste altre tipologie di intervento, a seconda del quadro giuridico applicabile e degli effetti connessi e dei destinatari:

- a) provvedimenti operativi (*operational act*), che non seguono il processo ordinario decisionale, abbracciano tutte quelle manifestazioni di volontà non formalizzate, non sono vincolanti e sono rivolti solo agli enti vigilati;
- b) raccomandazioni e linee guida rivolte a soggetti vigilati e terze parti, al fine di esprimere aspettative di vigilanza non vincolanti (esempi di linee guida, pubblicate sul sito Internet dedicato alla vigilanza bancaria, sono per esempio quelle in tema di *common procedures*, verifica dei requisiti degli esponenti, acquisto di partecipazioni rilevanti, ecc);
- c) atti di indirizzo, rivolti alle NCA con carattere vincolante riguardo ai risultati da raggiungere. Essi sono di particolare importanza per la vigilanza indiretta della BCE sugli enti meno significativi;
- d) la BCE può infine adottare regolamenti, i.e. atti di applicazione generale, vincolanti presso i Paesi membri, per organizzare o precisare le modalità di espletamento dei compiti attribuite dal

Decisione (UE) 2015/530 della Banca centrale europea, dell' 11 febbraio 2015, avente ad oggetto i dati relativi ai fattori per il calcolo della contribuzione annuale degli enti vigilati alle attività di vigilanza.

regolamento sull'SSM.

13. L'enforcement del diritto europeo nell'SSM e l'applicazione del diritto rilevante da parte della BCE.

L'analisi dei compiti e dei poteri autoritativi attribuiti alla BCE nell'ambito dell'SSM consente di svolgere alcune riflessioni critiche conclusive.

Anzitutto, nell'ambito dell'SSM, l'*enforcement* delle regole della vigilanza prudenziale presenta caratteristiche di particolare originalità.

L'Unione Europea è stata efficacemente definita come “Comunità di diritto amministrativo”¹²¹, in cui la centralità della funzione amministrativa si esplica attraverso i vari modelli di integrazione amministrativa europea¹²². Tuttavia, come è stato sottolineato, la distinzione tra i diversi modelli di esecuzione del diritto comunitario non deve essere eccessivamente enfatizzata, posto che anche quando la suddetta esecuzione si realizza tramite le amministrazioni nazionali, queste sono fortemente condizionate dal diritto europeo ed appaiono “organi comuni” dell'ordinamento europeo¹²³.

In linea generale, l'*enforcement* del diritto europeo è stato tradizionalmente rimesso alle autorità nazionali, responsabili dell'attuazione sia del diritto nazionale che del diritto europeo. Sotto quest'ultimo aspetto, non a caso, la Corte di giustizia ha affermato come sia il dovere di “interpretazione conforme” che il dovere di disapplicazione della norma nazionale in contrasto col diritto europeo, dotato di efficacia diretta, gravino non solo sui giudici nazionali, ma anche sulle pubbliche amministrazioni nazionali. La stessa Corte di giustizia, del resto, ha sancito la

¹²¹ M.P. CHITI, *Monismo o dualismo in diritto amministrativo: vero o falso dilemma?*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2001, 301 ss.

¹²² Su questi aspetti, riferiti ai temi della vigilanza bancaria, v. *supra*, par. 1-3. In generale, sulla tematica della integrazione amministrativa europea cfr. E. CHITI, C. FRANCHINI, *L'integrazione amministrativa*, cit.; C. FRANCHINI, *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria. La coamministrazione nei settori di interesse comunitario*, Padova, Cedam, 1993.

¹²³ M.P. CHITI, *Diritto Amministrativo Europeo*, II, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 176-177.

responsabilità degli Stati membri per danni causati da attività amministrativa in violazione del diritto europeo (sentenza *Lomas*)¹²⁴.

Un siffatto modello subisce una brusca rottura nell'ambito dell'SSM, caratterizzato da un imponente fenomeno di europeizzazione e centralizzazione dell'*enforcement* delle regole della vigilanza prudenziale attraverso il ruolo di primazia attribuito alla BCE¹²⁵. L'SSM Reg., inoltre, traccia un originale quadro di riferimento normativo per la funzione di vigilanza prudenziale delle BCE. In particolare, ai sensi dell'art. 4, par. 3, dell'SSM Reg., la BCE «*applica tutto il pertinente diritto dell'Unione e, se tale diritto è composto da direttive, la legislazione nazionale di recepimento di tali direttive. Laddove il pertinente diritto dell'Unione sia costituito da regolamenti e al momento tali regolamenti concedano esplicitamente opzioni per gli Stati membri, la BCE applica anche la legislazione nazionale di esercizio di tali opzioni*».

Questa disposizione consente alla BCE di applicare non soltanto il diritto europeo dotato della diretta applicabilità, come ad esempio nel caso del CRR, ma anche il diritto nazionale di recepimento delle direttive europee. Sotto tale ultimo aspetto, basti pensare all'attuazione, in sede nazionale, delle previsioni della CRD sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento. Inoltre, disposizioni rilevanti per l'esercizio dei compiti di vigilanza BCE possono trarsi anche dalle legislazioni nazionali di recepimento di altre direttive europee (BRRD¹²⁶ e FICOD¹²⁷). Emerge in tal guisa la rilevanza peculiare delle disposizioni di diritto nazionale di recepimento e attuazione del diritto europeo, il cui *enforcement* nell'ambito dell'SSM è in larga parte demandato non già ad amministrazioni nazionali ma, al contrario, direttamente alla BCE.

¹²⁴ Corte di giustizia europea, sent. *Lomas*, 23 maggio 1996, causa C-5/94, par. 28, in <http://curia.europa.eu>.

¹²⁵ Cfr. L. TORCHIA, *I poteri di regolazione e di controllo*, cit., p. 376.

¹²⁶ Direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014 che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento e che modifica la direttiva 82/891/CEE del Consiglio, e le direttive 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE e 2013/36/UE e i regolamenti (UE) n. 1093/2010 e (UE) n. 648/2012, del Parlamento europeo e del Consiglio.

¹²⁷ Direttiva 2002/87/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2002 relativa alla vigilanza supplementare sugli enti creditizi, sulle imprese di assicurazione e sulle imprese di investimento appartenenti ad un conglomerato finanziario e che modifica le direttive 73/239/CEE, 79/267/CEE, 92/49/CEE, 92/96/CEE, 93/6/CEE e 93/22/CEE del Consiglio e le direttive 98/78/CE e 2000/12/CE del Parlamento europeo e del Consiglio.

La descritta peculiarità della funzione di vigilanza prudenziale della BCE offre alcuni spunti di riflessione critica.

Anzitutto, è evidente come la centralizzazione dell'*enforcement* delle regole della vigilanza prudenziale in capo alla BCE possa condurre a eccessi di uniformità nell'esercizio della vigilanza prudenziale, senza tenere in adeguata considerazione le diversità, talora profonde, tra i vari ordinamenti e mercati nazionali¹²⁸. Invero, la formulazione dell'art. 4, par. 3, dell'SSM Reg., pare sottendere un meccanismo applicativo volto proprio al superamento ed alla correzione, almeno in parte, delle profonde differenze tra le diverse normative nazionali nella prospettiva di «assicurare standard elevati di vigilanza» a livello europeo.

D'altra parte, la BCE se da un lato dovrà conoscere il diritto nazionale secondo le regole ermeneutiche di quell'ordinamento nazionale, ponendo attenzione anche agli indirizzi giurisprudenziali nazionali, dall'altro potrebbe talora trovarsi ad applicare disposizioni nazionali in tutto o in parte contrastanti col diritto europeo. Al riguardo, l'ineludibile esigenza di garantire l'uniforme interpretazione e applicazione del diritto europeo può indurre a riflettere sulla estensione della operatività del principio della "interpretazione conforme" ai casi in cui l'attività di applicazione del diritto nazionale di recepimento del diritto UE sia svolta (piuttosto che da un'amministrazione nazionale) direttamente da un'amministrazione europea. Di conseguenza, sembra opportuno riflettere anche sulla possibile estensione alla BCE dell'obbligo di disapplicazione delle norme nazionali in contrasto con il diritto europeo dotato di efficacia diretta, obbligo come noto finora analizzato con riferimento alle autorità nazionali (giudici e amministrazioni).

14. La centralità della gestione del rischio.

I compiti e i poteri autoritativi attribuiti alla BCE nell'ambito dell'SSM sembrano presentare un ulteriore elemento di originalità, essendo caratterizzati da uno spettro d'azione più ampio

¹²⁸ L. TORCHIA, *I poteri di regolazione e di controllo*, cit., p. 374.

rispetto alla nozione tradizionale di vigilanza bancaria¹²⁹. In particolare, pur permanendo i tratti tipici della vigilanza quale “controllo generale e globale” dell’attività dell’ente creditizio¹³⁰, tale controllo non si esaurisce nella verifica del rispetto delle regole poste per aprirsi alla gestione dei rischi di violazione delle medesime regole. Il rischio diventa il prisma attraverso cui rileggere sia compiti che i poteri della BCE nell’ambito dell’SSM, parallelamente al più tradizionale (e comunque insuperato) piano di analisi correlato alla verifica del rispetto della normativa vigente.

Si tratta di una tendenza sempre più generalizzata, che non è ascrivibile al solo settore della vigilanza bancaria. Si vuol dire che la riflessione giuspubblicistica sul rischio tende ormai a trascinare in settori profondamente diversi da quelli della tutela della salute e dell’ambiente, in riferimento ai quali si è affermato il principio di precauzione¹³¹.

Ad esempio, tra i criteri guida dell’azione finanziaria europea, specie in relazione alle politiche di bilancio dei singoli Stati membri, è stato individuato il principio di “precauzione finanziaria”¹³²; parallelamente, la prospettiva della *risk regulation* è stata adottata in relazione a fenomeni come il terrorismo e l’immigrazione¹³³. La riflessione del giurista si è aperta anche al tema della prevenzione e gestione del “rischio-corruzione” nella pubblica amministrazione nella prospettiva dell’*Integrity Risk Management*¹³⁴.

¹²⁹ Su questi aspetti, *ex multis*, si rinvia a S. VALENTINI, *Vigilanza (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, vol. XLVI, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 702-710; M. STIPO, *Vigilanza e tutela (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, vol. XXXII, Roma, Treccani, 1994, pp. 1-12.

¹³⁰ V. OTTAVIANO, *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, Padova, Cedam, 1959, p. 90, ricostruisce i poteri amministrativi di vigilanza come sorveglianza «dell’attività dell’ente in ogni sua direzione». Su questi aspetti v. altresì F. MERUSI, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 230.

¹³¹ Sul principio di precauzione, limitando i richiami alla sola dottrina italiana, v. per tutti I.M. MARINO, *Aspetti propedeutici del principio giuridico di precauzione*, in www.giustamm.it; A. BARONE, *Il diritto del rischio*, II, Milano, Giuffrè, 2006; F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell’amministrazione di rischio*, Milano, Giuffrè, 2005.

¹³² Sul punto si rinvia a R. PEREZ, *L’azione finanziaria europea al tempo della crisi*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2011, 1043-55.

¹³³ Cfr. R. DAGOSTINO, *Le corti nel diritto del rischio*, Bari, Cacucci, 2020. V. inoltre M. SIMONCINI, *La regolazione del rischio e il sistema degli standard. Elementi per una teoria dell’azione amministrativa attraverso i casi del terrorismo e dell’ambiente*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010; A. CANEPA, *Regolazione del rischio e immigrazione. Il ruolo dell’informazione nella gestione delle emergenze*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it.

¹³⁴ Commissione per lo Studio e l’elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione, *Rapporto. La corruzione in Italia. Per una politica di prevenzione. Analisi del fenomeno, profili internazionali e proposte di riforma*, in <http://www.funzionepubblica.gov.it>, pp. 34-36.

In questo contesto di espansione del principio di precauzione al di fuori dei tradizionali ambiti di riferimento, sembra possibile allargare lo spettro della riflessione sul rischio ai compiti ed ai poteri di vigilanza prudenziale della Banca Centrale Europea.

Basti pensare, ad esempio, alle “misure di intervento precoce” adottabili dalla BCE qualora l'ente creditizio «rischi di violare i requisiti prudenziali applicabili»¹³⁵. Parallelamente, la BCE, qualora lo ritenga necessario, può applicare misure più rigorose miranti ad affrontare i rischi sistemici o macroprudenziali al livello degli enti creditizi¹³⁶. Con riferimento ai poteri autoritativi di vigilanza della BCE, essi possono essere esercitati non soltanto nel caso della violazione della regolamentazione vigente, ma anche nell'ipotesi di rischio di violazione della medesima normativa¹³⁷.

Gli esempi proposti dimostrano come nell'ambito dell'SSM siano stati istituzionalizzati compiti e soprattutto poteri autoritativi di gestione e prevenzione del rischio di crisi bancaria capaci di conformare in profondità l'autonomia dei singoli soggetti vigilati¹³⁸.

Il tema degli eccessivi margini di discrezionalità nell'esercizio delle funzioni di vigilanza non è certo nuovo, essendo stato già evidenziato da attenta dottrina (ad esempio) in relazione ai poteri di supremazia speciale esercitabili dalla Banca d'Italia attraverso la clausola della “sana e prudente gestione”¹³⁹. Il tema sembra potersi riproporre, seppur con diverse sembianze, in relazione ai compiti di vigilanza prudenziale della BCE e ai connessi ampi poteri di gestione del rischio, che non possono in alcun modo tradursi in scelte arbitrarie da parte della stessa BCE.

Così, proprio nella logica della precauzione, la presenza di un rischio sistemico o di un rischio di violazione delle regole dovrà necessariamente essere attestata sulla base di una valutazione scientifica condotta con l'ausilio della scienza statistica, della matematica finanziaria e della fisica quantistica¹⁴⁰. Tale valutazione scientifica dovrà precedere, legittimare e comunque individuare i

¹³⁵ Art. 4, par. 1, lett. i) del SSM Reg..

¹³⁶ Art. 5, par. 2, del SSM Reg..

¹³⁷ Art. 16, par. 1, lett. b) del SSM Reg..

¹³⁸ Cfr. L. TORCHIA, *I poteri di regolazione e di controllo*, cit., p. 375.

¹³⁹ Cfr. A. CLINI, *Ordinamento sezione del credito e diritto fondamentali della persona*, in P.A. *Persona e Amministrazione*, 2019, 1, pp. 145-146; L.R. PERFETTI, *Art. 107 – Autorizzazione*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Commentario al Testo Unico bancario*, Padova, Cedam, 2012, p. 1402.

¹⁴⁰ M. PASSALACQUA, *Possibile ricostruzione di un'amministrazione di rischio nei mercati finanziari – Report annuale 2013 – Italia*, in <http://www.ius-publicum.it>, pp. 26-27.

parametri di riferimento per l'intervento di *risk management* della BCE¹⁴¹, che dovrà risultare graduato e proporzionato rispetto al livello di rischio individuato.

L'elaborazione e l'implementazione di strumenti di analisi scientifica dei vari rischi bancari sempre più raffinati sembra quindi poter assicurare, almeno in parte, il rispetto del principio di proporzionalità, con la conseguente ed inscindibile prospettiva del controllo giurisdizionale pieno ed effettivo delle scelte sul rischio operate dalla BCE.

¹⁴¹ Ibidem. In argomento, dello stesso A., v. altresì *Diritto del rischio nei mercati finanziari: prevenzione, precauzione ed emergenza*, Padova, Cedam, 2012.

III

OPINIONI E RECENSIONI

DONATO VESE
Postdoctoral Researcher, University of Turin, Department of Law
donato.vese@unito.it or vesed@fcd.ie

REGULATING FAKE NEWS: THE RIGHT TO FREEDOM OF EXPRESSION IN THE ERA OF EMERGENCY*

ABSTRACT

Governments around the world are strictly regulating information on social media in the interests of addressing fake news. There is, however, a risk that the uncontrolled spread of information could increase the adverse effects of the Covid-19 health emergency through the influence of false and misleading news. Yet, governments may well use health emergency regulation as a pretext for implementing draconian restrictions on the right to freedom of expression, as well as increasing social media censorship. This article seeks to challenge the stringent legislative and administrative measures governments have recently put in place in order to analyse their negative implications for the right to freedom of expression and suggest different regulatory approaches in the context of public law. These controversial government policies are discussed in order to clarify why freedom of expression cannot be allowed to be jeopardised in the process of trying to manage fake news. Firstly, an analysis of the legal definition of fake news in academia is presented in order to establish the essential characteristics of the phenomenon (Section 2). Secondly, the legislative and administrative measures implemented by governments at both international (Section 3) and EU levels (Section 4) are assessed, showing how they may undermine a core human right by curtailing freedom of expression. Then, starting from the premise of social media as a “watchdog” of democracy, and moving on to the contention that fake news is a phenomenon of “mature” democracy, the article argues that public law already protects freedom of expression and ensures its effectiveness at the international and EU levels through some fundamental rules (Section 5). There follows a discussion of the key regulatory approaches, and, as an alternative to government intervention, self-regulation and especially empowering users are proposed as strategies to

* This article represents a first draft of a broader research under review in an international journal and is forthcoming in a book of proceedings of the international conference “*Covid 19, pandémies et crises sanitaires, quels apports des sciences humaines et sociales ?*”, École Supérieure de technologie d’Essaouira, 16-17th, December 2020.

I wish to thank the co-ordinator of the conference, Professor Mohamed Boukherouk for inviting me to that important event. I am also grateful for suggestions and comments from colleagues at the international conference organized by the École Supérieure de technologie: Mélissa Moriceau, Hilaire Akerekoro, Abdelkader Behtane, Miterand Lienou, and Yanick Hypolitte Zambo.

I am deeply indebted to Professor Luca Perfetti for reading the first draft of this article and for accepting it for publication in the Journal *Persona e Amministrazione*. Finally, sincere thanks to Professor Adrian Bedford who reviewed the manuscript in English. The usual disclaimer applies.

effectively manage fake news by mitigating the risks of undue interference by regulators in the right to freedom of expression (Section 6). The article concludes by offering some remarks on the proposed solution and in particular by recommending the implementation of reliability ratings on social media platforms (Section 7).

KEYWORDS: Freedom of expression, Fake news, Government intervention, Self-regulation, Empowering users.

SUMMARY: 1. Introduction – 2. What is fake news? A definition – 3. International regulatory responses to fake news – 4. Legislative and administrative measures regulating fake news in the European union – 5. Safeguarding the right of expression in international and EU law – 6. Empowering users, self-regulation, and government intervention – 7. Conclusion.

1. Introduction.

In one of the masterpieces of contemporary literature, *Il cimitero di Praga*,¹ Simone Simonini (and his alter ego the Abbé Dalla Piccola) is a cynical forger who continuously produces and sells fake news. Simonini fakes documents not only for private individuals but also for the police, the secret services, and even the State. He shapes the story to his liking, transforming it with his false documents, often based on the decontextualisation of existing documents and therefore originating from true facts. It is the principle of likelihood that makes this news plausible.

Eco's novel shows how reality can be altered, changed, and even created by words. The protagonist, Simonini, demonstrates this, as does a historical case cited in the text, "The Protocols of the Elders of Zion", a fake that spread throughout Europe, exploited by Hitler and even gaining credence among enlightened men such as Henry Ford. Eco describes the process underlying so-called fake news as a real problem for society. Its presence on the Internet, from the most harmless to the most pernicious, is growing rapidly and is increasingly difficult to recognise.

However, Eco's novel also shows the importance of freedom of expression and opinion as the cornerstone of democratic society. Freedom of expression may come at a price, and perhaps we are paying it now in this time of crisis through the spread of fake news on social media. However, it is one that we should be willing to pay without undue hesitation as the future of the

¹ U. ECO, *The Prague Cemetery*, tr. Richard Dixon, Harvill Secker, London/Houghton Mifflin, New York 2011.

democracy in which we believe is at stake. Furthermore, is it not true that we would challenge government restrictions on the right to economic freedom, as some are already doing? The same holds true for freedom of movement and other human rights. By contrast, in the context of the current health emergency, we are observing how governments address fake news on social media by adopting regulatory policies that can significantly undermine freedom of expression.

In this article, I seek to challenge the strict emergency legislative and administrative measures governments have recently put in place in order to analyse their negative implications for the right to freedom of expression and suggest a possible solution in the context of public law. I shall discuss these controversial government policies in order to clarify why we cannot allow freedom of expression to be jeopardised in the process of trying to manage the risks of fake news.

I start with an examination of the legal definition of fake news in academia in order to establish the essential characteristics of the phenomenon (Section 2).

Secondly, I assess the legislative and administrative measures implemented by governments at both international and EU levels (Sections 3 and 4 respectively), showing how they may undermine a core human right by curtailing freedom of expression.

Then, starting from the premise of social media as a “watchdog” of democracy, and moving on to the contention that fake news is a phenomenon of “mature” democracy, I will argue that public law already protects freedom of expression and ensures its effectiveness at the international and EU levels through some fundamental rules (Section 5).

Lastly, I explore key regulatory approaches and, as an alternative to government intervention, I propose self-regulation and above all empowering users as strategies to manage fake news by mitigating the risks of undue interference in the right to freedom of expression (Section 6).

In so doing, I conclude the article by offering some remarks on the proposed solution and in particular by recommending the implementation of reliability ratings on social media platforms (Section 7).

2. What is fake news? A definition.

What is fake news? This is quite a challenging question for legal scholars, so a preliminary task is to establish a definition and identify some of the key problems raised by fake news in academic debate and at the institutional level. This first section aims to do just that.

There is no universally agreed-upon definition of fake news. Indeed, as we shall see, scholars have suggested various meanings for the term, and a definition has recently been proposed as “the online publication of intentionally or knowingly false statements of fact”.²

Academics have also defined fake news as lies, namely deliberately false statements of fact distributed via news channels.³ Nevertheless, as has rightly been noted, current usage is not yet settled, and there are clearly different types of fake news that should not be conflated for legal purposes.⁴

For other scholars, fake news should be limited to articles that suggest, through appearance and content, the conveyance of real news but which also knowingly include at least one material factual assertion that is empirically verifiable as false and that is not otherwise protected by the fair report privilege⁵, even if these are often understood as fabricated news stories.⁶

Moreover, according to another definition, fake news is information that has been deliberately fabricated and disseminated with the intention of deceiving and misleading others into believing falsehoods or doubting verifiable facts.⁷

The authors of a well-known article on the US presidential election of 2016 define fake news as news articles that are intentionally and verifiably false, and could mislead readers⁸, as well as

² D. O. KLEIN and J. R. WUELLER, “Fake News: A Legal Perspective” (2017) 20(10) *Journal of Internet Law* 6, also available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2958790>.

³ M. VERSTRAETE et al., “Identifying and Countering Fake News” (2017) *Arizona Legal Studies Discussion Paper* no. 17-15, 5-9.

⁴ B. BAADE, “Fake News and International Law” (2018) 29(4) *The European Journal of International Law* 1358, <https://doi.org/10.1093/ejil/chy071>.

⁵ C. CALVERT, S. MCNEFF, A. Vining and S. Zarate, “Fake News and the First Amendment: Reconciling a Disconnect Between Theory and Doctrine” (2018) 86 (99) *Univ. Cin. L. Rev.* 103, <https://scholarship.law.uc.edu/uclr/vol86/iss1/3>.

⁶ A. PARK and K. H. YOUM, “Fake News from a Legal Perspective: The United States and South Korea Compared” (2019) 25 *Sw. J. Int'l L.* 100-119, at 102.

⁷ T. MCGONAGLE, “Fake News: False Fears or Real Concerns?” (2017) *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 35(4), 203-209. <https://doi.org/10.1177/0924051917738685>.

⁸ H. ALLCOTT and M. GENTZKOW, “Social Media and Fake News in the 2016 Election” (2017) 31(2) *Journal of Economic Perspectives* 213. doi:10.1257/jep.31.2.211. However, in defining this concept, they exclude satirical websites such as the Onion (<https://www.theonion.com/>), which uses humour and exaggeration to criticise social and

news stories that have no factual basis but are presented as news.⁹ Incidentally, it has also been appropriately noted that fake news is also the presentation of false claims purporting to be about the world in a format and with content that resembles the format and content of legitimate media organisations.¹⁰

Furthermore, it has been observed that fake news may also purport to describe events in the real world, typically by mimicking the conventions of traditional media reportage, yet is known by its creators to be significantly false and is transmitted with the dual goal of being widely re-transmitted and of deceiving at least some of its audience.¹¹ Beyond this, it has been argued that fake news is best defined as the deliberate presentation of (typically) false or misleading claims as news, where the claims are misleading by design.¹²

Lastly, from analysis of previous studies that have defined and operationalised the term, other authors have stated that fake news is information constituting viral posts based on fictitious accounts made to look like news reports in contemporary discourse and particularly in media coverage.¹³

Outside academia, the definition of fake news has been discussed at institutional level. In the United States, several important events have been held on the definition of fake news, such as the workshop organised on 7 March 2017 by the Information Society Project at Yale Law School and the Floyd Abrams Institute for Freedom of Expression.¹⁴ During the workshop, news organisations, information intermediaries, data scientists, computer scientists, the practising bar,

political issue. On this point, for a different opinion, see D. O. KLEIN and J. R. WUELLER, *supra*, note 2, 6. See also A. BOVET, H. A. MAKSE, "Influence of Fake News in Twitter during the 2016 U.S. Presidential Election" (2019) 10 *Nature Communications* 7, <http://dx.doi.org/10.1038/s41467-018-07761-2>.

⁹ See H. ALCOTT and M GENTZKOW, *supra*, note 8, 5.

¹⁰ N. LEVY "The Bad News about Fake News", (2017) 6(8) *Social Epistemology Review and Reply Collective* 20, <http://wp.me/p1Bfg0-3GV>.

¹¹ R. RINI "Fake news and partisan epistemology", (2017) 27(2) *Kennedy Institute of Ethics Journal* E43-E64, [10.1353/ken.2017.0025](https://doi.org/10.1353/ken.2017.0025).

¹² A. GELFERT "Fake News: A Definition", (2018) 38(1) *Informal Logic* 85 and 108, <https://doi.org/10.22329/il.v38i1.5068>, where "the phrase 'by design' is intended to reflect that what is novel about fake news – not only, but especially on electronic social media – is its systemic dimension."

¹³ E. C. TANDOC Jr, W. L. ZHENG and R. LING, "Defining 'fake news': A Typology of Scholarly Definitions" (2018) 6(2) *Digital Journalism* 2, doi.org/10.1080/21670811.2017.1360143.

¹⁴ "Fighting Fake News Workshop Report", 3-4, <https://law.yale.edu/isp/initiatives/floyd-abrams-institute-freedom-expression/practitioner-scholar-conferences-first-amendment-topics/fighting-fake-news-workshop>, accessed 9 November 2020.

and sociologists explored efforts to define fake news and discuss the feasibility and desirability of possible solutions.

First of all, the participants determined that the most salient danger associated with fake news is the fact that it devalues and delegitimises the voices of experts, authoritative institutions, and the concept of objective data, all of which undermines society's ability to engage in rational discourse based upon shared facts.

Secondly, some argued that the difficulty of defining fake news raised the attendant risk of overbroad government regulation, while others worried that opening the door to permitting government sanctions against certain kinds of public discourse would grant the government too much power to control speech in areas of public concern.

In general, most participants were reluctant to propose negative State regulations for fake news. The option of using government funding or other economic incentives to indirectly promote legitimate news and information outlets was floated, but this was rightly critiqued on similar grounds to those associated with government intervention to penalise certain kinds of speech, simply by aiming to prevent the government from determining what is true or worthy.

Ultimately, nearly all participants agreed on one overarching conclusion: that re-establishing trust in the basic institutions of a democratic society is critical to combat the systematic efforts being made to devalue truth. In addition to thinking about how to fight different kinds of fake news, it is necessary to think broadly about how to bolster respect for facts.

In Europe, the European Commission promoted a public consultation from 13 November 2017 to 23 February 2018, which, among other things, afforded some criteria for defining fake news.¹⁵ In particular, organisations were asked to suggest different criteria for defining fake news, including from a legal point of view. The responses highlighted a wide range of criteria, with the

¹⁵ European Commission "Public Consultation on Fake News and Online Disinformation" 26 April 2018, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/public-consultation-fake-news-and-online-disinformation>, accessed 10 November 2020. The consultation will collect information on: (i) definition of fake information and their spread online; (ii) assessment of measures already taken by platforms, news media companies and civil society organisations to counter the spread of fake information online; (iii) scope for future actions to strengthen quality information and prevent the spread of disinformation online.

consensus that fake news could be defined by looking at: (i) the intent and apparent objectives pursued by fake news; (ii) the sources of such news, and (iii) the actual content of news.¹⁶

Essentially, this consultation reached a definition of fake news based on the pursued objectives of the news. Thus, the concept would mainly cover online news, albeit sometimes disseminated in traditional media too, intentionally created and distributed to mislead readers and influence their thoughts and behaviour.

Moreover, fake news can polarise public opinion, opinion leaders, and media by creating doubts regarding verifiable facts, eventually jeopardising the free and democratic opinion-forming process and undermining trust in democratic processes. Gaining political or other kinds of influence or funds through online advertising (e.g. clickbait), or causing damage to an undertaking or a person can also be a major aim of fake news. The existence of a clear intention behind the fake news would establish the difference between this phenomenon and that of misinformation i.e., where wrong information is provided owing, for instance, to good-faith mistakes or to failure to respect basic journalism standards (e.g. verification of sources, investigation of facts etc.).¹⁷

Lastly, it should be noted that, in the consultation in question, civil society organisations and news media in particular justifiably criticised the term “fake news” as misleading and with negative connotations i.e. used by those who criticise the work of the media or opposing political views. Hence, since fake news may be a symptom of a wider problem, namely the crisis of information, the use of the term “disinformation” was suggested as a more appropriate expression.

In the United Kingdom, the House of Commons Digital, Culture, Media and Sport (DCMS) Select Committee published its final report on Disinformation and fake news at the end of an 18-month inquiry on 18 February 2019.

In this Final Report, the DCMS stated that fake news is a poorly-defined and misleading term that conflates a variety of false information, from genuine error through to foreign interference in democratic processes. For this reason, the DCMS Committee recommended that the government move away from the term fake news and instead seek to address disinformation

¹⁶ European Commission “Synopsis Report of the Public Consultation on Fake News and Online Disinformation” 26 April 2018, 6, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/synopsis-report-public-consultation-fake-news-and-online-disinformation>, accessed 10 November 2020.

¹⁷ Ibid, 6.

and wider online manipulation by defining disinformation as the deliberate creation and sharing of false or manipulated information that is intended to deceive and mislead audiences, either for the purposes of causing harm, or for political, personal or financial gain. Conversely, misinformation should refer to the inadvertent sharing of false information.¹⁸

Starting from the suggested definition of fake news, the DCMS Committee called for a (i) compulsory code of ethics for social media companies overseen by an independent regulator, (ii) additional powers for the regulator to launch legal action against companies breaching the code, and for (iii) a reform of electoral communications laws and rules on overseas involvement in elections. Finally, it also recommended creating an (iv) obligation for social media companies to take down known sources of harmful content, including proven sources of disinformation.

In addition, as regards further institutional actions linked to the aforementioned definition of fake news, the UK government has been committed to maintaining a news environment, both online and offline, where accurate content and high-quality news online can prevail. While mechanisms are in place to enforce accuracy and impartiality in the broadcast and press industries, greater regulation in the online space has been considered. It has developed a range of regulatory and non-regulatory initiatives to improve transparency and accountability in the online environment where information is shared. It has also committed to ensuring that freedom of expression in the UK is protected and enhanced online, and this work will be carried out in partnership with industry, the media, and civil society institutions.

The brief analysis presented so far shows that the definition of fake news is particularly complex and raises some significant issues.

Essentially, we might reasonably argue that fake news is information designed to emulate characteristics of the media in form but not in substance. Fake news sources typically do not have

¹⁸ House of Commons Digital, Culture, Media and Sport Committee “Disinformation and ‘Fake News’: Government response to the committee’s fifth report of session 2017-19”, hc 1630 (2018), 2, <https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmcumeds/1630/1630.pdf>, archived at <https://perma.cc/e92s-4ggc>; accessed 11 November 2020. It should be noted that, to help provide clarity and consistency, the Digital, Culture, Media and Sport Committee recommended that the government not use the term ‘fake news’ and instead use, and define, the words ‘misinformation’ and ‘disinformation’. On this point see C. FEIKERT-AHALT, “Initiatives to Counter Fake News in Selected Countries – United Kingdom” 100-108, <https://www.loc.gov/law/help/fake-news/index.php>, accessed 11 November 2020.

media editorial policies and procedures for ensuring the correctness and reliability of the information. This, in the majority opinion of academics, would likely make them unreliable and harmful to the public. Fake news adds to other information flaws, namely misinformation, meaning false or misleading information, and disinformation, namely false information that is deliberately disseminated to deceive people.

Fake news plays a leading role in several areas, such as politics, health and the economy, which means that governments around the world are called upon to regulate the phenomenon.¹⁹

In the next two sections I shall consider legislative and administrative policies in order to discuss and criticise the robust measures governments have introduced to address fake news at international and European level (Sections 3 and 4 respectively).

In doing so, the analysis is carried out specifically on States that have adopted particularly stringent policies to address fake news on social media during the COVID-19 pandemic, bearing in mind that policies became more stringent during and after the outbreak of the pandemic. The analysis of the measures implemented by States around the world, therefore, is not based on their policy of freedom of expression nor on their way of guaranteeing it to their citizens. On the contrary, emergency legislative and administrative measures are evaluated in order to understand whether or not they fall foul of international and European rules that protect human rights with regard to freedom of expression.

3. International regulatory responses to fake news.

All over the world, some governments have issued stringent legislative and administrative measures restricting freedom of expression in order to address fake news. In this regard, an important factor to consider is that the pandemic has encouraged strict government policies, which, acting under the threat of loss of life, have passed particularly invasive human rights laws to manage the risks of online disinformation.

¹⁹ See, for example, M. R. LEISER “Regulating Fake News” (2017), Web, available at <https://openaccess.leidenuniv.nl/handle/1887/72154>.

Amnesty international, in its latest report on “The state of the world’s human rights” has emphasised the relationship between freedom of expression and fake news.²⁰ The report documented various repressions with criminal sanctions imposed by governments around the world against journalists and social media users.

In a few countries, particularly in Asia and the Middle East and North Africa, authorities prosecuted and even imprisoned human rights defenders and journalists using vaguely worded charges such as spreading misinformation, leaking state secrets and insulting authorities, or labelled them as “terrorists”. Some governments invested in digital surveillance equipment to target them.²¹ Moreover, public authorities punished those who criticised government actions on COVID-19, exposed violations in the response to it or questioned the official narrative around it. Many people were detained arbitrarily and, in some cases, charged and prosecuted. In some countries, the government used the pandemic as a pretext to clamp down on unrelated criticism.

In Latin America, disinformation laws that force platforms to decide whether to remove content without judicial orders have been found incompatible with article 13 of the American Convention on Human Rights.²²

The UN Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression has recently declared that several States have adopted laws that grant the authorities excessive discretionary powers to compel social media platforms to remove content that they deem illegal, including what they consider to be disinformation or “fake news”. He has also affirmed how failure to comply is sanctioned with significant fines and content blocking.²³ The UN Special Rapporteur has highlighted how such laws lead to the suppression of legitimate online expressions with limited or no due process or without prior court order and contrary to

²⁰ Amnesty International, report 2020/21 “The state of the world’s human rights”, <https://www.amnesty.org/en/documents/pol10/3202/2021/en/>, accessed 13 June 2021.

²¹ Ibid, 16.

²² See Mandates of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression and the Special Rapporteur for freedom of expression of the Inter-American Commission on Human Rights, OL BRA 6/2020, 3 July 2020, available also online on the website <https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadPublicCommunicationFile?gId=25417>, accessed 16 June 2021.

²³ See UN Special Rapporteur, Report on disinformation, A/HRC/47/25, 13 April 2021, 12, <https://undocs.org/A/HRC/47/25>, accessed 15 June 2021.

requirements of Article 19(3) of the International Covenant on Civil and Political Rights.²⁴ In addition, it has been shown the trend that sees States delegating to online platforms “speech police” functions that traditionally belong to the courts. The risk with such laws is that intermediaries are likely to err on the side of caution and “over-remove” content for fear of being sanctioned.²⁵

As regards private companies, although do not have the same human rights obligations as States, social media platforms expected to respect human rights in their activities and operations in line with the Guiding Principles on Business and Human Rights. In response to the challenges raised by fake news the main social media platforms have adopted a range of policies and tools, generally banning what they consider to be false news and various deceptive practices that undermine authenticity and integrity on their platforms. To this purpose, Social media giants like Twitter²⁶ and Facebook²⁷ have adopted specific policies on COVID-19-related disinformation and have also established a third-party fact-checking programme²⁸ and new community-based approach to fighting misinformation²⁹ respectively.

Nonetheless, as we shall see, social media policies are still ineffective, counterproductive and in some cases detrimental to users’ rights.

With this in mind, this Section of the article specifically focuses on States around the world that have taken particularly stringent emergency legislative and administrative measures to deal with fake news on social media during the COVID-19 pandemic: China, United States, Russia, United Kingdom, Australia, Canada, Burkina Faso, Singapore and India.³⁰ Furthermore, in grasping the

²⁴ Ibid, 12.

²⁵ Ibid, 12.

²⁶ See Twitter, COVID-19 misleading information policy, <https://help.twitter.com/en/rules-and-policies/medical-misinformation-policy>, accessed 16 June 2021.

²⁷ See Facebook, Advertising Policies related to coronavirus (COVID-19), <https://www.facebook.com/business/help/1123969894625935>, accessed 16 June 2021.

²⁸ See Facebook, Facebook’s Third-Party Fact-Checking Program, <https://www.facebook.com/journalismproject/programs/third-party-fact-checking>, accessed 16 June 2021.

²⁹ See Twitter, Introducing Birdwatch, a community-based approach to misinformation, https://blog.twitter.com/en_us/topics/product/2021/introducing-birdwatch-a-community-based-approach-to-misinformation, accessed 16 June 2021.

³⁰ For an statistical analysis also extended to criminal measures to combat fake news during the COVID-19 pandemic, see International Press Institute, COVID-19: Number of Media Freedom Violations by Region, <https://ipi.media/covid19-media-freedom-monitoring/>, accessed 14 June 2021.

extent of the legislative and administrative measures on the right to freedom of expression, the analysis will also cover the social media regulation in force.

In Asia, China has passed some of the strictest laws in the world when it comes to fake news.³¹ In 2016, the Cybersecurity Law criminalised “any individual or organization (...) that fabricates or disseminates false information to disrupt the economic and social order” (article 12).³² In particular, China’s Cybersecurity Law requires social media platforms to solely republish and link to news articles from registered news media. Furthermore, in 2018 the Chinese authorities started requiring microblogging sites to highlight and refute rumours on their platforms and launched a platform called Piyao that allows people to report potential fake news. The platform broadcasts real news sourced from state-owned media, party-controlled local newspapers, and various government agencies. The app also uses artificial intelligence to automatically detect rumours of accounts on social media platforms like Weibo and WeChat, on which it broadcasts reports from State-owned media.

As reported in a reliable source, since the spread of the COVID-19 outbreak the Chinese government systematically started checking information on the disease available online and in the media.³³ Indeed, briefings and media reports describe how the government and public authorities delayed releasing information on the coronavirus outbreak to the public.³⁴ Thus, the Hubei authorities silenced and sanctioned a number of citizens for spreading rumours and disturbing the

³¹ See, for example, B. QIN, D. STRÖMBERG and Y. WU, “Why Does China Allow Freer Social Media? Protests versus Surveillance and Propaganda” (2017) 31(1) *The Journal of Economic Perspectives* 117-140, <https://doi.org/10.1257/jep.31.L117>; L. GUO, “China’s ‘Fake News’ Problem: Exploring the Spread of Online Rumors in the Government-Controlled News Media” (2020) 8(8) *Digital Journalism* 992-1010, <https://doi.org/10.1080/21670811.2020.1766986>.

³² See Standing Committee of the National People’s Congress, Cybersecurity Law of the People’s Republic of China, Order No. 53 of the President, 11 July 2016, <http://www.lawinfochina.com/display.aspx?lib=law&id=22826#>, accessed 11 November 2020. See S. REEVES, R. ALCALA and E. GREGORY “Fake News! China is a Rule-of-Law Nation and Respects International Law” (2018) 39(4) *Harvard International Review* 42-46.

³³ See, for example, L. KHALIL, “Digital Authoritarianism, China and Covid”, Lowy Institute; https://www.lowyinstitute.org/publications/digital-authoritarianism-china-and-covid#_edn42; accessed 11 November 2020.

³⁴ Forbes, 2 June 2020, Report: China Delayed Releasing Vital Coronavirus Information, Despite Frustration From WHO; <https://www.forbes.com/sites/isabeltogoh/2020/06/02/report-china-delayed-releasing-vital-coronavirus-information-despite-frustration-from-who/>; accessed 12 November 2020.

social order. Two of the people involved were medical experts who had warned the public of the spread of the coronavirus on social media.³⁵

The Cyberspace Administration of China (CAC), the government agency that controls Internet infrastructure and content within the Chinese borders, threatened websites, media platforms and accounts with sanctions for disseminating harmful or alarming news related to COVID-19. Additionally, in a CAC report, Sina Weibo, Tencent and ByteDance were flagged for an inspection of their platforms.³⁶

More generally, the authorities warned the public of the legal consequences of fake news. A Chinese police announcement report regarding sanctions for rumours demonstrates that many citizens received a reprimand, fines, and administrative or criminal detention in January 2020.³⁷

In the United States, Congress passed the Honest Ads Act in 2017, aiming to regulate online political advertising and countering fake news. Specifically, the law requires social media platforms like Facebook and Google to keep copies of ads, make them public, and keep tabs on who is paying and how much.³⁸ In addition, the Honest Ads Act compels companies to disclose details such as advertising spending, targeting strategies, buyers, and funding. It also requires online political campaigns to adhere to stringent disclosure conditions for advertising on traditional media.³⁹

The US National Defense Authorization Act of 2017 approved the establishment of the Global Engagement Center⁴⁰ to lead, synchronise, and coordinate the Federal Government's efforts to deal with foreign State and non-State propaganda and disinformation efforts aimed at

³⁵ https://www.hubei.gov.cn/zxjy/rdhy/202001/t20200101_1862068.shtml; accessed 10 November 2020.

³⁶ <https://mp.weixin.qq.com/s/YhjV75NwJZO4CyPdepArQw>; accessed 10 November 2020.

³⁷ Cf. China: Protect Human Rights While Combatting Coronavirus Outbreak; <https://mp.weixin.qq.com/s/3dYMFtlvXS-WuEJcZDytWw>; accessed 12 November 2020.

³⁸ Cf. S.1989 - Honest Ads Act, 19 October 2017, <https://www.congress.gov/bill/115th-congress/senate-bill/1989/text>, accessed 11 November 2020.

³⁹ R. KRASKI, "Combating Fake News in Social Media: U.S. and German Legal Approaches" (2017) 91(4) St. John's Law Review 923-955; see also Policy Report by G. HACIYAKUPOGLU, J. YANG HUI, V. S. SUGUNA, D. LEONG and M. RAHMAN, "Countering Fake News: A Survey of Recent Global Initiatives" (2018) S Rajaratnam School of International Studies 3-22, available at https://www.rsis.edu.sg/wp-content/uploads/2018/03/PR180416_Countering-Fake-News.pdf.

⁴⁰ "Global Engagement Center" US Department of State: Diplomacy in Action, <https://www.state.gov/r/gec/>, accessed 11 November 2020.

jeopardising United States national security interests.⁴¹ By contrast, the Governor of the State of California vetoed a bill that was to create an advisory group meant to monitor the spread of misinformation on social media and find potential solutions.⁴²

In 2020, during the COVID-19 pandemic, the United States tightened control over coronavirus messaging by government health officials and scientists, directing them to coordinate all statements and public appearances.⁴³

On 31 March 2020, the Russian authorities approved amendments to the Criminal Code and to the Code of Administrative Offences that introduced criminal penalties for public dissemination of knowingly fake news in the context of the COVID-19 emergency, including the social media environment.⁴⁴ In particular, the Government established criminal liability for the public dissemination of knowingly fake news regarding circumstances posing a threat to the life and safety of citizens under Article 207.1 of the Criminal Code of the Russian Federation (CCRF),⁴⁵ as well as for the public dissemination of knowingly false socially significant information, which entailed grave consequences under Article 207.2 of the CCRF.⁴⁶

Furthermore, the legislative changes extended criminal sanctions for violating sanitary and epidemiological regulations. Amendments to the Russian Code of Administrative Offences introduced hefty fines of up to five million roubles for journalists spreading fake news. In fact, pursuant to Article 13.15 of the Code of Administrative Offences of the Russian Federation, committing the same offence twice could lead to a fine of up to 10 million roubles.

⁴¹ See S.2943 – National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2017, Congress.Gov, <https://www.congress.gov/bill/114th-congress/senatebill/2943/text>, accessed 11 November 2020.

⁴² See Senate of the State of California, SB-1424 Internet: social media: advisory group, https://leginfo.ca.gov/faces/billStatusClient.xhtml?bill_id=201720180SB1424, accessed 11 November 2020.

⁴³ New York Times, 27 February 2020, Pence Will Control All Coronavirus Messaging from Health Officials; <https://www.nytimes.com/2020/02/27/us/politics/us-coronavirus-pence.html>; accessed 10 November 2020.

⁴⁴ On Russian fake news legislation see O. POLLICINO, “Fundamental Rights as Bycatch - Russia’s Anti-Fake News Legislation” *VerfBlog*, 2019/3/28, <https://verfassungsblog.de/fundamental-rights-as-bycatch-russias-anti-fake-news-legislation/>, doi:10.17176/20190517-144352-0, accessed 12 November 2020.

⁴⁵ See The criminal Code of the Russian Federation, Article 207.1 “Public dissemination of knowingly false information about circumstances that pose a threat to the life and safety of citizens”; <https://rulings.ru/uk/Razdel-IX/Glava-24/Statya-207.1/>.

⁴⁶ Ibid, Article 207.2 “Public dissemination of knowingly false socially significant information, which entailed grave consequences”.

In the United Kingdom, the House of Commons Digital, Culture, Media and Sport Committee (DCMS) examined the issue of disinformation and fake news from January 2017, focusing on issues such as the definition, role, and legal liabilities of social media platforms.⁴⁷ The DCMS Committee drew up an interim report on 29 July 2018 and a final one in February 2019. A set of recommendations produced by the committee include: (i) a compulsory code of ethics for technology companies overseen by an independent regulator with powers to launch legal action; (ii) changes to electoral communications laws to ensure the transparency of political communications online; (iii) the obligation for social media companies to take down known sources of harmful content, including proven sources of disinformation.⁴⁸

Moreover, the DCMS Committee invited elected representatives from Argentina, Belgium, Brazil, Canada, France, Ireland, Latvia, and Singapore to establish an International Grand Committee on disinformation and fake news (the so-called International Grand Committee), which held its inaugural session in November 2018.⁴⁹ Following the session, members of the International Grand Committee signed a declaration on the “Principles of the law governing the internet”, which affirms the Parliamentarians’ commitment to the principles of transparency, accountability and the protection of representative democracy in regard to the internet.⁵⁰

In Australia, the government appointed a taskforce to address fake news threats to electoral integrity through its foreign interference laws, which passed through parliament in June 2018, and which have also had some bearing on the question of disinformation. Later, the Australian Electoral Commission (AEC) commenced a social media literacy campaign and other activities to

⁴⁷ See the UK House of Commons Digital, Culture, Media and Sport Committee, ‘Fake news’ inquiry, 30 January 2017, <https://old.parliament.uk/business/committees/committees-a-z/commons-select/culture-media-and-sport-committee/news-parliament-2015/fake-news-launch-16-17/>, accessed 12 November 2020.

⁴⁸ See the House of Commons, Digital, Culture, Media and Sport Committee, Disinformation and ‘fake news’: Interim Report Fifth Report of Session 2017-19, HC 363, 29 July 2018, <https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmcumeds/363/363.pdf>, accessed 13 November 2020.

⁴⁹ See the House of Commons, Digital, Culture, Media and Sport International Grand Committee Oral evidence: Disinformation and ‘fake news’, HC 363, 27 November 2018, <http://data.parliament.uk/writtenevidence/committeeevidence.svc/evidencedocument/digital-culture-media-and-sport-committee/disinformation-and-fake-news/oral/92923.pdf>, accessed 13 November 2020.

⁵⁰ See Members of the ‘International Grand Committee’ on Disinformation and ‘Fake News’, the Declaration on the “Principles of the Law Governing the Internet”, 27 November 2018, <https://old.parliament.uk/business/committees/committees-a-z/commons-select/digital-culture-media-and-sport-committee/news/declaration-internet-17-19/>, accessed 13 November 2020.

coincide with the 2019 federal election. In addition, there have also been several recent parliamentary inquiries and an inquiry by the Australian Competition and Consumer Commission (ACCC) examining issues related to fake news.

It should be noted that prior to the July 2018 federal by-elections⁵¹ held across four states, the Turnbull government established a multi-agency body, the Electoral Integrity Assurance Taskforce,⁵² to address risks to the integrity of the electoral system particularly in relation to cyber interference and online disinformation. Agencies involved include the AEC, the Department of Finance, the Department of Home Affairs, and the Australian Cyber Security Centre. According to the Department of Home Affairs, the taskforce's role is to provide the AEC with technical advice and expertise in relation to cyber interference and online disinformation with regard to electoral processes. A media report on the establishment of the taskforce suggested that its central concern is cybersecurity and disinformation, including fake news and interference with the electoral roll or AEC systems. The media report added that the potential use of disinformation and messaging, and any covert operations designed to disrupt the by-elections would also be closely monitored, as the foreign interference "threat environment" had escalated even within the two years since the last federal election in 2016.⁵³

Another critical point that should be mentioned is that the National Security Legislation Amendment Act 2018 added new foreign interference offences to the Australian Commonwealth Criminal Code.⁵⁴ The elements of these foreign interference offences could arguably be applied to persons who weaponise fake news in certain circumstances. In particular, the offences extend to persons who, on behalf of a foreign government, engage in the deceptive or covert conduct

⁵¹ See the Parliament of Australia, Australian Electoral Commission, Striving to safeguard election, 2 March 2019, <https://parlinfo.aph.gov.au/parlInfo/search/display/display.w3p;query=Id%3A%22media%2Fpressclp%2F6529492%22>, accessed 18 November 2020.

⁵² See Australian Electoral Commission (AEC), Electoral Integrity Assurance Taskforce, (last update) 10 July 2020, <https://www.aec.gov.au/elections/electoral-advertising/electoral-integrity.htm>, accessed 18 November 2020.

⁵³ See the Parliament of Australia, Department of Home Affairs, ASIO, AFP call-up for by-elections, 9 June 2018, <https://parlinfo.aph.gov.au/parlInfo/search/display/display.w3p;query=Id%3A%22media%2Fpressclp%2F6016585%22>, accessed 18 November 2020.

⁵⁴ See the Australian Government, National Security Legislation Amendment (Espionage and Foreign Interference) Act 2018 No. 67, 2018, 10 December 2018, <https://www.legislation.gov.au/Details/C2018C00506>, accessed 18 November 2020.

intended to influence a political or governmental process of the Commonwealth or a State or Territory or influence the exercise of an Australian democratic or political right or duty, whether in Australia or not.

Some positive signs are emerging from the AEC advertising campaign called Stop and Consider. The AEC started this campaign on 15 April 2019 on social media platforms such as Facebook, Twitter, and Instagram to encourage voters to carefully check the source of electoral communication they would see or hear during the 2019 federal election campaign.⁵⁵ In effect, Stop and Consider was a media literacy campaign based on empowering users, positively alerting voters to the possibility of disinformation or false information intended to influence their vote and help them check sources of information and thus cast an informed vote.

Since December 2017 the Australian Competition & Consumer Commission (ACCC) has been conducting an inquiry into the impact of online platforms on media competition in Australia, including the implications of this impact for quality news and journalism.⁵⁶ The ACCC's preliminary report discusses a range of intersecting factors that pose a risk of increasing audience exposure to fake news.⁵⁷ These factors include commercial incentives for media companies to produce sensational "click bait stories" optimised for search engines and news aggregators and designed to go viral. Other potential problems include those associated with news feeds on social media platforms. Such feeds show users a mix of individual news stories with no context regarding source credibility, which makes it difficult for users to discern the quality of the information. In addition, platforms select and prioritise news on the basis of users' past behaviours and preferences, so news stories that share the same perspectives may be repeatedly made available to consumers.

In March 2018, the Canadian House of Commons Standing Committee on Access to Information, Privacy and Ethics (AIPE) began an inquiry into a breach of personal information

⁵⁵ See Australian Electoral Commission (AEC), Encouraging voters to "stop and consider" this federal election, (last update) 15 April 2019, <https://www.aec.gov.au/media/media-releases/2019/04-15.htm>, accessed 18 November 2020.

⁵⁶ See the Australian Competition & Consumer Commission (ACCC), Digital platforms inquiry, 4 December 2017, <https://www.accc.gov.au/focus-areas/inquiries-ongoing/digital-platforms-inquiry>, accessed 18 November 2020.

⁵⁷ See the Australian Competition & Consumer Commission (ACCC), Digital platforms inquiry, Preliminary Report, 10 December 2018, <https://www.accc.gov.au/focus-areas/inquiries-ongoing/digital-platforms-inquiry/preliminary-report>, accessed 18 November 2020.

involving Cambridge Analytica and Facebook.⁵⁸ The AIPE Committee's preliminary report contained a number of recommendations, mostly amendments to the Personal Information Protection and Electronic Documents Act.⁵⁹ The AIPE Committee's final report of December 2018 included a number of potential regulatory responses to the problem of misinformation and disinformation on social media.⁶⁰ One recommendation was that social media platforms would be required to be more transparent with regard to the processes behind the dissemination of material online, including clear labelling of automated or algorithmically produced content. Other suggestions were that there should be obligations on platforms to take down illegal content, including disinformation and above all fake news, with more investment by platforms and governments in digital literacy programs and public awareness campaigns.

In June 2019, Burkina Faso's parliament adopted the Protection from Online Falsehoods and Manipulation Act that seeks to punish the publication of fake news compromising security operations, false information about rights abuses or destruction of property, or images and audio from a terrorist attack. Parliament specifically amended the country's Penal Code to introduce a series of new offences that aim to fight terrorism and organised crime, fight the spread of fake news, and suppress efforts to demoralise the Burkinabe armed forces.⁶¹ Offenders could face fines of up to £7,000 or a maximum 10 years in jail.

⁵⁸ See Standing Committee on Access to Information, Privacy and Ethics, Breach of personal information involving Cambridge Analytica and Facebook, Reports and Government Responses. On this point, two reports can be consulted: (i) Report 16: Addressing Digital Privacy Vulnerabilities and Potential Threats to Canada's Democratic Electoral Process, 14 June 2018; (ii) Report 17, Democracy under Threat: Risks and Solutions in the Era of Disinformation and Data Monopoly, 6 December 2018, <https://www.ourcommons.ca/Committees/en/ETHI/StudyActivity?studyActivityId=10044891>, accessed 23 November 2020.

⁵⁹ See Committee on Access to Information, Privacy and Ethics, Report 16: Addressing digital privacy vulnerabilities and potential threats to Canada's democratic electoral process, 14 June 2018, <https://www.ourcommons.ca/DocumentViewer/en/42-1/ETHI/report-16/>, accessed 24 November 2020.

⁶⁰ See Committee on Access to Information, Privacy and Ethics, Report 17, Democracy under Threat: Risks and Solutions in the Era of Disinformation and Data Monopoly, 6 December 2018, <https://www.ourcommons.ca/DocumentViewer/en/42-1/ETHI/report-17>, accessed 25 November 2020.

⁶¹ See Assemblée Nationale, Modification de la loi 31 Mar 2018 No. 25 (Code Penal), <https://perma.cc/LQH4-72W4>, accessed 28 November 2020.

In May 2019, the Singapore Parliament approved a law criminalising the dissemination of fake news online.⁶² The law makes it illegal to spread false statements of fact that compromise security, public peace and safety, and the country's relations with other nations. In particular, the law punishes those who post fake news with heavy fines and even jail time. In this regard, if a user shares false information, the penalty is a fine of up to \$37,000 or five years in prison. What is more, the punishment jumps to \$74,000 and a potential 10-year jail term if the falsehood was shared using an inauthentic online account or a bot. A further important aspect is that social media platforms like Facebook and Twitter face fines of up to \$740,000 for their roles in spreading misinformation.

In India, during the nationwide lockdown imposed after the pandemic, more than 50 journalists were arrested under emergency laws for spreading fake news. On 7 April 2020, Uttar Pradesh police lodged a First Information Report (FIR) against journalist Prashant Kanojia for allegedly making "objectionable remarks" about Prime Minister Modi and Chief Minister Yogi Adityanath on social media. Shortly afterwards, the Uttar Pradesh police registered another FIR against The Wire, a daily news website, and its editor Siddharth Varadarajan for reporting that Yogi Adityanath had attended a public religious event after the nationwide lockdown was announced⁶³.

4. Legislative and administrative measures regulating fake news in the European union.

Member States of the European Union have started to regulate fake news by law, and some EU governments have issued administrative measures accordingly. However, the COVID-19 pandemic has considerably increased legislative initiatives and administrative measures imposed by EU governments. Therefore, this Section of the article specifically looks at the Member States that have taken particularly stringent emergency legislative and administrative measures to manage fake

⁶² See Republic of Singapore, Protection from Online Falsehoods and Manipulation Act 2019, 25 June 2019, <https://sso.agc.gov.sg/Acts-Supp/18-2019/Published/20190625?DocDate=20190625>, accessed 28 November 2020. See M. Zastrow, "Singapore Passes 'Fake News' Law Following Researcher Outcry" *Nature* 15 May 2019, <https://doi.org/10.1038/d41586-019-01542-7>. See also, for a comparative law perspective, K. Han "Big Brother's regional ripple effect: Singapore's recent 'fake news' law which gives ministers the right to ban content they do not like, may encourage other regimes in south-east Asia to follow suit" (2019) 48(2) *Index on Censorship* 67-69.

⁶³ Amnesty International, *supra*, note 20 184.

news during the COVID-19 pandemic: Germany, France, Italy, Spain, Hungary and Bulgaria. In addition, the social media regulation in force is analysed to understand the impact of emergency measures on the right to freedom of expression.

In Germany, following the events during the US election campaign, the Network Enforcement Act (*Netzwerkdurchsetzungsgesetz* or NetzDG) was approved on 30 June 2017 with the specific aim of fighting fake news on social networks by improving enforcement of the current laws.⁶⁴ Basically, with the Network Enforcement Act (hereinafter the “NEA”), Germany made fighting fake news on social networks a priority. To achieve this goal, the German government implemented law enforcement on social networks in order to promptly remove objectively criminal content, namely incitement to hatred, abuse, defamation, or content that might lead to a breach of the peace by misleading authorities into thinking a crime has been committed.

However, the obligations placed upon private companies to regulate and take down content raises concern with respect to freedom of expression. A prohibition on the dissemination of information based on vague and ambiguous criteria, such as “insult” or “defamation”, could be incompatible with article 19 of the International Covenant on Civil and Political Rights.⁶⁵

The NEA works by requiring social media platforms to provide a mechanism for users to submit complaints about illegal content. Once they receive a complaint, platforms must investigate whether the content is illegal and must remove it within 24 hours only if the content is “manifestly unlawful”. Failing that, public authorities may impose high fines for failing to comply with existing legal obligations. In particular, platforms that do not remove clearly illegal content may be fined up to €50 million.

⁶⁴ Act to Improve the Enforcement of Rights on Social Networks, 1 September 2017, <http://www.gesetze-im-internet.de/netzdg/NetzDG.pdf>, English version archived at <https://perma.cc/BAE2-KAJX>, accessed 29 November 2020. See the report by H. TWOREK and P. LEERSSEN, “An Analysis of Germany’s NetzDG Law” (2019) Transatlantic High Level Working Group on Content Moderation Online and Freedom of Expression, available at <https://dare.uva.nl/search?identifier=3dc07e3e-a988-4f61-bb8c-388d903504a7>. See also the legal report by J. GESLEY, “Initiatives to Counter Fake News: Germany”, available at https://www.loc.gov/law/help/fake-news/germany.php#_ftnref42, accessed 2 December 2020. In academia, see B. HOLZNAGEL, “Das Compliance-System des Entwurfs des Netzwerk-durchsetzungsgesetzes - Eine kritische Bestandsaufnahme aus internationaler Sicht” [The Compliance System of the Draft Network Enforcement Act - A Critical Review from an International Perspective] (2017) 8/9 Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht 615-624

⁶⁵ See Mandate of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, 1 June 2017, OL DEU 1/2017, 4, <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/Legislation/OL-DEU-1-2017.pdf>, accessed 16 June 2021.

Nevertheless, the provisions imposing high fines for non-compliance with the obligations set out in the bill raise concerns, as these obligations as mentioned above may represent undue interference with the right to freedom of expression and privacy. The high fines raise proportionality concerns, and may prompt social networks to remove content that may be lawful.⁶⁶

Moreover, the NEA has been cited by other countries seeking to introduce unduly restrictive intermediary laws or social media regulations that would enable the removal of fake news without a judicial or even a quasi-judicial order. Hence, several criticisms have rightly been levelled against the NEA, and some political parties have unsuccessfully presented proposals to modify the law since it is considered unconstitutional, particularly regarding freedom of expression.⁶⁷

In France, a law against the manipulation of information was approved by the National Assembly on 22 December 2018 with the aim of providing further protecting democratic principles from the spread of fake news.⁶⁸ In particular, this law targeted the widespread and rapid dissemination of fake news by means of digital tools, especially through the channels of dissemination offered by social media platforms influenced by foreign States.⁶⁹

Thus, the new legislation concentrates especially on election campaigns, just before and during elections, in order to focus available regulation tools on the real risk, namely attempts to influence election results, as occurred during the U.S. presidential elections and the Brexit campaign. Legally speaking, the law provides the administrative measures requiring a transparency obligation for platforms, which must report any sponsored content by publishing the name of the author and the amount paid. Additionally, platforms exceeding a certain number of hits per day must have a legal representative in France and publish their algorithms. There is also a legal injunction that allows the circulation of fake news to be quickly halted.

⁶⁶ Ibid, 4.

⁶⁷ See, for example, G. NOLTE, "Hate-Speech, Fake-News, das 'Netzwerkdurchsetzungsgesetz' und Vielfaltssicherung durch Suchmaschinen" (2017) [Hate Speech, Fake News, the "Network Enforcement Act" and Assuring Diversity Through Search Engines] 61 Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht ZUM 552-554. For the proposals of the parties see, for example, the draft act submitted by the Green Party, BT-Drs. 19/5950, <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/19/059/1905950.pdf>, archived at <http://perma.cc/FBW8-FJDP>.

⁶⁸ See "Law against the Manipulation of Information" which also introduced three new articles (L. 112, L. 163-1 et L. 163-2) to the French Electoral Code, <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000037847559/2020-12-15/>, accessed 3 December 2020.

⁶⁹ R. CRAUFURD SMITH, "Fake news, French Law and Democratic Legitimacy: Lessons for the United Kingdom?" (2019) 11(1) The Journal of Media Law 52-81.

Last but not least, during the three months preceding an election, an interim judge will qualify the fake news as defined in the 1881 law on the freedom of the press according to three criteria: (i) the news must be manifestly fake, (ii) it must have been disseminated deliberately on a massive scale; (iii) it must be liable to cause a breach of the peace or compromise the outcome of an election.

The French law against the manipulation of information establishes a duty of cooperation on the part of social media platforms in order to encourage them to introduce measures to prevent fake news and make these measures public. In this regard, the French Broadcasting Authority, the Superior Audiovisual Council, is assigned the role of preventing, suspending and stopping the broadcast of television services controlled by, or influenced by, other States, and are harmful to the fundamental interests of the country.

In the midst of the health emergency, in order to fight fake news, on 30 April 2020, the French government created a specific section on COVID-19 on its website.⁷⁰ However, this initiative raised issues among journalists who consider that the government should not judge information.⁷¹ Consequently, the French government took down the fake news COVID-19 page after accusations that it had overstepped its constitutional role and infringed press freedoms.⁷²

In greater detail, the national assembly approved a controversial law referring to COVID-19 information that gives platforms a one-hour deadline to remove related content after being instructed to do so by the authorities.⁷³ Critics reasonably claimed that the law limits freedom of expression and is difficult to apply.⁷⁴ Indeed, on 18 June 2020, the Constitutional Council judged

⁷⁰ French government “Information Coronavirus,” <https://www.gouvernement.fr/info-coronavirus>, accessed 4 December 2020.

⁷¹ Libération, 3 May 2020, “Désinfox coronavirus”: l’Etat n’est pas l’arbitre de l’information, <https://www.liberation.fr/debats/2020/05/03/desinfox-coronavirus-l-etat-n-est-pas-l-arbitre-de-l-information-1787221>, accessed 4 December 2020.

⁷² On the academic debate see, more generally, R. CRAUFURD SMITH, “Fake news, French Law and Democratic Legitimacy: Lessons for the United Kingdom?” 11(1) Journal of Media Law 52-81, doi:10.1080/17577632.2019.1679424.

⁷³ The National Assembly, Bill to fight against hateful content on the internet, 13 May 2020, <https://perma.cc/C7FD-J62S>; accessed 5 December 2020.

⁷⁴ F. C. BREMNER, “French Fake News Law ‘Will Censor Free Speech’” (2018) The Times (London, England) 27.

that social media obligations to remove illegal content within 24 hours were not compatible with freedom of expression.⁷⁵

In Italy, following the constitutional referendum campaign in December 2016, a huge debate arose, and political actors began calling for new regulations to address the proliferation of fake news online. Thus, a number of proposals were made to prevent it; these could lead to the imposition of strict liability on social media platforms. On 7 February 2017 a Member of Parliament, Senator Adele Gambaro, introduced a particularly controversial bill (the so-called *DDL Gambaro*) proposing fines and criminal penalties for anyone who publishes or spreads “false, exaggerated, or biased” news reports online.⁷⁶ However, after severe criticism from public opinion, the bill did not move forward in Parliament and was not adopted.

The Italian Minister of the Interior aimed to combat fake news by promoting a system of reporting manifestly unfounded and biased news, or openly defamatory content. In this regard, on 18 January 2018, the Minister of the Interior introduced the “Red Button operational Protocol” to fight the dissemination of fake news online at the time of the political elections in 2018. The Ministry of the Interior introduced this specific online procedure in order to limit the actions of those who, with the sole intent of conditioning public opinion and tendentiously orienting their thoughts and choices, design and spread news relating to topics or subjects of public interest with no foundation. Specifically, the protocol provided a “red button” signalling service where users can report a possible network of contents linked to the phenomenon of fake news. The unit of the Italian state police that investigates cyber-crime was tasked with reviewing reports and act accordingly.⁷⁷

The Constitutional Affairs Committee of the Senate of the Italian Republic is currently discussing bill No. 1900 aimed at establishing a parliamentary committee of inquiry in order to examine the problem of disinformation and, more precisely, the dissemination of fake news on a

⁷⁵ Decision n. 2020-801 DC of June 18, 2020, Law to combat hate content on the internet, <https://perma.cc/72VE-SMDJ>; accessed 5 December 2020.

⁷⁶ See Senate of the Republic, Bill No. 2688 of 7 February 2017, <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01006504.pdf>, accessed 6 December 2020.

⁷⁷ See D. KAYE, “Mandate of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression” OL ITA 1/2018, 20 March 2018, <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/Legislation/OL-ITA-1-2018.pdf>, accessed 7 December 2020.

massive scale.⁷⁸ The bill, currently under discussion, does not establish any binding measures to deal with the spread of fake news.

On the contrary, its purpose is to empower a committee with a variety of tasks: (i) investigating the massive dissemination of illegal, false, non-verified or intentionally misleading information and content via traditional and online media; (ii) ascertaining whether such activities are backed by subjects, groups or organisations that receive financial support, including from foreign sources with the specific aim of manipulating information and influencing public opinion, also in the context of electoral or referendum campaigns; (iii) assessing the impact of disinformation on health and in the context of the COVID-19 pandemic; (iv) evaluating whether disinformation activities pursue the goal of inciting hatred, discrimination and violence; (v) exploring whether any connection exists between disinformation and commercial activities, most notably pursued by websites and digital platforms; (vi) verifying the status quo from a legal standpoint, as well as the existence and adequacy of procedures implemented by media platforms and social media service providers for the removal of false pieces of information and illegal content; (vii) assessing the existence of social, educational and literacy measures and best practices or of initiatives aimed at raising the awareness of individuals about the importance of fact-checking and reliable sources of information; (viii) determining whether legal or administrative measures aimed at countering and prevent disinformation, as well as crimes committed via the media, are necessary, also with regard to the negative consequences of disinformation on the development of minors and their learning abilities.⁷⁹

The Italian government further engaged in transparency and debunking actions. On 4 April 2020, it set up the monitoring task force to combat the spread of fake news related to COVID-19 on the web and on social networks. The main goals of the government monitoring task force are to contain the risk that the spread of online disinformation could weaken pandemic containment

⁷⁸ See Senate Act No. 1900 - Establishment of a parliamentary commission of inquiry into the massive dissemination of false information, <http://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/53197.htm>, accessed 7 December 2020.

⁷⁹ See E. APA and M. BIANCHINI, "Parliament Considers Establishing an ad-hoc Parliamentary Committee of Inquiry on the Massive Dissemination of Fake News" (2020) 10 *Iris* 1-3 <https://merlin.obs.coe.int/article/9004>.

measures and promote initiatives in order to increase citizens' control over the reliability of social network information.

The Italian Ministry of Health also took action to tackle fake news on COVID-19 on the institutional home page, where it promoted the information campaign “beware of hoaxes” with a collection of the most recurrent fake news on social media.⁸⁰ In addition, the Communication Authority (AGCOM) launched an observatory on disinformation online by publishing reports, sending information to ministries, and involving various stakeholders in the design of policies against disinformation.⁸¹

The actions taken by the Italian government have been rightly criticised as these pose many problems concerning the right to freedom of expression, media freedom, and media pluralism⁸² as well as for having adopted a notion of fake news in disagreement with that of the European Commission, which deemed it inadequate and misleading.⁸³

In Spain too, the government started monitoring online information in order to contain the spread of fake news regarding COVID-19 by establishing a specific protocol against disinformation campaigns.⁸⁴

On 30 October 2020 the government issued a ministerial order approving the protocol called “Procedure for Intervention against Disinformation” by Spain’s National Security Council in order to prevent, detect, and respond to disinformation campaigns in addition to establishing coordination mechanisms.⁸⁵ The document makes provision for the possibility of carrying out

⁸⁰ The Ministry of Health “Beware of Hoaxes,” <http://www.salute.gov.it/portale/nuovocoronavirus/dettaglioContenutiNuovoCoronavirus.jsp?lingua=italiano&id=5387&area=nuovoCoronavirus&menu=vuoto>, accessed 7 December 2020.

⁸¹ AGCOM “Covid-19 for users,” <https://www.agcom.it/covid-19-per-gli-utenti>, accessed 7 December 2020.

⁸² See B. PONTI, “The Asymmetries of the Monitoring Unit to Combat Fake News on COVID-19” *La Costituzione.info* 7 April 2020; <https://www.lacostituzione.info/index.php/2020/04/07/le-asimmetrie-dellunita-di-monitoraggio-per-il-contrasto-alle-fake-news-sul-covid-19/#more-6961>, accessed 7 December 2020.

⁸³ European Commission “Final report of the High Level Expert Group on Fake News and Online Disinformation” 12 march 2018, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/final-report-high-level-expert-group-fake-news-and-online-disinformation>, accessed 12 November 2020.

⁸⁴ For academic’s debate see, for example, J. MUÑOZ-MACHADO CAÑAS, “Noticias falsas. confianza y configuración de la opinión pública en los tiempos de internet” [Fake News. Confidence and Configuration of Public Opinion in the Times of the Internet] (2020) 86-87 *El Cronista del estado social y democrático de derecho* 122-139.

⁸⁵ Order PCM/1030/2020, of October 30, by which the Action procedure against disinformation was approved by the National Security Council; <https://www.boe.es/boe/dias/2020/11/05/pdfs/BOE-A-2020-13663.pdf>, accessed 13 December 2020.

communication campaigns to counter fake news stories without censoring them. It is up to the government to decide what exactly constitutes misinformation, with no representatives from the media or journalist associations involved in the process.⁸⁶

The order passed by the coalition government – led by the Socialist Party (PSOE), with junior partner Unidas Podemos – is based on the concept that the use of fake news to destabilise a country, or interference in public opinion by a third country, constitute a form of attack. However, opposition parties accused the government of creating a “Ministry of Truth” that would allegedly make decisions regarding content and provide media outlets with guidelines to follow. Although the Madrid press association acknowledged that the State needs to fight disinformation, it warned of the risk that the plan would lead the government to act more like a censor than as a guarantor of truth.

In reality, the Spanish plan leaves everything in the hands of the government and calls for the media to be consulted only if needed, but it is the media that should control the government rather than the government controlling the media.

On 30 March 2020, the Hungarian government issued the law making the spread of false or distorted information punishable with up to five years imprisonment⁸⁷ and, on 4 May 2020, issued a decree introducing derogations from the principle of the right to information.⁸⁸

Bulgaria’s government used its state of emergency decree to try to amend the criminal code and introduce prison sentences for spreading what it deems fake news about the outbreak with up to three years in prison or a fine of up to €5,000. Furthermore, another bill submitted to Parliament

⁸⁶ *El País*, 9 November 2020, Spain to monitor online fake news and give a ‘political response’ to disinformation campaigns, <https://english.elpais.com/politics/2020-11-09/spain-to-monitor-online-fake-news-and-give-a-political-response-to-disinformation-campaigns.html>, accessed 14 December 2020.

⁸⁷ A. GERGELY and V. GULYAS, “Orban Uses Crisis Powers for Detentions Under Fake News Law” Bloomberg.com, May 2020, <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=bsu&AN=143195291&site=ehost-live>, accessed 14 December 2020; see also *The Guardian* 30 March 2020 “Hungary passes law that will let Orbán rule by decree,” <https://www.theguardian.com/world/2020/mar/30/hungary-jail-for-coronavirus-misinformation-viktor-orban>, accessed 14 December 2020.

⁸⁸ Decree of 4 May 2020. The decree limits the application of data subjects’ rights safeguarded under Articles 15 to 22 of the GDPR in relation to the processing of data conducted by both public and private entities for the purpose fighting the COVID-19 crisis. The Decree of 4 May 2020 is available online at <https://magyarokozlony.hu/dokumentumok/008772a9660e8ff51e7dd1f3d39ec056853ab26c/megtekintes>, accessed 18 December 2020.

by a ruling coalition party on 19 April 2020 would, if approved, give the Bulgarian authorities more powers to suspend websites for spreading internet misinformation beyond the immediate health emergency.

5. Safeguarding the right of expression in international and EU law.

The administrative measures governments have recently adopted to regulate fake news may undermine fundamental rights, especially the right to freedom of expression, and the COVID-19 pandemic is emphasising this trend.⁸⁹ Indeed, we have seen that by governing disinformation and especially by fighting the spread of fake news⁹⁰ on social media platforms,⁹¹ many governments have enacted legislative and administrative measures restricting freedom of expression.⁹²

In this section, disputing the government policies in question, I shall argue that some important principles of public law guarantee and protect freedom of expression as a fundamental individual right at international and European level, never subjecting it to conditions contrary to the enjoyment of such right.⁹³

Hence, as several scholars have clearly stated, in international public law, the expression of ideas and opinions is considered a basic right of all persons as it is part of the full development of an individual, but this right also represents a milestone for free and democratic society, providing

⁸⁹ See R. RADU, "Fighting the 'Infodemic': Legal Responses to COVID-19 Disinformation" (2020) 6(3) Social Media + Society 1-4, <https://doi.org/10.1177%2F2056305120948190>. For a non-legal discussion see S. LAATO, A. N. ISLAM, M. N. ISLAM, E. WHELAN, What Drives Unverified Information Sharing and Cyberchondria during the COVID-19 Pandemic? (2020) 29 European Journal of Information Systems 288-305. <http://dx.doi.org/10.1080/0960085X.2020.1770632>.

⁹⁰ B. BAADE, "Fake News and International Law" *supra*, note 4 1358.

⁹¹ See, for example, the recent C. MARSDEN, T. MEYER and I. BROWN, "Platform Values and Democratic Elections: How can the Law Regulate Digital Disinformation?" (2020) 36 The Computer Law & Security Report 1-18 <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2019.105373>.

⁹² See, for example, E. HOWIE, "Protecting the Human Right to Freedom of Expression in International Law. (2018) 20(1) International Journal of Speech Language Pathology 12-15, <https://doi.org/10.1080/17549507.2018.1392612>.

⁹³ See, for example, E. BARENDT, *Freedom of Speech* (2nd edn., Oxford University Press, Oxford 2005); see also K. GREENAWALT, *Fighting Words: Individuals, Communities, and Liberties of Speech* (Princeton University Press, Princeton 1995).

the vehicle for the exchange and development of opinions.⁹⁴ Many important rules of international law safeguard people's freedom of expression, so that we might at least refer to the ones we indicate below.

Firstly, the Universal Declaration of Human Rights (UDHR), proclaimed by the United Nations General Assembly in Paris on 10 December 1948, ensures an effective protection of the freedom of expression pursuant to Article 19 of the UDHR in the following terms: "Everyone has the right to freedom of opinion and expression; this right includes freedom to hold opinions without interference and to seek, receive, and impart information and ideas through any media and regardless of frontiers."⁹⁵

In particular, the last part of Article 19 of the UDHR provides a legal basis for the dissemination "through any media" of information by establishing that it can be conveyed "without interference".

According to this interpretation of Article 19 of the UDHR, free, uncensored and unhindered media is essential in any society to ensure freedom of opinion and expression as the basis for the full enjoyment of a wide range of other human rights (e.g., rights to freedom of assembly and association, the exercise of the right to vote). In other words, it constitutes one of the cornerstones of a democratic society.⁹⁶

Secondly, the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) adopted by the General Assembly on 16 December 1966⁹⁷ guarantees freedom of expression and opinion in paragraphs 1 and 2 of Article 19, which read: "1. Everyone shall have the right to hold opinions

⁹⁴ See E. HOWIE, "Protecting the Human Right to Freedom of Expression in International Law", *supra*, note 92, 13. See also Human Rights Committee, communication No. 1173/2003, *Benhadj v. Algeria*, Views adopted on 20 July 2007; http://www.worldcourts.com/hrc/eng/decisions/2007.07.20_Benhadj_v_Algeria.htm; No. 628/1995, *Park v. Republic of Korea*, views adopted on 5 July 1996, http://www.worldcourts.com/hrc/eng/decisions/1996.07.05_Park_v_Republic_of_Korea.htm, accessed 8 January 2021.

⁹⁵ See United Nations General Assembly, Universal Declaration of Human Rights (UDHR), 10 December 1948, Paris, (General Assembly resolution 217 A), <https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>, accessed 8 January 2021.

⁹⁶ See Human Rights Committee, communication No. 1128/2002, *Marques v. Angola*, Views adopted on 29 March 2005, <http://hrlibrary.umn.edu/undocs/1128-2002.html>, accessed 9 January 2021.

⁹⁷ The ICCPR has been widely ratified throughout the world, with 168 States Parties. Notably, the following States have not signed the ICCPR: Myanmar (Burma), Malaysia, Oman, Qatar, Saudi Arabia, Singapore, South Sudan, and the United Arab Emirates.

without interference. 2. Everyone shall have the right to freedom of expression; this right shall include freedom to seek, receive and impart information and ideas of all kinds, regardless of frontiers, either orally, in writing or in print, in the form of art, or through any other media of his choice.”⁹⁸

In spite of this, paragraph 3 of Article 19 ICCPR imposes certain limitations on the exercise of the right to freedom of expression laid down in paragraph 2 of the same norm involving special duties and responsibilities.⁹⁹ Consequently, governments may invoke Article 19(3) ICCPR relating (a) to the respect of the rights or reputations of others, and to ensure (b) the protection of national security and public order, or of public health or morals.

Yet, if we consider the specific terms of Article 19(1) of the ICCPR as well as the relationship between opinion and thought laid down by Article 18 ICCPR, we can affirm that any derogation from paragraph 1 would be incompatible with the object and purpose of the Covenant, even in the event of public health risks such as the COVID-19 pandemic.¹⁰⁰ This argument finds support in the UN Human Rights Committee claim that freedom of opinion is an element from which “it can never become necessary to derogate (...) during a state of emergency.”¹⁰¹

As the free communication of information and ideas about public and political issues is indispensable for democracy, the ICCPR embraces the right for the media to receive information on the basis of which it can fulfil its function.¹⁰² This entails a free media able to comment on

⁹⁸ See, for example, M. O’FLAHERTY, “Freedom of Expression: Article 19 of the International Covenant on Civil and Political Rights and the Human Rights Committee’s General Comment No 34” (2012) 12(4) Human Rights Law Review, 627-654, <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngs030>.

⁹⁹ It should be noted that Article 19 is also limited by another article, Article 20, which prohibits any propaganda of war or any advocacy of national, racial, or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence.

¹⁰⁰ See the UN Human Rights Committee (HRC), *CCPR General Comment No. 24: Issues Relating to Reservations Made upon Ratification or Accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in Relation to Declarations under Article 41 of the Covenant*, 4 November 1994, CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, <https://www.refworld.org/docid/453883fc11.html>, accessed 10 January 2021.

¹⁰¹ UN Human Rights Committee 102nd session Geneva, 11-29 July 2011 General comment No. 34, Article 19: Freedoms of opinion and expression, at para. 5, <https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/gc34.pdf>, accessed 8 January 2021. General Comment No. 34 is a document adopted by the UN Human Rights Committee in July 2011 that gives States more specific guidance on the proper interpretation of Article 19 of the ICCPR.

¹⁰² J. FARKAS and J. SCHOU, *Post-Truth, Fake News and Democracy: Mapping the Politics of Falsehood* (Routledge, New York-London 2020).

public issues without censorship or restraint and to inform public opinion,¹⁰³ and the public consequently has a corresponding right to receive media output.¹⁰⁴

We can consistently note from this perspective that Article 19(2) of the ICCPR explicitly includes in this right the “freedom to seek, receive and impart information and ideas (...) through any other media of (...) choice”. Thus, governments should ensure that legislative and administrative frameworks for the regulation of social media platforms are consistent with the provisions of Article 19 of the ICCPR.

We may further observe, in accordance with the statements of the UN Human Rights Committee,¹⁰⁵ that any restrictions on the operation of websites, blogs or any other internet-based, electronic, or other such information dissemination system, including systems to support such communication, for example, internet service providers or search engines, are only permissible if they comply with paragraphs 1 and 2 of Article 19 of the ICCPR. In addition, permitted restrictions should generally be content-specific, and, on the other hand, generic bans on the operation of certain sites and systems must be considered incompatible with Article 19 of the ICCPR. Likewise, it is also inconsistent with the same rule to forbid a site or information dissemination system to publish material solely because it may be critical of the government or the political social system it espouses.¹⁰⁶

In international law, other rules enshrine the right to freedom of expression, namely the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR)¹⁰⁷, which guarantees

¹⁰³ UN Human Rights Committee (HRC), *CCPR General Comment No. 25: Article 25 (Participation in Public Affairs and the Right to Vote)*, *The Right to Participate in Public Affairs, Voting Rights and the Right of Equal Access to Public Service*, 12 July 1996, CCPR/C/21/Rev.1/Add.7, <https://www.refworld.org/docid/453883fc22.html>, accessed 11 January 2021.

¹⁰⁴ See Human Rights Committee, communication No. 1334/2004, Mavlonov and Sa'di v. Uzbekistan, http://www.worldcourts.com/hrc/eng/decisions/2009.03.19_Mavlonov_v_Uzbekistan.htm, accessed 11 January 2021.

¹⁰⁵ See supra note 101, at para. 43 <https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/gc34.pdf>, accessed 11 January 2021.

¹⁰⁶ Ibid.

¹⁰⁷ International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly Resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966, entered into force on 3 January 1976, in accordance with article 27, <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cescr.aspx>, accessed 11 January 2021. The ICESCR has been signed and ratified by 163 States parties.

the right to freedom of expression under Article 15(3)¹⁰⁸, and the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (ICERD)¹⁰⁹, which expresses the right to freedom of expression under Article 5(d)(vii) and (viii), such as the rights to freedom of thought, conscience, religion, and the freedom of opinion and expression, respectively.

As regards the European Union's (EU) legal system, freedom of expression, media freedom, and pluralism are enshrined in the EU Charter of Fundamental Rights, as well as in the European Convention on Human Rights. Furthermore, we might claim more generally that no country can join the EU without guaranteeing freedom of expression as a basic human right according to Article 49 of the Treaty on European Union (TEU).¹¹⁰

The European Convention on Human Rights (ECHR)¹¹¹ recognises the right to freedom of expression under Article 10(1), which states: 1. "Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This Article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises."¹¹²

In particular, we can clearly note that Article 10(1) of the ECHR describes several components of the right to freedom of expression, including the freedom to express one's opinion and the freedom to communicate and receive information. As a matter of principle, we therefore claim that the protection given by Article 10 of the ECHR should extend to any expression, regardless of its content, disseminated by any individual, group, or type of media. Therefore, based on what we have seen, we can argue that the right protected by Article 10 of the ECHR entirely

¹⁰⁸ Article 15(3) of the ICESCR "The States Parties to the present Covenant undertake to respect the freedom indispensable for scientific research and creative activity."

¹⁰⁹ International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, adopted and opened for signature and ratification by General Assembly Resolution 2106 (XX) of 21 December 1965, entered into force on 4 January 1969, in accordance with Article 19, <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cerd.aspx>, accessed 11 January 2021. The ICERD has been ratified by 177 States.

¹¹⁰ See Article 49 of the TEU, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:12012M049>, accessed 12 January 2021.

¹¹¹ The European Convention on Human Rights was opened for signature in Rome on 4 November 1950 and came into force in 1953, <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c>, accessed 12 January 2021.

¹¹² Yet, we should consider some of the "duties and responsibilities" set forth in Article 10(2) of the ECHR. See the seminal work by D. VOORHOOF, "The European Convention on Human Rights: The Right to Freedom of Expression and Information restricted by Duties and Responsibilities in a Democratic Society (2015) 7(2) Human Rights 1-40.

covers freedom of expression on social media as it includes the right to hold opinions and to receive and impart ideas and information without interference regardless of frontiers, which are removed thanks above all to social media platforms.

The Charter of Fundamental Rights of the European Union (CFR)¹¹³ guarantees and promotes the most important freedoms and rights enjoyed by EU citizens into one legally binding document. The CFR under Article 11(1) states that “everyone has the right to freedom of expression” and at the same time ensures that this right includes “freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authorities and regardless of frontiers”.

Moreover, the CFR explicitly requires governments to respect “the freedom and pluralism of the media” in accordance with Article 11(2), thus avoiding any legislative and administrative measures that could undermine or even merely jeopardise human rights, and especially the freedom of expression.

We should bear in mind that, based on the interpretation of the ECHR and CFR Charters, in addition to the other fundamental rules of the EU legal system, the European Court of Human Rights (ECtHR) has repeatedly stated that freedom of expression constitutes “one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress and for each individual’s self-fulfilment”.¹¹⁴

In its decision-making process, the ECtHR has considered national constitutional practices that afford a high level of protection to freedom of expression and has frequently ascribed the protection of freedom of expression to the International Covenant on Civil and Political Rights as well as other international documents.

The Strasbourg Court has consistently underlined some primary tasks that the media must accomplish without having to suffer interference from governments in order to fulfil people’s

¹¹³ The CFR was declared in 2000 and came into force in December 2009. For the official version of the Charter see https://eur-lex.europa.eu/eli/treaty/char_2012/oj, accessed 13 January 2021.

¹¹⁴ ECtHR, *Lingens v. Austria*, 8 July 1986; *Şener v. Turkey*, 18 July 2000; *Thoma v. Luxembourg*, 29 March 2001; *Marónek v. Slovakia*, 19 April 2001; *Dichand and Others v. Austria*, 26 February 2002. See J F Flauss “The European Court of Human Rights and the Freedom of Expression” (2009) 84(3) *Indiana Law Journal* 809. See also G Ilić “Conception, Standards and Limitations of the Right to Freedom of Expression with a Special Review on the Practice of the European Court of Human Rights” (2018) 1 *Godišnjak Fakulteta Bezbednosti* 29-40.

enjoyment of freedom of expression. So, in summary, media should (i) share information and ideas concerning matters of public interest, (ii) perform the leading role of public watchdog, and (iii) meet the need for impartial, independent and balanced news¹¹⁵, information and comment.

The ECtHR case law principles on the right to freedom of expression are summarised in the judgment *Bédat v. Switzerland* of 29 March 2016¹¹⁶. It can basically be argued that these principles set out in the aforementioned judgment can protect fake news by including it in the exercise of the right of freedom of expression under certain conditions.

Indeed, the ECtHR recognises how the freedom of expression represents one of the basic foundations of a democratic society and one of the essential conditions for its progress and for each individual's self-fulfilment. Indeed, in the *Bédat v. Switzerland* the Strasbourg Court established that, under the Article 10(2) of the ECHR, this right is applicable not only to “information” or “ideas” that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that – as it could be for fake news – offend, shock or disturb. Such are the demands of pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no “democratic society”. As set forth in Article 10, this freedom is subject to exceptions, which must, however, be construed strictly, and the need for any restrictions must be established convincingly.¹¹⁷

Furthermore, we can also observe, as regards the level of protection, that there is little scope under Article 10(2) of the ECHR for restrictions on freedom of expression in two fields, namely political speech and matters of public interest.¹¹⁸ Accordingly, a high level of protection of freedom of expression, with the authorities thus having a particularly narrow margin of appreciation, will normally be accorded where the remarks concern a matter of public interest, as is the case in particular for remarks on the functioning of the judiciary, even in the context of proceedings that

¹¹⁵ On this point see M. ELIANTONIO, F. GALLI, M. SCHAPER, “A Balanced Data Protection in the EU: Conflicts and Possible Solutions (2016) 23(3) Maastricht Journal of European and Comparative Law 391-403 <https://doi.org/10.1177/1023263X1602300301>.”

¹¹⁶ *Bédat v. Switzerland* App no 56925/08 (ECtHR GC 29 March 2016) para. 48, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-161898>; see also *Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy v. Finland* App no 931/13, (ECtHR GC 27 June 2017), <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-11555>.

¹¹⁷ *Bédat v. Switzerland* supra, note 116, para. 48.

¹¹⁸ See *Morice v. France* App no 29369/10 (ECtHR GC 23 April 2015) para 125; see also *Süreş v. Turkey* App no 26682/95 (ECtHR GC 8 July 1999) para 61; *Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France* App no 21279/02 and 36448/02 (ECtHR GC 22 October 2007) para 46; *Axel Springer AG v. Germany* App no 39954/08 (ECtHR 7 February 2012) para 90.

are still pending¹¹⁹. A degree of hostility¹²⁰ and the potential seriousness of certain remarks¹²¹ do not obviate the right to a high level of protection, given the existence of a matter of public interest.¹²²

This section has analysed some important rules of international and European law and has argued that freedom of expression is protected and guaranteed as a fundamental human right, never subjecting it to conditions contrary to its enjoyment.

The next part of this paper will discuss the main regulatory approaches, namely empowering users, self-regulation, and government intervention that States around the world might consider when regulating fake news.

6. Empowering users, self-regulation, and government intervention.

Having emphasised the importance of protecting freedom of expression in international and European law, this section surveys regulatory approaches that may be implemented by States in order to govern fake news.

In doing so, I thus I recommend self-regulation and above all empowering users rather than government intervention as regulatory strategies for addressing fake news by minimising undue interference in the right to freedom of expression.

Basically, at least three different regulatory approaches to managing information on social media platforms could be proposed. The first is based on empowering users¹²³, leveraging the ability

¹¹⁹ See, *mutatis mutandis*, *Roland Dumas v. France* App no 34875/07 (ECtHR 15 July 2010) para 43; *Gouveia Gomes Fernandes and Freitas e Costa v. Portugal* App no 1529/08 (ECtHR 29 March 2011) para 47).

¹²⁰ See *E.K. v. Turkey*, App no 28496/95 (ECtHR 7 February 2002) paras 79-80.

¹²¹ See *Thoma v. Luxembourg* App no 38432/97 (ECtHR 29 March 2001) para 57.

¹²² See *Paturel v. France* App no 54968/00 (ECtHR 22 December 2005) para 42.

¹²³ See M. M. MADRA-SAWICKA, J. H. NORD, J. PALISZKIEWICZ AND T.-R. LEE, "Digital Media: Empowerment and Equality" (2020) 11(4) *Information* 225, doi:10.3390/info11040225. The authors argue that empowerment is a process by which powerless people become conscious of their situation, organise collectively to improve it, and access opportunities, as an outcome of which they take control over their own lives, gain skills, and solve problems. See also N. KABEER, "Resources, Agency, Achievements: Reflections on the Measurement of Women's Empowerment" (1999) 30 *Dev. Chang.* 435-464. For this author empowerment means expanding people's ability to make strategic life choices, particularly in the context in which this ability had been denied to them. From another point of view, according to N. WALLERSTEIN E. BERNSTEIN, "Empowerment Education: Freire's Ideas Adapted to Health Education" (1988) 15

of individuals to evaluate and detect fake news.¹²⁴ The second and third approach concern the accountability of the social media platforms that can be implemented by either self-regulation or government intervention.

The first approach is essentially based on fact checking by individual websites.¹²⁵ Specifically, a number of major organisations in the United States, such as *PolitiFact*, *FactCheck.org*, *The Washington Post* and *Snoopes* fact check rumours, health, and political claims, especially those that often appear on social media.¹²⁶ Fact checking is also carried out by reliable sources of information such as newspapers, where news is almost always subject to editorial scrutiny¹²⁷. Moreover, another approach based on empowering users seeks to increase the ability of individuals to assess the quality of sources of information by educating them, although it is unclear whether such efforts can actually improve the ability to assess credibility and, if so, whether this will have long-term effects.¹²⁸

Yet, in many cases this approach inexorably collides with social reality. Recently, the behavioural sciences have demonstrated that people are predictably irrational.¹²⁹ This may mean that people are irrational consumers of news as they prefer information that confirms their pre-existing attitudes (*i.e.* selective exposure), view information consistent with their pre-existing beliefs as more persuasive than dissonant information (*i.e.* confirmation bias¹³⁰), and are inclined to accept

Health Educ. Behav. 379-394, empowerment it is a process that supports the participation of people, organizations, and communities in gaining control over their lives in their community and society.

¹²⁴ Recently, for example, see E. K. VRAGA et al., "Empowering Users to Respond to Misinformation About Covid-19" (2020) 8(2) Media and Communication (Lisboa) 475-479, doi:10.17645/mac.v8i2.3200. These authors claim that "if much of the misinformation circulating on social media is shared unwittingly, news and scientific literacy that helps people distinguish between good and bad information on Covid-19 could reduce the amount of misinformation shared".

¹²⁵ See, for example, A. L. WINTERSIECK, "Debating the Truth: The Impact of Fact-Checking during Electoral Debates" (2017) 45(2) American Politics Research 304-331.

¹²⁶ For a list of fact checking websites cf. "Fake News & Misinformation: How to Spot and Verify" available at <https://guides.stlcc.edu/fakenews/factchecking>. For an extend analysis on the methodologies of three major fact-checking organizations in the United States cf. https://ballotpedia.org/The_methodologies_of_fact-checking.

¹²⁷ To take just one example, the French newspapers *Le Monde* has identified and corrected nineteen misleading statements made by Marine Le Pen, the rightwing candidate who reached the runoff of the 2017 French presidential election, during her televised debate against Emmanuel Macron; the article is available at http://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2017/05/03/des-intox-du-debat-entre-emmanuel-macron-et-marine-le-pen-verifiees_5121846_4355770.html, accessed 26 January 2021.

¹²⁸ D. LAZER et al., "The Science of Fake News: Addressing Fake News Requires a Multidisciplinary Effort" (2018) 359(6380) Science 1094-1096, doi:10.1126/science.aao2998.

¹²⁹ D. ARIELY, *Predictably Irrational: The Hidden Forces that Shape our Decisions* (New York, Harper Collins 2009).

¹³⁰ See R. S. NICKERSON, "Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises (1998) 2(2) Review of General Psychology 175-220.

information that satisfies them (*i.e.* desirability bias).¹³¹ By preselecting information that interests them, social media users tend to reinforce their own world views and opinions. These aspects entail social media users tending to aggregate into ideologically homogeneous groups (*i.e.* communities), on which they focus their attention and from which they obtain news. Furthermore, it has been authoritatively argued that people are inclined to remain within these specific communities thus contributing to the emergence of polarisation.¹³² Distinct and separate communities that do not interact with each other arise spontaneously creating opposing groups each of which focuses only on a specific narrative – which therefore tends to strengthen and polarise within the group – ignoring the alternatives (*i.e.* echo chamber).¹³³

I am persuaded, despite the problems just mentioned, that the approach of empowering users – if properly pursued and implemented by significantly enhancing quality information and actively correcting misinformation – might represent an effective and democratic strategy to address fake news on social media platforms by avoiding undue interference with the right to freedom of expression.¹³⁴ The empowerment approach, in essence, can create a sound foundation for dealing with fake news by providing social media users with the tools to detect and share high-quality information.

¹³¹ D. LAZER et al., *supra*, note 128, at 1095.

¹³² C. R. SUNSTEIN, *Republic.com 2.0*. (Princeton University Press, New York 2009) 57-58. According to Sunstein's point of view, the polarisation of a group is a phenomenon whereby individuals, after deliberation with like-minded individuals, are likely to adopt a more extreme position than the one they originally held. From another standpoint, Sunstein also considers fragmentation, arguing that the Internet's ability to reinforce narrow interests encourages self-isolation, which, in turn, leads to group polarisation. For a discussion of fragmentation and the Internet, see C. R. SUNSTEIN, "Deliberative Trouble? Why Groups Go to Extremes (2000) 110 Yale Law Journal 71.

¹³³ See, for example, R. K. GARRETT "Echo Chambers Online? Politically Motivated Selective Exposure among Internet News Users" (2009) 14 Journal of Computer-Mediated Communication 265-285. See also S. FLAXMAN, S. GOEL and J. M. RAO, "Filter Echo Chambers, and Online News Consumption" (2016) 80(S1) Public Opinion Quarterly 298-320.

¹³⁴ See Z. LI, "Psychological Empowerment on Social Media: Who Are the Empowered Users?" (2016) 42(1) Public Relations Review 50-52 and the review of the literature described there. In academia, according to the leading scholarship, empowerment is a multi-level, open-ended construct that includes the individual level [see A. SCHNEIDER, G. VON KROGH, P. JÄGER, "What's Coming Next? Epistemic Curiosity and Lurking Behavior in Online Communities" (2013) 29(1) Computers in Human Behavior 293-303], the organizational level [see N. A. PETERSON, M. A. ZIMMERMAN, "Beyond the Individual: Toward a Nomological Network of Organizational Empowerment (2004) 34(1-2) American Journal of Community Psychology 129-145], and the community level [see M. A. ZIMMERMAN, "Empowerment Theory: Psychological, Organizational and Community Levels of Analysis" in J. RAPPAPORT, E. SEIDMAN (eds.) *Handbook of Community Psychology* (Plenum Press, New York 2000) 43-63].

Empowering users could potentially allow social media platforms to play a leading role in reducing the spread and impact of fake news through algorithms and bots.¹³⁵ Major platforms like Google, WhatsApp, Twitter and Facebook may use complex statistical models that predict and maximise engagement with content in order to improve the quality of information. The platforms can therefore signal to users the quality of the information and their relative sources by incorporating these signals in the algorithmic rankings of the contents. They can similarly decrease the personalisation of political information relating to other types of content thus reducing the phenomenon of “echo chambers.”

Likewise, the platforms can effectively minimise the impact of the automated dissemination of content using bots, i.e. users who automatically share news from a set of sources with or without reading them. Some of the major platforms, especially Facebook and Twitter, have recently pursued the aim of managing fake news by modifying their algorithms to improve the quality of content and counteracting bots that disseminate disinformation.

The second and third approaches refer to self-regulation and government intervention, respectively. We will analyse them here by comparing the disadvantages and drawbacks of the latter with the advantages and benefits of self-regulation, bearing in mind that the policies of the States we have discussed were essentially based on government intervention (see *supra* Sections 3 and 4).

Self-regulation generally increases online accountability while providing more flexibility and safeguards than government intervention. Indeed, self-regulation may help preserve the independence of social platforms by safeguarding them from government interference. Fundamentally, self-regulatory mechanisms aim to foster public trust in the media. In fact, through self-regulation, social media platforms understand how they work best and therefore have an

¹³⁵ Cf European Commission, Report of the independent High level Group on fake news and online disinformation, “A multi-dimensional approach to disinformation”. According to this Report the platforms should implement the development of built-in tools/plugin and applications for browsers and smartphones, to empower users to better control access to digital information. In particular, platforms should consider ways to encourage users’ control over the selection of the content to be displayed as results of a search and/or in news feeds. Such system should give to the user the opportunity to have content displayed according to quality signals. Moreover, content recommendation systems that expose different sources and different viewpoints around trending topics should be made available to users in online platforms. Such system should provide a certain degree of control to users.

incentive to provide effective rules over more short-sighted and therefore more invasive government measures.

As social networks have caused considerable concern, States around the world have increasingly called for government intervention in order to protect their citizens from (fake) news considered harmful. Legislative and administrative measures have shown, however, that government intervention pursuing legitimate goals can easily cause negative side effects, including becoming a tool for suppressing opposition and critics (see *supra* Section 3 and Section 4).

By contrast, as little government intervention as possible is required if the media are to continue to fulfil their role as watchdogs of democracy. Thus, the self-regulatory approach can help prevent stringent legislative and administrative measures against social media platforms, which would undermine rather than protect fundamental rights such as the freedom of expression. Moreover, albeit the self-regulation might provide an alternative to courts for resolving media content complaints in this context, members of the public can still choose to take matters to court, as this remains an irrepressible core human right.

The social network environment makes legal supervision difficult and therefore opens up new prospects for social media self-regulation. First of all because at a time of rapid and constant change in media technology, self-regulation offers more flexibility than the government regulation option. Secondly, self-regulation is less costly for States and society in general. However, to avoid the risk of self-regulation benefiting (only) the interests of social media companies, provisions on transparency and efficiency must be reinforced.

A coherent strategy based on self-regulation and empowering users with aim of addressing the spread of fake news across the social networks has recently been implemented in EU law. To this end, the European Commission passed the so-called Code of Practice on Disinformation¹³⁶ (CoP).¹³⁷ The CoP was warmly welcomed by representatives of leading social media platforms (but also advertisers and the advertising industry) who volunteered to establish self-regulatory standards to fight online disinformation. Indeed, media giants such as Facebook, Google, Twitter, Mozilla,

¹³⁶ The EU Code of Practice of Disinformation, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/code-practice-disinformation>.

¹³⁷ See, for example, M. DANDO and J. KENNEDY, "Combating Fake News: The EU Code of Practice on Disinformation" (2019) 30(2) Entertainment Law Review 44-2.

Microsoft, and TikTok officially signed the CoP and accepted the rules on periodic European Commission monitoring.

In 2019, the European Commission implemented monitoring policies to define the progress of the measures adopted by social media platforms to comply with the commitments envisaged by the CoP. In particular, the European Commission asked platforms to report on a monthly basis on the actions undertaken to improve the scrutiny of ad placements, ensure transparency of political and issue-based advertising, and to tackle fake news and the malicious use of bots. In addition, further monitoring actions have been undertaken to counter the spread of fake news during the COVID-19 pandemic. The platforms that signed the CoP have stepped up their efforts against disinformation and fake news on the Coronavirus by providing specific reports on the actions taken to implement transparency.¹³⁸ As a result, a first general study to assess the implementation of the CoP has been released.¹³⁹

As regards the monitoring policies on fake news by social media platforms during the health crisis, signatories effectively joined the *ad hoc* project “Fighting COVID-19 disinformation Monitoring Programme”.¹⁴⁰ Indeed, the COVID-19 disinformation-monitoring programme has provided an in-depth overview of the actions taken by platforms to fight false and misleading information around coronavirus and vaccines. It has proven to be a useful transparency measure to ensure platforms’ public accountability and has put the Code through a stress test.

Specifically, the signatories to the CoP have been requested to provide information regarding *i*) the initiatives to promote authoritative content at EU and at Member State level, *ii*) tools to improve users’ awareness, *iii*) information on manipulative behaviour on their services, and *iv*) data

¹³⁸ The European Commission published “First results of the EU Code of Practice against disinformation” (29 January 2019) available at <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/first-results-eu-code-practice-against-disinformation>, accessed 7 March 2021. For more detail, see R Ó Fathaigh “European Union. European Commission: Reports on the Code of Practice on Disinformation” (2019) 3(3) Iris 1-5.

¹³⁹ See I. PLASILOVA et al., “Study for the Assessment of the Implementation of the Code of Practice on Disinformation Final Report” Publications Office, 2020, available at <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/37112cb8-e80e-11ea-ad25-01aa75ed71a1/language-en>.

¹⁴⁰ First baseline reports – Fighting COVID-19 disinformation Monitoring Programme, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/first-baseline-reports-fighting-covid-19-disinformation-monitoring-programme>, accessed 19 June 2021.

on flows of advertising linked to COVID-19 disinformation on their services and on third-party websites.

Fundamentally, the baseline reports from Facebook, Google, Microsoft-LinkedIn, TikTok, Twitter and Mozilla summarise the actions taken by these platforms to reduce the spread of false and misleading information on their services, covering a period from the beginning of the health emergency until 31 July 2020. More importantly, these reports offer a comprehensive overview of the relevant actions. Overall, baseline reports demonstrate that the signatories to the CoP have intensified their efforts, compared to the actions taken during the first year of implementation of the Code's commitments.

In general, it can be said that the platforms have enhanced the visibility of authoritative sources by conferring significance to COVID-19 information from the WHO and national health authorities, and by providing new tools and services to facilitate access to relevant and reliable information concerning the health emergency.

Furthermore, the reports show how the platforms have addressed a considerable quantity of content encompassing false or misleading information, especially by removing or degrading content liable to cause physical harm or weaken public health policies. From this perspective, platforms have increased their efforts to detect cases of social media manipulation and damaging influence operations or coordinated inauthentic behaviour. In doing so, platforms did not detect coordinated disinformation operations with specific focus on COVID-19 run on their services, even if they detected a high number of contents including false information related to coronavirus.

In addition, it can be noted that these reports emphasise strong measures implemented in order to reduce the flow of advertising on third-party web pages supplying disinformation about coronavirus, while providing free COVID-related advertising space to government and public health authorities.

In detail, the reports encompass quantitative data exemplifying the impact of social media platforms policies. In particular, we can affirm that Google has placed importance to articles published by EU fact-checking organisations, which generated more than 155m impressions over

the first half of 2020.¹⁴¹ With regard Mozilla, this platform has enhanced the use of the browser space (Firefox snippets), and features (Pocket), to promote important public health information from the WHO, leading to more than 35.000.000 impressions and 25.000 clicks in Germany and France alone on the snippets, while the curated coronavirus hub in Pocket generated more than 800.000 pageviews from more than 500.000 users around the globe. It has also provided expertise and opened up datasets on Firefox usage in February and March to help researchers investigating social distancing measures.¹⁴²

We can also see how Microsoft-LinkedIn shares with interested members a “European Daily Rundown”, namely a summary of the day’s news written and curated by experienced journalists and distributed to members in all 27 EU Member States. The “European Daily Rundown” has a reach of approximately 9.7 million users in the EU.¹⁴³ Regarding Facebook, the platform has referred over 2 billion people globally to resources from the WHO and other public health authorities through its “COVID-19 Information Center”, with over 600 million people clicking through to learn more.¹⁴⁴ Twitter’s COVID-19 information pages were visited by 160 million users. Such pages bring together the latest Tweets from a number of authoritative and trustworthy government, media and civil society sources in local languages.¹⁴⁵ Lastly, we can also note that Tiktok informational page on COVID-19 has been visited over 52m times across their five major European markets (UK, Germany, France, Italy and Spain).¹⁴⁶

Legally speaking, the CoP aims to achieve the objectives defined by the European Commission in its Communication COM/2018/236, “Tackling online disinformation: a European

¹⁴¹ Cfr. Google COVID-19 report - August 2020, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/first-baseline-reports-fighting-covid-19-disinformation-monitoring-programme>, accessed 19 June 2021.

¹⁴² Cfr. Mozilla COVID-19 report - August 2020, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/first-baseline-reports-fighting-covid-19-disinformation-monitoring-programme>, accessed 19 June 2021.

¹⁴³ Cfr. Microsoft-LinkedIn COVID-19 report - August 2020, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/first-baseline-reports-fighting-covid-19-disinformation-monitoring-programme>, accessed 19 June 2021.

¹⁴⁴ Cfr. Facebook COVID-19 report - August 2020, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/first-baseline-reports-fighting-covid-19-disinformation-monitoring-programme>, accessed 19 June 2021.

¹⁴⁵ Cfr. Twitter COVID-19 report - August 2020, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/first-baseline-reports-fighting-covid-19-disinformation-monitoring-programme>, accessed 19 June 2021.

¹⁴⁶ Cfr. TikTok COVID-19 report - August 2020, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/first-baseline-reports-fighting-covid-19-disinformation-monitoring-programme>, accessed 19 June 2021.

approach” presented in April 2018¹⁴⁷ by setting a wide range of commitments, from transparency in political advertising to the demonetisation of purveyors of disinformation. Communication COM/2018/236 in fact outlined the key overarching principles and objectives that should guide the actions of Member States to raise public awareness about disinformation and fake news.

I contend that in doing so, the European Union has correctly interpreted self-regulation as a more effective approach than government intervention in addressing fake news as it is more flexible and above all less detrimental to users’ rights than the severe administrative measures that governments might adopt.

But what I wish to emphasise even more strongly is that the European Commission has rightly recommended implementing user empowering. In this regard, Section I point (x) of the CoP seeks directly to promote the empowerment of users through tools enabling a customised and interactive online experience so as to fully grasp the meaning of content and easily access different news sources reflecting alternative viewpoints, also providing appropriate and effective means for them to report disinformation and fake news.

To do so, Section I point (xi) of the CoP fosters “fact checking activities” on social media platforms with reasonable measures to enable privacy-compliant access to data and cooperate by providing relevant data on how their services function, including data for independent investigation by academic researchers and general information on algorithms. A first example that seems to go in this direction is represented by the Facebook Oversight Board. In 2018, the Founder and Chief Executive Officer of Facebook Mark Zuckerberg announced the creation of this board with the aim of ensuring an additional and independent control policy on content removal or account suspensions for alleged violations of Facebook community rules.¹⁴⁸ Indeed, the scope of oversight board, a body of independent experts who review Facebook’s most challenging content decisions

¹⁴⁷ The Communication from the commission to the European Parliament, the Council, the European economic and social committee and the committee of the regions Tackling online disinformation: a European Approach COM/2018/236 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52018DC0236>.

¹⁴⁸ For an in-dept analysis see K. KLONICK, “The Facebook Oversight Board: Creating an Independent Institution to Adjudicate Online Free Expression” (2020) 129(8) Yale L J 2448-2473.

– focusing on important and disputed cases, was to serve as an appellate review system for user content and to make content-moderation policy recommendations to Facebook.¹⁴⁹

It has been argued that the Oversight Board exemplifies an important innovation, and an appreciated attempt to disperse the enormous power over online discourse held by Facebook. Specifically, it could help to make that power more transparent and legitimate by encouraging dialogues around how and why Facebook's power is exercised in the first place. However, this represents a more modest purpose than becoming an independent source of universally accepted free speech norms, but it is still ambitious for an institution that is breaking new ground.¹⁵⁰

More importantly, without going into the question of whether it can authoritatively resolve clashing ideas of freedom of expression, the fact of establishing an autonomous board that judges potentially competent rights in the right balance certainly represents a more substantial advantage over Facebook's internal moderation practices that have proved incomplete and largely ineffective. The Facebook Oversight Board might represent the first "platform-scaled moment" of transnational internet adjudication of online speech. Thus, it means a step towards empowering users by involving them in private platform governance and providing them with a minimum of procedural due process.¹⁵¹

It should be borne in mind, however, that this goal cannot be effectively achieved by Facebook or other social media platforms in the absence of targeted government policies that facilitate the implementation of user empowerment strategies.

Hence, and more generally, I claim that empowering users could be a crucial task that the Members States of the European Union and other States around the world should take on in the future. Empowering users could become a key challenge, especially in order to avoid or at least limit stringent government interventions and ineffective or counterproductive administrative measures that would undermine fundamental human rights.

¹⁴⁹ Ibid, 2464.

¹⁵⁰ See E. DOUEK, "Facebook's Oversight Board: Move Fast with Stable Infrastructure and Humility" (2019) 21(1) N.C. J.L. & TECH 76 available at: <https://scholarship.law.unc.edu/ncjolt/vol21/iss1/2>.

¹⁵¹ K. KLONICK, "The Facebook Oversight Board: Creating an Independent Institution to Adjudicate Online Free Expression" *supra*, note 148 at 2499.

As it is based on a careful combination of self-regulation and empowering users, we can reasonably sustain that the recent regulatory approach applied in the European Commission's CoP might play a role in national policies to face the challenge of fake news. Nevertheless, it is also my opinion that careful adjustments will need to be made to regulatory strategies depending on the social, political, and legal frameworks in which they are to be implemented, so that any measures will be proportionate and adequate to the risks to be managed, the problems to be solved, and ultimately the human rights to be protected.

Theoretically, as I underline here, if we try to look beyond fake news as a negative phenomenon and start considering it a shared concern of "mature" democracies, and at the same time we bear in mind the key role of social media play as a watchdog in democratic society, then we might wonder if we will still be willing to accept government policies that violate our freedom of expression.

Arguably, a first and significant finding in this direction emerges in the European Commission's policy, which seems to take these aspects into due consideration in the legal context of the CoP. As a matter of fact, in line with Article 10 of the ECHR and the principle of freedom of expression, Section I point (*vii*) of the CoP establishes that social media platforms should not be compelled by governments, nor should they adopt voluntary policies, to delete or prevent access to otherwise lawful content or messages solely on the basis that they are thought to be false.¹⁵²

Lastly, *de jure condendo*, some consideration should be made on the Digital Service Act (hereinafter "DSA"), with particular regard to the empowerment of users.

Indeed, the proposal for a regulation on a Single Market for Digital Services – namely the DSA, represents one of the key measures within the European strategy for digital.¹⁵³ In line with what was announced by the European Commission in the Communication "Shaping Europe's

¹⁵² Recently, see I. KATSIREA, "Fake News: Reconsidering the Value of Untruthful Expression in the Face of Regulatory Uncertainty" (2019) 10(2) Journal of Media Law 159-188, doi: [10.1080/17577632.2019.1573569](https://doi.org/10.1080/17577632.2019.1573569), that criticised "the restriction of 'fake news' unless if there was a pressing social need".

¹⁵³ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC, COM/2020/825 final, Brussels, 15 December 2020, 2020/0361(COD) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=COM:2020:825:FIN>, accessed 20 June 2021.

Digital Future”¹⁵⁴ the initiative was presented with a view to an overall review of the European-based regulatory body. In particular, the DSA aims, on the one hand, to increase and harmonise the responsibilities of social media platforms and information service providers, also by strengthening control over the content policies of platforms in the EU, and, on the other hand, to introduce rules to ensure the fairness and contestability of digital markets.

More specifically, the European Commission has taken into consideration the recent emergence of three fundamental problems. Firstly, the increased exposure of citizens to online risks, with particular regard to damage from illegal activities and violations of fundamental rights. Secondly, the coordination and effectiveness of supervision of platforms, which are considered ineffective due to the limited administrative cooperation framework established by the E-Commerce Directive to address cross-border issues. Thirdly, the fragmented legal landscape due to the first initiatives to regulate digital services at national level – this has resulted in new barriers in the internal market which have produced competitive advantages for already existing very large platforms and digital services.

It should be noted that the DSA aims at the proper functioning of the single market as regards the provision of online intermediation services across borders. It sets out a number of specific objectives such as: *i*) maintaining a secure online environment, *ii*) improving the conditions for innovative cross-border digital services, *iii*) establishing effective supervision of digital services and collaboration between authorities, and especially *iv*) empowering users and protecting their fundamental rights online.

Regarding empowering users, the DSA is functionalised to the general principle that “what is illegal offline must also be illegal online”. With this in mind, the new regulation introduces: *i*) new harmonised procedures for a faster removal of illegal contents, products and/or services; *ii*) more effective protection of online users’ rights and internal complaint management systems – inter alia mechanisms for user reporting and new obligations regarding vendor traceability; *iii*) a general framework of enforcement of the legislation in particular thanks to the coordination

¹⁵⁴ EC Communication “Shaping Europe’s Digital Future”, 19 February 2020, https://ec.europa.eu/info/publications/communication-shaping-europes-digital-future_it, accessed 20 June 2020.

between the national authorities, and in particular through the designation of the new figure of the “digital services coordinator”.

It must be said that the DSA might have peaks and troughs. The main objective of subjecting social platforms to specific obligations, hitherto substantially not governed by national and European regulatory frameworks, can be advantageous but only if achieved with the aim of promoting people’s freedom of expression and not just the security of the platforms themselves.

To this end, from the perspective of empowering users, transparency policies should be encouraged in order to provide users with tools to fully understand the potential of the digital environment on social media platforms and therefore actively participate in the public debate.

Finally, the motto “what is illegal offline is illegal online” cannot be taken literally. In my opinion, the particular context must be considered – namely the online and digital one, in which the rights and duties of both users and platforms are exercised.

7. Conclusion.

This article seeks to challenge the stringent legislative and administrative measures governments have recently put in place, analysing their negative implications for the right to freedom of expression and suggesting different regulatory approaches in the context of public law.

It began by exploring the legal definition of fake news in academia in order to establish the essential characteristics of the phenomenon (Section 2).

It then went on to assess the legislative and administrative measures implemented by governments at both international and EU levels (Sections 3 and 4 respectively), showing how they risk undermining a core human right by curtailing freedom of expression, but adding that many governments worldwide are regulating the spread of information on social media under the pretext of addressing fake news. I have emphasised how governments are doing this above all to prevent the risk of an uncontrolled dissemination of information that could well increase the adverse effects of the COVID-19 health emergency by exploiting false and misleading news. The paper also claims that there is an equally non-negligible risk that governments might use the health emergency as a

ruse for implementing draconian restrictions on the right to freedom of expression, in addition to increasing social media censorship.

Hence, starting from the premise of social media as a “watchdog” of democracy, and moving on to the contention that fake news is a phenomenon of “mature” democracy, I have argued that public law already protects freedom of expression and ensures its effectiveness at the international and EU levels through some fundamental rules (Section 5).¹⁵⁵

Lastly, I have explored key regulatory approaches and, as an alternative to government intervention, have proposed empowering users and self-regulation as strategies to manage fake news by mitigating the risks of undue interference in the right to freedom of expression (Section 6).

To conclude, in this section, I have offered some remarks on the proposed solution by recommending the implementation of legal tools such as the reliability ratings of social media platforms in order to enhance the management of information and particularly to minimise the risks related to fake news.

The regulatory approaches proposed to manage fake news phenomena on social media, self-regulation, and especially empowering users (see *supra* Section 6) might be implemented by public policies focused on long-term behavioural incentives rather than stringent short-term legislative and administrative measures.

¹⁵⁵ Recently, see R. K. HELM, H. NASU, “Regulatory Responses to ‘Fake News’ and Freedom of Expression: Normative and Empirical Evaluation” (2021) 21(2) Human Rights Law Review 302-328 <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngaa060>. I do not doubt that there are well-founded reasons why the authors claim to implement criminal sanctions in order to address fake news. However, I am not persuaded by the authors’ argument when they affirm that “criminal sanctions as an effective regulatory response due to their deterrent effect, based on the conventional wisdom of criminal law, against the creation and distribution of such news in the first place” (cf. p. 323, and more generally p. 303, where it has been said that “this article identifies, albeit counter-intuitively, criminal sanction as an effective regulatory response”). Based on what I have argued in this article, the goal should not be to “worship freedom of expression” (p. 326), but to protect it as a fundamental human right. Basically, the use of criminal sanction might undermine people’s rights more than is necessary to protect other interests namely national security, public order, public health - and therefore should be avoided whenever other legal instruments less invasive than human rights can be used. Thus, in my opinion, the implementation of criminal sanctions ought to represent an ‘*extrema ratio*’ for government policies precisely in order not to jeopardise fundamental human rights.

As a matter of fact, behavioural science, and particularly psychology¹⁵⁶, can play a leading role in public policy.¹⁵⁷ Recent important surveys on the behavioural approach support the long-term effectiveness of active psychological inoculation as a means of building resistance to fake news and misinformation in general.¹⁵⁸

Overall, these findings might strengthen the argument in favour of introducing legal tools for measuring the trustworthiness of information on social media platforms. To do so, in my opinion, governments could promote policies empowering users through a reliability rating mechanism.

In this regard, governments may set up the management of reliability ratings through independent third-party bodies, namely regulatory agencies or authorities, in order to carry out the various steps of the procedure transparently, checking its correctness and reporting the results to the public.

Specifically, reliability ratings can measure the frequency and percentage of fake news spread on a social media platform over a certain time frame. Thus, based on the frequency and percentage of fake news it disseminates, the platform could be considered statistically reliable or otherwise by those using it.¹⁵⁹

¹⁵⁶ See R. GREIFENEDER, M. E. JAFFÉ, E. J. NEWMAN and N. SCHWARZ, *The Psychology of Fake News: Accepting, Sharing, and Correcting Misinformation* (London, Routledge 2021) especially Part II 73-90. See also Z. LI, “Psychological Empowerment on Social Media” *supra*, note 134 at 51 Section 2.3 “Social media empowerment”. See also J. R. ANDERSON, *Cognitive Science Series. The Architecture of Cognition* (Hillsdale, NJ: Erlbaum Inc. 1983).

¹⁵⁷ See C. R. SUNSTEIN, *Behavioral Science and Public Policy* (Cambridge, Cambridge University Press 2020). See also the seminal book R. H. THALER and C. R. SUNSTEIN, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness* (London, Penguin 2009).

¹⁵⁸ See R. MAERTENS, J. ROOZENBEEK, M. BASOL and S. VAN DER LINDEN, “Long-Term Effectiveness of Inoculation against Misinformation: Three Longitudinal Experiments” *Journal of experimental psychology (Applied)* (October 2020) <https://doi.org/10.1037/xap0000315>. See also S. VAN DER LINDEN and J. ROOZENBEEK, “Psychological Inoculation against Fake News” in R. GREIFENEDER, M. JAFFÉ, E. J. NEWMAN and N. SCHWARZ (eds.) *The Psychology of Fake News: Accepting, Sharing, and Correcting Misinformation* (London, UK: Psychology Press 2020) <http://dx.doi.org/10.4324/9780429295379-11>. In addition, see J. COOK, S. LEWANDOWSKY and U. K. H ECKER, “Neutralizing Misinformation through Inoculation: Exposing Misleading Argumentation Techniques Reduces their Influence” (2017) 12 PLOS ONE e0175799. <http://dx.doi.org/10.1371/journal.pone.0175799>.

¹⁵⁹ Recently, with respect to reliability ratings in social media, see A. KIM, P. MORAVEC and A. R. DENNIS, “Combating Fake News on Social Media with Source Ratings: The Effects of User and Expert Reputation Ratings” (2019) 36(3) *Journal of Management Information Systems* 931-968, also available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3090355> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3090355>. The authors define and explain some reputation ratings, namely (i) the expert rating where expert fact checkers rate articles, and these ratings are aggregated to provide an overall source rating related to the new articles as they are published, (ii) the user article rating where users rate articles, and these ratings are aggregated to provide the source rating on new articles, and (iii) the user

It might be reasonable to assume that reliability ratings may act as an incentive to enhance the efficient management of fake news among both users and owners of social media. If users can consciously decide whether or not to use a certain platform based on reliability ratings, the owner would probably be induced to adopt more effective measures to deal with fake news in order not to lose users.

At the same time, by maximising its reliability rating, one platform may incentivise another to do so too in order not to lose its reputation and therefore its users. Indeed, the threat of losing users would incentivise a platform to ensure the reliability of information in a better and more effective way. In other words, reliability ratings can stimulate competition among social media platforms to effectively manage information and address fake news.

It should be noted that reliability ratings also reveal the importance of self-regulation. To avoid or at least minimise the risk of losing their reputation and users, the owners of social media platforms will certainly implement effective legal systems to regulate information and mitigate fake news phenomena.

Lastly, it may be reasonable to conclude, from a legal point of view, that empowering users can play a crucial and proactive role in effectively managing fake news on social media in the era of emergency for at least three compelling reasons: (i) to build and maintain the trust of other users; (ii) to ensure and preserve the function of media watchdog in democratic society; (iii) to promote and protect freedom of expression by limiting undue interference by regulators.

source rating where users directly rate the sources without considering any specific articles from the source. On credibility evaluation online, see M. J. Metzger, A. J. Flanagin and R. B. Medders, "Social and Heuristic Approaches to Credibility Evaluation Online (2010) 60 Journal of Communication 413-439, <https://doi.org/10.1111/j.1460-2466.2010.01488.x>. On the same point, see also B. K. KAYE and T. J. JOHNSON, "Strengthening the Core: Examining Interactivity, Credibility, and Reliance as Measures of Social Media Use" (2016) 11(3) Electronic News 145-165, <https://doi.org/10.1177/1931243116672262>.

MIMMA ROSPI

Dottoressa di ricerca in Giustizia costituzionale e diritti fondamentali presso l'Università di Pisa

mimmarospi02@gmail.com

**L'EQUITÀ INTERGENERAZIONALE, LA «DISOBEDIENZA CIVILE» E IL
PRINCIPIO DEMOCRATICO ALLA LUCE DELLA GIURISPRUDENZA
COSTITUZIONALE IN MATERIA PREVIDENZIALE E IN MATERIA DI EQUILIBRIO DI
BILANCIO**

**INTERGENERATIONAL EQUITY, «CIVIL DISOBEDIENCE» AND THE
DEMOCRATIC PRINCIPLE IN THE LIGHT OF CONSTITUTIONAL CASE LAW ON
SECURITY AND BUDGETARY BALANCE**

SINTESI

In questo elaborato si intende inquadrare il concetto di equità intergenerazionale in connessione al principio democratico, attraverso l'analisi del principio di "disobbedienza civile" di Hannah Arendt. Successivamente si analizzerà l'utilizzo, da parte della giurisprudenza costituzionale in materia previdenziale e in materia di equilibrio di bilancio, del principio democratico sotto l'etichetta di "equità intergenerazionale", onde verificare se i tempi siano maturi per riconoscerne il pieno ruolo di parametro costituzionale o se viceversa sia ancora da relegarsi a ruolo di mero enunciato di principio.

ABSTRACT

The aim of this analysis is to frame the issue of generational equity in connection with the democratic principle, through the analysis of Hannah Arendt's concept of "civil disobedience". In particular, we will analyze the use of the democratic principle under the label "generational equity" in connection with the democratic principle by the constitutional jurisprudence, and we will verify whether "generational equity" is still a mere principle or whether it stand to become a parameter of constitutionality. The study of jurisprudence is limited to the matter of pension and budget balance.

PAROLE CHIAVE: responsabilità generazionale – disobbedienza civile – previdenza – equilibrio di bilancio – principio democratico

KEYWORDS: generational responsibility - civil disobedience – social security – budget balance – democratic principle

INDICE: 1. La responsabilità generazionale. Introduzione – 2. Le teorie gius-filosofiche sul concetto di responsabilità generazionale. Cenni ricostruttivi – 3. L'equità generazionale e il principio democratico. Rileggendo "Disobbedienza civile" di Hannah Arendt – 4. Equità generazionale: analisi della giurisprudenza costituzionale in materia previdenziale e in materia di equilibrio di bilancio – 4.1. La più recente giurisprudenza costituzionale in materia previdenziale – 4.2.

La più recente giurisprudenza costituzionale in materia di equilibrio di bilancio – 5. Considerazioni conclusive e appunti per il futuro.

1. La responsabilità generazionale. Introduzione.

Negli ultimi decenni nella letteratura filosofica e giuridica proliferano i dibattiti sulla responsabilità delle generazioni presenti verso quelle future, affermando che il fine ultimo dei sistemi giuridici è sia quello di garantire la sopravvivenza dell'uomo attraverso la preservazione dell'ambiente in cui vive e di condizioni di vita ottimali, sia quello di assicurare la convivenza umana¹. La vocazione universalistica del diritto costituzionale che pone al centro la tutela della dignità umana garantisce, secondo una traiettoria intertemporale, tale finalità, cioè il «*succedersi delle generazioni, la sopravvivenza e la coesistenza degli uomini*», attraverso scelte politiche che assicurino la sicurezza dell'uomo in termini di sviluppo sostenibile e di soddisfazione delle esigenze e dei bisogni delle generazioni presenti, senza compromettere quelle delle generazioni future². La conflittualità generazionale è superabile attraverso la razionalizzazione del patto costituzionale che si erge sulla tutela della dignità umana attraverso il principio democratico³.

Secondo una visione hartiana del «*contenuto minimo del diritto naturale*», le istituzioni pubbliche hanno come scopo ultimo del diritto quello di garantire la continuazione della vita umana. «*Se un'organizzazione sociale vuole funzionare, cioè garantire la sopravvivenza dei suoi consociati, deve contenere certe norme di condotta che danno appunto contenuto minimo al diritto naturale*»⁴. L'obbligo giuridico che grava

¹A. D'ALOIA, *Generazioni Future (diritto costituzionale)*, in *Enc. del diritto*, Annali IX, 2016. Id, *Introduzione, Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, cit., LV ss. R. BIFULCO, *La responsabilità giuridica verso le generazioni future tra autonomia dalla morale e diritto naturale laico*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Giuffrè, Milano, 2003, 169-192. A. SPADARO, *L'amore dei lontani: universalità e intergenerazionalità dei diritti fondamentali fra ragionevolezza e globalizzazione*, in *Diritto e società*, n.2/2008. H. J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale* (1983), trad. It. E. VIANELLO, Il Mulino, Bologna, 1998.

²I. LAGROTTA, *La responsabilità costituzionale intergenerazionale come dovere e limite delle generazioni presenti sotto il profilo della gestione delle risorse economico-finanziarie*, in *Quaderni del Dipartimento Jonico*, n. 13/2020. M. LUCIANI, *Generazioni future. Distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli territoriali*, in *Diritto e società*, 2008, 145 ss.

³U. POMARICI, *Verso nuove forme dell'identità? Generazioni future e dignità umana*, in G. F. CIARAMELLI, F. MENGA (a cura di), *Responsabilità verso le generazioni future. Una Sfida al diritto all'etica e alla politica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, 91-142.

⁴H.L.A. HART, *The concept of law*, Oxford University Press, London, 1961.

sulle istituzioni pubbliche *in primis*, e su tutti i consociati, è quello di garantire il contenuto minimo del diritto naturale (la sopravvivenza dell'uomo), anche attraverso l'autoresponsabilizzazione verso le generazioni future, adeguando tale contenuto minimo alle nuove esigenze umane.

Appare sempre più improcrastinabile una riflessione dottrinale sulle responsabilità delle generazioni presenti verso le generazioni future (*rectius*: delle responsabilità delle generazioni nel flusso del divenire della umanità)⁵. Non è certo un argomento, quello di responsabilità generazionale – o, come la Corte costituzionale italiana l'ha identificato, quello di “equità intergenerazionale” – di nuova ispirazione, bensì è risalente nei tempi. È nota la disputa politica tra Jefferson e Madison durante le fasi preparatorie in seno alla Convenzione di Philadelphia. Jefferson si chiedeva se un padre avesse il diritto di seppellire sotto una montagna di debiti il figlio e, in termini strettamente politici, concludeva per la non giustificabilità del trasferimento di ingenti debiti sulle generazioni future⁶. Di diverso avviso Madison, il quale riteneva che ci fossero obiettivi così strategici per il progresso comune che era necessario che gli obblighi finanziari si spalmassero anche sulle generazioni future, che dovevano così contribuire all'opera di costruzione del sistema politico ed economico della Federazione. La dottrina ha definito questo episodio storico come uno dei «*momenti genetici del costituzionalismo moderno*», cui nelle epoche successive tutti gli Stati costituzionali e democratici si sono dovuti confrontare⁷.

Non è un caso che dopo la riforma costituzionale avvenuta con l. Cost. n. 1 del 2012, con la quale è stato introdotto il c.d. pareggio di bilancio all'art. 81, comma 2, Cost., negli ultimi anni la dottrina e la giurisprudenza siano ritornate ad interrogarsi sulla cogenza del concetto della responsabilità generazionale o equità intergenerazionale, collegandola di volta in volta ai problemi connessi alla preservazione dell'ambiente⁸, alla conservazione delle risorse naturali ed economiche,

⁵G. ZAGREBELSKY, *Senza adulti*, Einaudi, Torino, 2016. F. CIARAMELLI, Responsabilità per le generazioni future: la funzione del diritto, in F. CIARAMELLI, F.G. MENGA (a cura di), *Responsabilità verso le generazioni future. Una Sfida al diritto all'etica e alla politica*, cit., 15-25.

⁶R. BIFULCO, *Jefferson, Madison e il momento costituzionale dell'Unione. A proposito della riforma costituzionale sull'equilibrio di bilancio*, in *Rivista AIC*, n.2/2013. G. PALOMBINO, *La tutela delle generazioni future nel dialogo tra legislatore e Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, n. 24/2020.

⁷R. BIFULCO, *Jefferson, Madison e il momento costituzionale dell'Unione. A proposito della riforma costituzionale sull'equilibrio di bilancio*, cit., 1.

⁸T. MARTINES, *Diritti e doveri ambientali*, in *Panorami*, n.6/1994, 1 ss. P. MADDALENA, *L'ambiente e le sue componenti come beni comuni in proprietà collettiva della presente e delle future generazioni*, in *federalismi.it*, n. 25/2011. A. PISANO, *Diritti demonizzati. Animali, ambiente, generazioni future, specie umana*, Giuffrè, Milano, 2012, 146 ss.

alla tenuta dei sistemi di welfare⁹ e, in specie, al regime pensionistico attraverso politiche di bilancio più austere¹⁰.

La tematica della responsabilità generazionale ha dunque riacceso l'attenzione dei giuristi e in specie della giurisprudenza della legittimità costituzionale, che sembra aver declinato maggiormente il concetto di equità intergenerazionale soprattutto con riferimento alle tematiche connesse all'equilibrio di bilancio. Appaiono infatti numerose le sentenze della Corte costituzionale che utilizzano il concetto di equità intergenerazionale per dirimere contenziosi – a volte a favore della costituzionalità delle scelte legislative, altre volte per sanzionarne l'incostituzionalità delle stesse, sia in tema di dissesto finanziario che in tema previdenziale. A seconda delle questioni sollevate innanzi alla Corte, il Giudice delle Leggi pare utilizzare non solo argomentazioni diverse nel riferirsi al concetto di equità intergenerazionale – a volte al principio solidaristico, altre volte al principio di *accountability* per l'impiego delle risorse disponibili in termini di sostenibilità – bensì ne riconosce una diversa cogenza giuridica: o ruolo di mero principio, o viceversa di vero e proprio parametro costituzionale, sotto l'egida del combinato disposto degli artt. 81 e 119, comma 6, Cost.

Quel che emerge è che il filo conduttore che sembra reggere le argomentazioni della Corte costituzionale in tema di equità intergenerazionale, è il principio democratico. È sempre più nitida l'argomentazione giuridica secondo la quale la responsabilità politica del mandato elettorale si configura anche in relazione al consumo delle risorse impiegate sia in termini solidaristici che in termini di sostenibilità.

In questo elaborato si intende dunque inquadrare il concetto di responsabilità generazionale per individuare il sostrato teorico e giuridico su cui si erge, attraverso l'analisi delle teorie filosofiche più diffuse. Si cercherà infine di dimostrare che la responsabilità generazionale è un concetto che si anima nel principio democratico, come dimostra l'analisi della teoria della “disobbedienza civile” di Hannah Arendt, per poi analizzare l'utilizzo della stessa sotto l'etichetta “equità intergenerazionale” da parte della giurisprudenza costituzionale, donde verificare se i tempi sono

⁹M. MASSA, *Discrezionalità, sostenibilità, responsabilità nella giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2017, 73 ss. M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016, 13 ss.

¹⁰M. IANNELLA, *La governance economica cooperativa. Autonomia e raccordi negli Stati Uniti e nell'Eurozona*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020. A. MORRONE, *Pareggio di bilancio e stato costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 1/2014.

maturi per riconoscerne il pieno ruolo di parametro costituzionale o se viceversa sia ancora da relegarsi a ruolo di mero enunciato di principio.

2. Le teorie gius-filosofiche sul concetto di responsabilità generazionale. Cenni ricostruttivi.

Con l'avvento della tecnica e la capacità della stessa di incidere sul futuro dell'umanità, a partire dalla fine degli anni Sessanta e inizi Settanta si è acceso il dibattito dottrinale giusfilosofico sulla responsabilità intergenerazionale. Le teorie così sorte partono generalmente dal medesimo assunto, ovvero la necessità di provvedere ad una responsabilizzazione etica delle generazioni presenti nei confronti di quelle future.

La prima teoria che si sviluppa intorno a tale riflessione è la teoria della giustizia di John Rawls che per primo ha ammesso l'imprescindibile questione intergenerazionale come obbligo di giustizia verso le generazioni future¹¹. Da tale teoria sulla giustizia hanno preso avvio due impostazioni predominanti: la teoria contrattualistica e la teoria utilitaristica.

La teoria contrattualistica ha come presupposto l'esistenza di soggetti reali che perseguono l'interesse personale e sono in un rapporto di reciprocità, compresenza e cooperazione tale da stipulare un accordo. Pertanto, le generazioni future per antonomasia non esistono ancora e dunque non possono negoziare accordi né rivendicare diritti. Questo è un ostacolo teorico c.d. O-NE (ostacolo della non-esistenza), al quale si aggiunge l'ostacolo dell'asimmetria (O-AS), che si traduce in una disparità di posizioni di potere delle generazioni future che dunque non hanno la capacità di influenzare le generazioni presenti¹².

Alla teoria contrattualistica si oppone la teoria utilitaristica che si connota per i caratteri di universalità e di irrilevanza temporale su cui si fonda il perseguimento dell'utilità o della felicità massimizzata. Tuttavia, anche a questa teoria si frappone l'ostacolo teorico che consiste nella

¹¹J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge, MA-London, The Belnap Press of Harvard University Press, 1971.

¹²D. HUME, (1739) *Trattato della natura umana*, trad. it., Bompiani, Milano 2001. J. RAWLS, *A Theory of Justice*, cit.; J. TREMMEL, *A Theory of International Justice*, London-Sterling, VA, Earthscan, 2009.

impossibilità per i presenti di capire quale sia l'utilità o la felicità massimizzata per il futuro. È ciò che viene chiamato ostacolo della non-determinatezza rispetto al futuro (O-ND)¹³.

Entrambe le teorie sono fallaci perché, come ha evidenziato Masaya Kobayashi¹⁴, si basano sul primato della temporalità presente: «*primato di ciò che è empiricamente esistente solo al presente è di soggetti che sono sincronicamente presenti gli uni agli altri (O.NE); primato di una causalità che conosce esclusivamente una rilevanza etica del presente verso il futuro ma non il contrario (O-AS); primato di una possibilità di determinare uno stato etico solo a partire da informazioni presenti (O-ND)*». Si riduce il carattere della futuità alla semantica della presenzialità critica, politica e giuridica che evidenzia l'incapacità di rispondere adeguatamente alle esigenze del futuro. La semantica della presenzialità, per Thompson, avrebbe orientato le democrazie a favore del presente ove regnerebbe la tirannia dei contemporanei¹⁵.

A ciò si aggiunga la tesi della *Time-Dependence Claim* elaborata da Parfit nel cercare di superare gli ostacoli delle precedenti teorie, secondo la quale una particolare persona esiste ed ha una particolare identità in quanto sia stata concepita in un determinato momento; ella diversamente non sarebbe mai venuta ad esistenza se non ci fosse stato quel momento procreativo. Si pone tuttavia davanti a Parfit il paradosso del «*problema della non identità*», ovvero: se i generatori di quella specifica persona avessero deciso di non procreare per evitare lo spreco delle risorse, la stessa non sarebbe venuta ad esistenza. Viceversa, i generatori hanno deciso di procreare, anche seguendo una politica di sfruttamento delle risorse disponibili. Da questo atto le persone future hanno tratto beneficio per il sol fatto di essere venuti al mondo e dunque non possono dirsi danneggiate dalle opere di chi li ha preceduti¹⁶.

Nonostante anche Parfit non riesca a superare il paradosso della non identità per dare fondamento giuridico al principio della responsabilità verso le generazioni future, egli stesso ritiene

¹³ S.M. GARDINER, S. CANEY, D. JAMIESON, H. SHULE, *Climate Ethics. Essential Readings*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

¹⁴ M. KOBAYASHI, *Atomistic Self and Future Generations: A Critical Review from an Eastern Perspective*, in (a cura di) T.CH. KIM, R. HARRISON, *Self and Future Generations. An Intercultural Conversation*, Cambridge UK, The White Horse Press, 1999, 7-61.

¹⁵ D. THOMPSON, *Representing Future Generations: Political Presentism and Democratic Trusteeship*, in *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, n.13/2010, 17-37.

¹⁶ D. PARFIT, *Ragioni e persone* (1984), trad. it., Milano, Il Saggiatore, 1989, 460 ss.

che non si possa continuare a giustificare una indifferenza morale nei confronti delle generazioni future (c.d. «*tesi della differenza nulla*»)¹⁷.

Secondo Zagrebelsky, per superare gli ostacoli teorici al riconoscimento della responsabilità verso le generazioni future è necessario cogliere il dato fattuale, ovvero che le stesse non hanno diritti soggettivi in senso giuridico e dunque l'unica possibilità di affrontare la questione intergenerazionale sarebbe quella di operare una “rottura con la contemporaneità” corrotta dal presentismo, spostando il piano del ragionamento da quello dei diritti a quello dei doveri, il cui sostrato di principio deve essere sostanzialmente morale¹⁸.

Tuttavia, è stato notato in dottrina che la presenzialità è elemento che corrompe il principio democratico, ma ciò non significa che la questione intergenerazionale non trovi fondamento in esso. A partire dalla teoria sulla disobbedienza civile di Arendt si cercherà di dimostrare che il principio democratico è il pilastro giuridico di un «nuovo diritto costituzionale intergenerazionale»¹⁹ dal quale si irradia il principio dell'equità tra generazioni ovvero la responsabilizzazione delle generazioni presenti verso le future per garantire, nella visione hartiana, la sopravvivenza dell'uomo.

3. L'equità intergenerazionale e il principio democratico. Rileggendo “Disobbedienza civile” di Hannah Arendt.

Nel suo celebre saggio su “Disobbedienza civile”²⁰, Hannah Arendt affronta la tematica del conflitto generazionale tra vecchi e nuovi, tra conservatori e progressisti, riprendendo sapientemente le parole di Locke per descrivere l'essenza in divenire dell'umanità: «*Le cose di questo mondo sono soggette a un flusso così costante che nulla permane a lungo nella stessa condizione*». La Arendt, nel virgolettare le parole di Locke, ne intravede una certa attualità per i tempi in cui Ella scrive, tempi

¹⁷ D. PARFIT, *Ragioni e persone*, 447 e ss.

¹⁸ G. ZAGREBELSKY, *Senza adulti*, Torino, Einaudi, 2016.

¹⁹ A. D'ALOIA, *Costituzione e protezione delle generazioni future*, in F. CIARAMELLI, F.G. MENGA, (a cura di), *Responsabilità verso le generazioni future. Una sfida al diritto all'etica e alla politica*, Editoriale scientifica, Napoli, 2017, 305. In particolare, l'Autore afferma che la Costituzione italiana è Costituzione *future-oriented*, per sua natura votata al futuro, al progresso sociale, all'eguaglianza e allo sviluppo economico, ove il principio democratico è il pilastro di un nuovo diritto costituzionale intergenerazionale.

²⁰ H. ARENDT, *La disobbedienza civile*, T. SERRA (a cura di), Giuffrè, Milano, 1986.

di conflitti generazionali e di nuove istanze che emergevano negli Stati democratici. In realtà le parole di Locke sono di una truccida attualità anche per i tempi correnti in cui effettivamente il rischio del conflitto generazionale inizia in parte ad emettere i primi vagiti per lo scricchiolare dei sistemi di *welfare* delle moderne democrazie occidentali, a causa dell'utilizzo scellerato e miope delle risorse a disposizione dei governi passati.

La Arendt, nel cercare di dare una teoricità al rapporto fra generazioni, evidenzia che il cambiamento non è un fenomeno moderno, ma esso inerisce *«al mondo abitato e costituito da esseri umani che nascendo vi entrano estranei e nuovi venuti (vèoi, i nuovi, come i greci solevano chiamare i giovani), e lo lasciano al momento in cui ne hanno fatto l'esperienza e si sono familiarizzati con esso»* e, ancora, *«[...] Se non ci fosse stato questo rapporto naturale tra la nascita e la morte, che garantisce il cambiamento e rende impossibile il regno della saggezza, probabilmente la razza umana si sarebbe da tempo estinta, nelle angosce della noia più insopportabile»*.

Per Arendt l'attitudine al cambiamento è dunque connaturale all'essere umano, ma la stessa non è più illimitata della sua capacità di conservazione; la prima troverebbe il suo limite nell'influenza del passato sul presente, mentre la seconda troverebbe un limite nell'imprevedibilità. In ciò si annida l'equilibrio tra il desiderio di cambiamento e il bisogno di stabilità su cui si regge la sopravvivenza dell'umanità.

Per Arendt l'umanità, in ogni tempo, ha cercato di costruire un quadro stabile all'interno del quale inserire il cambiamento, altrimenti *«non avrebbero potuto esserci delle civiltà, queste costruzioni fatte dagli uomini per difendere la successione delle generazioni»*. Perché questo quadro sia stabile, gli uomini hanno creato, epoca dopo epoca, gli ordinamenti giuridici che sono i veri fattori di stabilizzazione perché *«regolano la nostra esistenza nel mondo e i nostri rapporti con i nostri simili, sono più duraturi dei costumi e delle tradizioni»*.

Alla luce di quanto ivi rilevato, la pluralità degli ordinamenti giuridici è stata concepita allo scopo di garantire la stabilità. I casi di rivoluzione o di rovesciamento dell'autorità costituita sono epifenomeni di una rottura della stabilità. Da ciò emerge che il rapporto tra generazioni, vecchie e nuove, è naturalmente conflittuale e solidale, esattamente come lo è la natura umana. L'uomo è propenso all'istinto del cambiamento, che mette a freno grazie alla razionalità governata dalla necessità della sua conservazione. Gli ordinamenti giuridici, dunque, nascono come collante tra

generazioni per salvaguardare la continuità della specie. Ogni ordinamento giuridico nella sua fase costituente nasce per conservare i rapporti nel tempo e nello spazio, con una vocazione tendenzialmente universale ma non assoluta. L'assolutezza che è tipica dei regimi totalitari sarebbe, per Arendt, "criminale" rispetto alla conservazione dell'umanità, perché la validità illimitata del diritto – in simili regimi – creerebbe un ordine senza leggi ogni qualvolta *«si invocano leggi della storia o della natura da parte di un Capo di Stato a favore della conservazione di una "legalità" che si modifica giorno per giorno eppure pretende di essere universalmente valida – in realtà ci troviamo di fronte a un ordine senza leggi ma non di fronte all'anarchia, perché un ordine del genere può essere conservato da un'organizzazione e da mezzi di forza»*.

Alla luce del pensiero di Hannah Arendt pare di poter cogliere un assunto, ovvero che le moderne democrazie sono ordinamenti giuridici che equilibrano le forze del cambiamento con le forze della conservazione, garantendo la successione delle generazioni in un divenire che tende alla conservazione dell'umanità²¹. Il diritto ha una funzione stabilizzante che attraverso l'istituzionalizzazione della portata trasformatrice dei mutamenti sociali, ne garantisce l'apertura al futuro, abbandonando la semantica della presenzialità. Questa è *«la risposta delle società umane al fenomeno generazionale: una risposta il cui senso profondo consiste esattamente nella difesa della successione delle generazioni, cioè nella salvaguardia del potenziale innovativo e trasformativo che il rinnovamento generazionale apporta alla vita sociale»*²².

Tuttavia, Arendt mette in guardia dalle tendenze assolutistiche del diritto, in specie dai regimi totalitari che avrebbero come effetto *boomerang* la distruzione della successione delle generazioni, piuttosto che la conservazione della specie²³. Ella, infatti, evidenzia che gli ordinamenti giuridici stabilizzano e istituzionalizzano la portata innovativa dei nuovi venuti all'interno di un quadro stabile della società in divenire, ma solo se il *«nascere è – non solo – esser chiamati ad apparire in un mondo che è l'opera degli uomini [...], ma è anche essere chiamati ad agire al cospetto e insieme con gli altri in un*

²¹H. ARENDT, Vita attiva. *La condizione umana* (1958), trad. it., S. FINZI, Bompiani, Milano, 1990. Id., *Le origini del totalitarismo* (1949), trad. it., M. GUADAGNIN, Edizioni Comunità, Torino, 1999, 656 ss.

²²F. CIARAMELLI, *Responsabilità per le generazioni future e la funzione del diritto*, cit. 18. Id., *La distruzione del desiderio. Il narcisismo nell'epoca del consumismo di massa*, Dedalo, Bari, 2000.

²³*Le origini del totalitarismo* (1949), trad. it., M. GUADAGNIN, cit.

*comune spazio di libertà*²⁴. È la fondazione della *constitutio libertatis* che per Arendt ci permetterebbe di costituzionalizzare la “disobbedienza civile” quale pubblica manifestazione collettiva delle nuove istanze dei gruppi sociali costituiti dai “nuovi” (naturali portatori del cambiamento), che trova matrice nell’ordinamento democratico stabile attraverso il diritto di associazione e partecipazione alla vita democratica di tocquevilliana memoria²⁵ (*rectius*: attraverso la garanzia del principio democratico).

La forza costituente di tali ordinamenti giuridici pare essere nella visione arendtiana il principio democratico che permette di garantire tale stabilità, predisponendo schemi relazionali tra individui e istituzioni che sono in grado di far spazio alle istanze del futuro all’interno del quadro stabile delle Costituzioni di sistemi giuridici democratici, che sono per loro stessa natura *future-oriented*²⁶. Ciò è possibile, per Arendt, perché in consimili ordinamenti giuridici il diritto *rectius* l’esercizio del potere, non pretende di essere valido senza limitazioni spaziali e temporali²⁷, garantendo così il susseguirsi delle generazioni per il tramite del principio democratico che ne è dunque il pilastro costituente.

Sarà dunque interessante verificare se l’intuizione di Arendt, che collega la responsabilità intergenerazionale al principio democratico, possa fungere da sostrato teorico per sorreggere l’avanzare del principio di equità intergenerazionale come parametro di costituzionalità alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale in materia previdenziale e in materia di equilibrio di bilancio.

4. Equità intergenerazionale: analisi della giurisprudenza costituzionale in materia previdenziale e in materia di equilibrio di bilancio.

²⁴F. CIARAMELLI, *Responsabilità per le generazioni future e la funzione del diritto*, cit., 12.

²⁵H. ARENDT, *Disobbedienza civile*, cit., 68-70.

²⁶A. D’ALOIA, *Costituzione e protezione delle generazioni future*, cit., 304-305.

²⁷H. ARENDT, *Disobbedienza civile*, cit., 68 ss. L’Autrice evidenzia che la disobbedienza civile che garantisce la stabilità degli ordinamenti democratici è la partecipazione democratica e il metodo democratico che le istituzioni devono seguire per salvaguardare il susseguirsi delle generazioni. Per l’autrice, Tocquville aveva ben compreso che il fattore stabilizzante era la partecipazione democratica; negli USA, M. GOLDONI, Ch McCorkindale (eds), *Hannah Arendt and the Law*, Hart Publishing, Oxford, 2012. G. PARIETTI, *Osservazioni circa diritto e mondo in Hannah Arendt*, in *La Cultura*, n. 47/2009, 495-516.

A partire dall'introduzione in Costituzione del principio dell'equilibrio di bilancio (contenuto nel comma 1 dell'art. 81 Cost) per opera della l. cost. n. 1 del 2012, la giurisprudenza costituzionale ha dovuto affrontare molteplici questioni in materia previdenziale e in materia di bilancio. Fino a questo momento, in effetti, l'argomento della responsabilità verso le generazioni future era di appannaggio della tutela ambientale per evidenti influssi internazionalistici²⁸. Invece il legislatore costituzionale, sulla spinta delle istanze eurounitarie, ha di fatto inserito nella Costituzione la dimensione «*intergenerazionale, di cui le future scelte di bilancio dovranno tener conto*»²⁹.

La Corte costituzionale ha adottato un andamento ondivago nell'armeggiare la tematica dell'equità intergenerazionale o della responsabilità intergenerazionale a seconda delle questioni che le venivano poste: in materia previdenziale la Corte ha per lo più utilizzato l'equità intergenerazionale come argomento *ad adiuvandum* per giustificare le scelte austere dei governi, in un'ottica di solidarietà e mutualità intergenerazionale, senza però dare dignità di cogenza giuridica al principio dell'equità intergenerazionale che per l'appunto rimaneva alla stregua di un mero principio, seppur edificante nell'assetto costituzionale. Viceversa, in materia di equilibrio di bilancio e in specie nelle questioni che generavano o potenzialmente favorivano casi di dissesto economico degli enti locali, i giudici della Corte hanno elevato l'equità intergenerazionale a vero e proprio parametro di giudizio della costituzionalità delle leggi, facendo leva sul combinato disposto degli artt. 81 e 119, 6 comma, Cost., alla luce del principio democratico.

Si intende dunque analizzare le pronunce della Corte costituzionale degli ultimi cinque anni per comprendere se l'equità intergenerazionale è “costituzionalismo”, inteso come limite al potere politico presente per salvaguardare il succedersi delle generazioni attraverso il principio democratico secondo l'interpretazione della Arendt.

4.1. La più recente giurisprudenza costituzionale in materia previdenziale.

²⁸R. BIFULCO, *Diritti e generazioni future*, cit., 137. A. MAESTRONI, *La dimensione solidaristica dello sviluppo sostenibile. Dal quadro sovranazionale alle decisioni della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2012, 163 ss.

²⁹R. BIFULCO, *Jefferson, Madison e il momento costituzionale dell'Unione. A proposito della riforma costituzionale sull'equilibrio di bilancio*, cit. 2.

La recente giurisprudenza costituzionale degli ultimi anni, a seguito della riforma costituzionale del 2012, si è confrontata con il principio dell'equità intergenerazionale anche con riferimento alle questioni attinenti alla materia previdenziale³⁰. La giurisprudenza è stata pressoché costante nel richiedere la garanzia della sostenibilità del sistema previdenziale attraverso l'operare di un ragionevole bilanciamento degli interessi costituzionali in gioco, ovvero le esigenze di vita dei pensionati e le risorse finanziarie disponibili, al fine di garantire una vita dignitosa quale zoccolo duro dei diritti fondamentali di cui all'art. 2 Cost. Infatti, si nota sin dalla prima pronuncia – la sent. n. 264 del 2012 – come in materia di previdenza il baricentro dell'interpretazione giurisprudenziale si sposti per lo più su concetti di eguaglianza e di solidarietà (o mutualità) tra generazioni.

Con la sentenza n. 70 del 2015 è stata dichiarata l'incostituzionalità delle norme contenute nell'art. 24 del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, (c.d. Decreto Salva Italia).

Come evidenziato in dottrina³¹, la riforma si ergeva sulla responsabilità verso le generazioni future rispetto a politiche di spesa non equilibrate in base alle risorse disponibili. Del resto, è l'art. 24, comma 1, che enfatizzava gli obiettivi che il legislatore intendeva perseguire ovvero l'adeguamento ai vincoli internazionali ed eurounitari in tema di bilancio e di stabilità economico-finanziaria, per creare un sistema pensionistico e di *welfare* più sostenibile e per garantire «*equità e convergenza intragenerazionale e intergenerazionale*».

La Corte ha tuttavia dichiarato incostituzionale il comma 25 dell'art. 24 del d.l. n. 201 del 2011 nella parte in cui prevedeva la rivalutazione automatica nella misura del 100% dei soli trattamenti pensionistici di importo complessivo fino a tre volte il trattamento minimo INPS per gli anni di esercizio 2012 e 2013. In questo modo il legislatore sarebbe riuscito ad impedire l'applicazione del meccanismo di perequazione per tutte le pensioni di importo superiore a euro 1.217,00 netti.

La sentenza n. 70 del 2015 è rilevante ai nostri fini, nonostante la Corte non abbia fatto esplicito riferimento al principio di equità intergenerazionale, perché ha introdotto degli elementi

³⁰G. GRASSO, *Equilibrio di bilancio e godimento dei diritti sociale e del lavoro nella lunga crisi economica. La questione pensionistica come caso emblematico*, in L. DORATO, G. GRASSO (a cura di), *I diritti sociali e del lavoro nella lunga crisi economica. La questione pensionistica come caso emblematico*, Editoriale scientifica, Napoli, 2017, 109 ss.

³¹N. LUPO, *Costituzione europea, pareggio di bilancio ed equità tra le generazioni*, in *Amministrazione in cammino*, 2011. A. STERPA, *Una lettura intergenerazionale della sent. 70 del 2015*, in *federalismi.it*, n. 10/2015.

interpretativi che diventeranno le linee argomentative per dirimere le questioni in materia previdenziale rispetto alla sostenibilità delle stesse e al principio di equilibrio di bilancio. In questa pronuncia la Corte costituzionale ha rilevato che, seppur vigente la discrezionalità del legislatore per le scelte di politiche di bilancio anche se incidenti in negativo sui diritti sociali che per loro natura sono diritti “costosi”, in ogni caso deve essere garantito il livello essenziale di tutela dei diritti fondamentali, salvaguardandone il nucleo essenziale degli interessi costituzionali in conflitto. In questa sentenza la Corte ha evidenziato la necessità che le scelte di politica di bilancio che incidono sui diritti debbano essere corroborate da indicazioni specifiche e razionali sulla destinazione delle risorse che lo Stato ha riscosso da simili misure ablativo.

Il legislatore, a giudizio della Corte, è dunque tenuto ad operare un ragionevole bilanciamento dei valori costituzionali, adottando una disciplina del trattamento pensionistico che, tenendo in considerazione le risorse finanziarie disponibili, garantisca le irretrattabili e irrinunciabili esigenze di protezione della persona (sent. 316 del 2010).

Del resto, in materia di interventi restrittivi sui trattamenti economici, la Corte costituzionale ha sostenuto in più occasioni che previsioni normative che impongono sacrifici economici sono costituzionalmente sostenibili solo se tali sacrifici hanno il carattere dell'eccezionalità, della contingenza, della non arbitrarietà, della stretta attinenza allo scopo prefissato, nonché della temporaneità limitata degli stessi, purché sussistano esigenze di contenimento della spesa pubblica per fini solidaristici³².

Più esplicita è la sentenza n. 173 del 2016 con la quale la Corte, pur respingendo le ipotesi di incostituzionalità sollevate dai rimettenti per il contributo di solidarietà gravante sulle pensioni per opera dell'art.1, comma 486, della legge n. 147 del 2013, ha salvato la disposizione normativa che introduceva l'azzeramento automatico solo per le pensioni superiori a sei volte il trattamento minimo e solo per l'anno 2014, nonché disponeva un contributo di solidarietà per il triennio 2014-2016 sui trattamenti pensionistici eccedenti almeno tre volte il valore del trattamento pensionistico minimo INPS, al fine di devolvere le somme alle gestioni previdenziali obbligatorie, perché giudicata rispettosa dei criteri di progressività, proporzionalità e adeguatezza. Per la Corte il

³²Cfr, sent. n. 250 del 2017; sent. 169 del 2017; 108 del 2018; sent. 154 del 2014; 219 del 2014; 96 del 2016; 310 del 2013, n. 496, n. 296 del 1993; ord. n. 263 del 2002; ord. n. 299 del 1999.

legislatore persegue la solidarietà previdenziale intergenerazionale che impone un contributo di solidarietà, che è «sicuramente ragionevole, non imprevedibile e sostenibile» solo qualora «operi all'interno dell'ordinamento previdenziale, come misura di solidarietà "forte", mirata a puntellare il sistema pensionistico, e di sostegno previdenziale ai più deboli, anche in un'ottica di mutualità intergenerazionale».

La *ratio* sottesa all'interpretazione costituzionalmente conforme operata dai giudici della Consulta risiede nella finalità cui tale scelta normativa mirava ovvero quella di operare un prelievo "solidale" che fosse in grado, almeno in parte, di coprire gli interventi salvifici per le pensioni dei lavoratori esodati³³. Per la Corte vige un vero e proprio sistema pensionistico sorretto dal principio di solidarietà e mutualità che deve garantire la tutela dei più deboli anche per le generazioni future, soprattutto nei periodi di flessione economica.

In tale occasione la Corte ha fatto leva sul principio solidaristico e della sostenibilità, dal momento che la misura ablativa sulle pensioni interessate, è circoscritta temporalmente per un triennio, ha cadenza una *tantum* con dichiarati fini solidaristici, e pertanto non è violativa degli artt. 2, 3, 36 e 38 Cost³⁴.

Successivamente, con la sentenza n. 250 del 2017, la Corte ha rigettato le questioni di legittimità sollevate su alcune norme contenute nel d.l. 21 maggio 2015, n. 65. La novella normativa, al fine di garantire un corretto adeguamento alle statuizioni della sentenza precedente (la n. 70 del 2015), ha modificato il comma 25 dell'art. 24 del d.l. n. 201 del 2011, introducendovi il comma 25-bis, ponendo come nuovo obiettivo quello di assicurare «la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, anche in funzione della salvaguardia della solidarietà intergenerazionale». In specie, il legislatore fa propria, anche linguisticamente, la questione, parlando espressamente di "solidarietà intergenerazionale", perché per i giudici della Consulta il legislatore ha disposto la rivalutazione automatica dei trattamenti pensionistici per gli anni 2012 e 2013, che veniva riconosciuta al 100% soltanto a favore dei titolari dei trattamenti pensionistici fino a tre volte il

³³G. ARCONZO, *La sostenibilità delle prestazioni previdenziali e la prospettiva della solidarietà intergenerazionale. Al crocevia tra gli artt. 38, 81 e 97 Cost.*, in *Rivista AIC*, n. 3/2018.

³⁴Corte cost, sent. 176 del 2016, ove si legge perché il prelievo «in ragione della sua temporaneità, non si palesa di per sé insostenibile, pur innegabilmente comportando un sacrificio per i titolari di siffatte pensioni» e che «l'intervento legislativo di cui al denunciato comma 486, nel suo porsi come misura contingente, straordinaria e temporalmente circoscritta, supera lo scrutinio stretto di costituzionalità».

minimo; ha modulato diversamente per i trattamenti compresi tra quattro e sei volte il minimo ed ha escluso i percettori di trattamenti pensionistici sei volte superiori al minimo. Nel caso *de quo*, per i giudici rimettenti, al pari di quanto avvenuto con la sent. n. 70 del 2015, vi era, eludendo altresì il giudicato costituzionale, la palese violazione degli artt. 3, 36, 38 e 136 Cost.

La Corte costituzionale ha invece respinto le doglianze di costituzionalità sollevate, affermando come le disposizioni così novellate fossero state sospinte dall'intento di dare attuazione proprio alla garanzia di «*solidarietà intergenerazionale*», in ossequio al principio dell'equilibrio di bilancio e della tenuta di una sana finanza pubblica³⁵.

La recente sentenza della Corte costituzionale, la n. 234 del 2020, si inserisce nel filone giurisprudenziale del principio solidaristico in materia previdenziale ivi analizzata.³⁶ Infatti, la Corte ha dichiarato non fondate le questioni sollevate nei giudizi di legittimità costituzionale dell'art. 1, commi 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267 e 268, della legge 30 dicembre 2018³⁷, n. 145, là dove tali disposizioni prevedono la decurtazione percentuale dei trattamenti di elevato importo³⁸.

In merito alle doglianze non accolte, la Corte riprende la sentenza n. 316 del 2010, evidenziando che «*dev'essere riconosciuta al legislatore – all'interno di un disegno complessivo di razionalizzazione della precedente riforma previdenziale – la libertà di adottare misure, come quella denunciata, di concorso solidaristico al finanziamento di un riassetto progressivo delle pensioni di anzianità, onde riequilibrare il sistema a costo invariato*». In effetti, come ricorda la stessa Corte, dalla documentazione allegata agli atti di intervento del Presidente del Consiglio dei ministri emerge che il raffreddamento della

³⁵D. PORENA, *Il principio di sostenibilità: contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Giappichelli, Torino, 2017. F.F. PAGANO, *L'abrogazione di norme previdenziali di favore tra necessità del legittimo affidamento ed equità intergenerazionale (nota a Corte cost. n. 240 del 2019)*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 2/2020. Ex multis, sent. 250 del 2017; 70 del 2015; 316 del 2010.

³⁶F. ANGELINI, G. GRASSO, «*Raffreddamento della dinamica perequativa*» e tempo (in) finito della solidarietà nei trattamenti pensionistici (a margine della sentenza n. 234/2020 della Corte costituzionale), in *Osservatorioaic.it*, n.3/2021. L. FASSINA, *Rivalutazione e contributo di solidarietà per pensioni elevate* (9 novembre 2020 n. 234), in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2020, num. 5-6, 5 ss; P. SANDULLI, *Quale e quanto welfare dalla finanza pubblica? Rileggendo Maurizio Franzini* 2019, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, n. 1/2021, 119; M. CINELLI, *I prelievi sulle "pensioni d'oro": alla Corte costituzionale la narrazione, alla Corte dei conti l'epilogo?* in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, n. 1/2021, 151 ss.

³⁷A. SAITTA, *Dal bilancio quale "bene pubblico" alla "responsabilità costituzionale democratica" e "intergenerazionale"*, in *Giur. cost.*, 2019, 216 ss.

³⁸In riferimento agli artt. 3, 36, 38, 42, 53, 81, 97, 117, I comma, quest'ultimo in relazione all'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848.

rivalutazione delle pensioni di maggior importo è una chiara misura emendativa al disegno della legge di bilancio 2019, introdotta nell'ambito dell'interlocuzione del Governo italiano con la Commissione europea, in funzione dell'osservanza dei vincoli di stabilità finanziaria derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea. Questo elemento è probante l'intento del legislatore, ovvero quello di devolvere i risparmi raccolti a seguito di simili misure ablativo per devolverle a *«un circuito di solidarietà interna al sistema previdenziale»*. In questo modo pare evidente ai giudici della Corte che il prelievo sul trattamento pensionistico resta inquadrato nel *genus* delle prestazioni patrimoniali imposte per legge, di cui all'art. 23 Cost., e che, per tale ragione, si sottrae al principio di universalità dell'imposizione tributaria, di cui all'art. 53 Cost., *«potendo trovare un'autonoma giustificazione nei principi solidaristici sanciti dall'art. 2 Cost.»*. La Corte costituzionale salva la normativa introdotta per ragioni direttamente conseguenti al principio solidaristico e al principio di sostenibilità; infatti si legge che *«la verifica di ragionevolezza e proporzionalità di un contributo imposto ai titolari delle pensioni più elevate non può essere avulsa dalla considerazione dei gravi problemi strutturali che affliggono il sistema previdenziale italiano, la cui sostenibilità è tuttora affidata in un'ottica di solidarietà a una gestione "a ripartizione", particolarmente esposta alla negatività dell'andamento demografico: un numero sempre minore di lavoratori attivi, per di più spesso con percorsi lavorativi discontinui, è chiamato a sostenere tramite i versamenti contributivi il peso di un numero sempre maggiore di pensioni in erogazione»*; ancora, *«il progressivo invecchiamento della popolazione e l'erosione della base produttiva rende via via più fragile il patto tra le generazioni, sul quale il sistema previdenziale si fonda»*. Con tali argomentazioni la Corte rigetta le questioni sollevate facendo leva, ancora una volta, sulla solidarietà e la sostenibilità del sistema pensionistico, per salvaguardare il patto tra le generazioni. Quel che preme ivi rilevare è che la Corte non utilizza il principio di equità intergenerazionale come autonomo parametro di costituzionalità, bensì lo sfrutta come argomento a sostegno della mutualità solidaristica delle finalità cui mirano queste misure ablativo per garantire la sostenibilità del sistema previdenziale.

Tuttavia, la Corte riserva un elemento di novità in tema di equità intergenerazionale e materia previdenziale, dichiarando l'incostituzionalità del prelievo di cui all'art. 1, comma 261, della l. n. 145 del 2018, a causa della durata quinquennale del contributo. La durata quinquennale è

irragionevole perché è sproporzionata rispetto al raggiungimento dei suoi obiettivi entro l'arco triennale del bilancio di previsione di cui all'art. 21 della legge 31 dicembre 2009, n. 196³⁹.

Chiarisce la Corte che, come avvenuto in passato sia per la durata contrattuale triennale per i dipendenti pubblici, sia per i rapporti tra Stato, Regioni ed enti locali, e in relazione alla programmazione dei risparmi sulla spesa pubblica aggregata, *«l'osservanza delle ordinarie scansioni temporali dei cicli di bilancio consent(e) di definire in modo più appropriato il quadro delle esigenze e delle misure finanziarie, evitando di attribuire a queste ultime un'estensione temporale così ampia da sottrarne gli effetti di lungo periodo a una congrua valutazione parlamentare (sentenze n. 103 del 2018, n. 169 e n. 154 del 2017, n. 141 del 2016)»*. La Corte sposta l'attenzione sulla valutazione parlamentare, evidenziando il collegamento sotteso con il principio democratico entro cui il controllo di bilancio, definito bene pubblico, si inserisce per la copiosa giurisprudenza in materia. Con tale pronuncia sembra che la Corte abbia realizzato un ponte di connessione tra la giurisprudenza in materia previdenziale e quella in materia di bilancio, ove l'equità intergenerazionale non è un vero e proprio parametro, ma è per lo più un'estrinsecazione pratica del principio democratico per il tramite del principio solidaristico, purché sia garantita la razionalità delle scelte di politica previdenziale. Per tale ragione le argomentazioni della Corte si irradiano in un *unicum* composto dal principio di ragionevolezza, di solidarietà e sostenibilità, per garantire la tenuta del principio democratico che funge da collante dell'ordinamento costituzionale, anche a garanzia della equità generazionale.

4.2. La più recente giurisprudenza costituzionale in materia di equilibrio di bilancio.

³⁹Cfr. Corte costituzionale, sent. n. 234 del 2020, *«tale durata, non solo risulta esorbitante rispetto all'orizzonte triennale del bilancio di previsione, fissato dall'art. 21 della legge 31 dicembre 2009, n. 196 (Legge di contabilità e finanza pubblica), ma costituisce anche un indice di irragionevolezza per sproporzione, poiché riguarda una misura che persegue le sue finalità proprio nell'arco del triennio»*.

La Corte costituzionale è stata interpellata molte volte in materia di disavanzo per la programmazione pluriennale degli enti locali e delle Regioni per verificarne la costituzionalità con il principio dell'equilibrio di bilancio⁴⁰.

Già a partire dalla sentenza n. 88 del 2014, la Corte ha infatti respinto le censure mosse dalla Regione Friuli-Venezia Giulia, nonché dalla provincia autonoma di Trento, contro le disposizioni legislative della l. n. 243 del 24 dicembre 2012. In specie, i ricorrenti lamentavano la lesione delle loro prerogative costituzionali e statutarie rispetto alla disciplina dell'indebitamento da parte delle Regioni e degli enti territoriali. I giudici della Consulta hanno fermamente respinto le doglianze sollevate, affermando che *«l'attuazione dei nuovi principi, e in particolare di quello della sostenibilità del debito pubblico, implica una responsabilità che, in attuazione di quelli "fondanti" (sent. n. 264 del 2012) di solidarietà e di eguaglianza, non è solo delle istituzioni ma anche di ciascun cittadino nei confronti degli altri, ivi compresi quelli delle generazioni future»*⁴¹. Nella pronuncia la dottrina ravvisa una coppia assiologica che getterebbe le basi per la Corte per riconoscere in un processo dottrinale e giurisprudenziale il principio dell'equità intergenerazionale come valore cogente dell'intero apparato costituzionale. In specie, la coppia assiologica è composta, alla luce della interpretazione di autorevole dottrina, dalla solidarietà e dall'eguaglianza che genera la *«prima e più efficace risorsa di cui l'ordinamento dispone al fine di potersi trasmettere integro nel tempo alle generazioni future»*⁴².

Nelle sentenze n. 107 del 2016 e n. 6 del 2017 il principio dell'equità intergenerazionale è stato argomento decisivo per le pronunce della Corte⁴³. La Corte era stata adita in via principale sulla costituzionalità della legge della Regione Molise n. 25 del 2014, recante l'assestamento del bilancio di previsione per l'esercizio finanziario 2014 e della legge della Regione Sardegna, recante il bilancio di previsione per l'anno 2016 e il bilancio pluriennale per gli anni 2016-2018.

⁴⁰D. CABRAS, *Il pareggio di bilancio in Costituzione: una regola importante per la stabilizzazione della finanza pubblica*, in *Qua. Cost.*, 2012. M. ABRESCIA, *Un diritto al futuro: analisi economica del diritto. Costituzione e responsabilità tra generazioni*, in *Forum di Qua. Cost.*, 2008.

⁴¹A. RUGGERI, *La Consulta rimette abilmente a punto la strategia dei suoi rapporti con la Corte EDU e, indossando la maschera della consonanza, cela il volto di un sostanziale, perdurante dissenso nei riguardi della giurisprudenza convenzionale ("a prima lettura" di Corte cost. n. 264 del 2012) in www.giurcost.org. Id., *Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie nelle più salienti esperienze della giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n.2/2017.*

⁴²Corte costituzionale, sent. n. 88 del 2014. G. ARCONZO, *La sostenibilità delle prestazioni previdenziali e la prospettiva della solidarietà intergenerazionale. Al crocevia tra gli art. 38, 81 e 97 Cost.*, cit.

⁴³G. RIVOSECCHI, *L'armonizzazione dei bilanci degli enti territoriali: orientamenti e prospettive alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in *federalismi.it*, n. 17/2016.

La legge della Regione Molise prevedeva di diluire in dieci anni il cosiddetto “disavanzo tecnico” derivante da un riaccertamento straordinario dei residui passivi e attivi; mentre la legge sarda, per fronteggiare il c.d. disavanzo tecnico, rinviava con formula generica la copertura dello stesso agli esercizi successivi.

In entrambe le pronunce i giudici della Corte pongono l'attenzione sulla *«problematicità di soluzioni normative, mutevoli e variegate [che] prescrivono il riassorbimento dei disavanzi in archi temporali lunghi e differenziati, ben oltre il ciclo di bilancio ordinario, con possibili ricadute negative anche in termini di equità intergenerazionale»*. Con tale affermazione la Corte evidenzia la necessità che la gestione delle risorse debba ispirarsi ai principi della equità intergenerazionale.⁴⁴

Ma è con la sentenza n. 49 del 2018, che ha dichiarato l'incostituzionalità della legge della Regione Abruzzo n. 16 del 2017 per violazione dell'art. 81 Cost., che l'interpretazione giurisprudenziale sembra delineare più chiaramente i profili del principio dell'equità intergenerazionale. Per la Corte il rendiconto deve essere parlante, ovvero deve essere in grado di descrivere lo stato dell'indebitamento e delle eventuali passività dell'ente per gli esercizi futuri. In particolare, un rendiconto ben delineato *«fornisce il quadro pluriennale dell'indebitamento, consentendo una prospettiva di sindacato sia in relazione ai vincoli europei, sia in relazione all'equità intergenerazionale, strumento servente alla determinazione dei costi-benefici afferenti alle generazioni future con riguardo alle politiche di investimento in concreto adottate»*.

La Corte, riprendendo anche la sentenza n. 184 del 2016, afferma che le regole della contabilità pubblica sono necessarie per verificare la concretezza della legittimazione democratica in attuazione del principio democratico: *«La trasparenza dei conti risulta elemento indefettibile per avvicinare in senso democratico i cittadini all'attività dell'Amministrazione, in quanto consente di valutare in modo obiettivo e informato lo svolgimento del mandato elettorale, e per responsabilizzare gli amministratori, essendo necessariamente servente al controllo retrospettivo dell'utilizzo dei fondi pubblici»*.

⁴⁴È stato di fatto evidenziato che la Corte in queste due pronunce *«non nasconde una certa preoccupazione rispetto alla possibilità di ipotecare per molti anni poste dei bilanci regionali, proprio in ragione del fatto che ciò possa determinare squilibri in termini di disponibilità di risorse per il futuro»*; Cfr. G. ARCONZO, *La sostenibilità delle prestazioni previdenziali e la prospettiva della solidarietà intergenerazionale*, cit.

In tale pronuncia, seppur timidamente, i giudici della Corte hanno iniziato a disegnare la costituzionalità del principio dell'equità intergenerazionale all'interno del nostro ordinamento democratico attraverso le argomentazioni della sostenibilità dei bilanci e della solidarietà intergenerazionale. È nel principio democratico che la Corte sembra trovare la chiave di volta. In specie la Consulta evidenzia che l'evoluzione della finanza pubblica, soprattutto a seguito della riforma introdotta dalla legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1, la quale ha rafforzato i parametri costituzionali attinenti all'equilibrio individuale dei conti appartenenti al settore pubblico allargato e al controllo dell'indebitamento (artt. 81 e 97, primo comma, Cost.), ha statuito che *«gli elementi basilari inerenti alla dimostrazione della situazione economico-finanziaria siano espressi con chiarezza e coerenza anche in rapporto alla fondamentale interdipendenza con il principio di legittimazione democratica, indefettibile raccordo tra la gestione delle risorse della collettività e il mandato elettorale degli amministratori»*. È per i giudici espressione di *«tempestiva accountability nei confronti degli elettori e degli altri portatori di interessi e quelle inerenti alla rideterminazione o costruzione degli equilibri dei bilanci di previsione dei due esercizi successivi»*.

Ergo il principio della trasparenza dei conti è *«elemento indefettibile per avvicinare in senso democratico i cittadini all'attività dell'Amministrazione, in quanto consente di valutare in modo obiettivo e informato lo svolgimento del mandato elettorale, e per responsabilizzare gli amministratori, essendo necessariamente servente al controllo retrospettivo dell'utilizzo dei fondi pubblici (sentenza n. 184 del 2016)»*.

È tuttavia con la sent. n. 18 del 2019 che la Corte costituzionale apre ancora di più al principio di equità intergenerazionale, saldandolo con gli artt. 81 e 97 Cost. In particolare, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 714, della legge n. 208 del 2015, come sostituito dall'art. 1, comma 434, della legge n. 232 del 2016, è stata giudicata fondata in riferimento agli artt. 81 e 97, primo comma, Cost., sia sotto il profilo della lesione dell'equilibrio e della sana gestione finanziaria del bilancio, sia per contrasto con gli interdipendenti principi di copertura pluriennale della spesa e di responsabilità nell'esercizio del mandato elettivo, che si esprime anche nella regola aurea di cui all'art. 119, comma 6, Cost.

La Corte sostiene che *«L'equità intergenerazionale comporta, altresì, la necessità di non gravare in modo sproporzionato sulle opportunità di crescita delle generazioni future, garantendo loro risorse sufficienti per un equilibrato sviluppo. (...) E, d'altronde, la regola aurea contenuta nell'art. 119, sesto comma, Cost. dimostra come*

l'indebitamento debba essere finalizzato e riservato unicamente agli investimenti in modo da determinare un tendenziale equilibrio tra la dimensione dei suoi costi e i benefici recanti nel tempo alle collettività amministrate».

La tendenza, per i giudici della Corte, agevolata dalle norme oggetto di scrutinio, parrebbe quella di perpetuare il *deficit* strutturale nel tempo, attraverso uno stillicidio normativo di rinvii, che *«finisce per paralizzare qualsiasi ragionevole progetto di risanamento, in tal modo entrando in collisione sia con il principio di equità intragenerazionale che intergenerazionale»*. Seppur in tale pronuncia la Corte non utilizzi espressamente il principio di equità intergenerazionale alle stregue di un vero e proprio parametro costituzionale, rinsalda il legame esistente tra principio democratico ed equità intergenerazionale. In specie, la Corte specifica che la rimozione del deficit non può superare la programmazione triennale e quello della scadenza del mandato *«affinché gli amministratori possano presentarsi in modo trasparente al giudizio dell'elettorato al termine del loro mandato, senza lasciare "eredità" finanziariamente onerose e indefinite ai loro successori e ai futuri amministratori»*. Ancora si legge che è *«(l)lo stesso principio di rendicontazione, presupposto fondamentale del circuito democratico rappresentativo (...)»*, dal momento che il rispetto della programmazione triennale è essa stessa *«un'esigenza sistemica unitaria dell'ordinamento, secondo cui sia la mancata approvazione dei bilanci, sia l'incuria del loro squilibrio strutturale interrompono – in virtù di una presunzione assoluta – il legame fiduciario che caratterizza il mandato elettorale e la rappresentanza democratica degli eletti»*⁴⁵.

Successivamente la Corte costituzionale con la sentenza n. 34 del 2021 dichiara incostituzionale l'art. 243 *bis*, comma 5, T.U. enti locali, nella parte in cui non prevede che, in caso di inizio mandato in pendenza del termine di cui al primo periodo, ove non vi abbia provveduto la precedente amministrazione, quella in carica possa deliberare il PRFP nei sessanta giorni successivi alla sottoscrizione della relazione di cui all'art. 4-*bis*, comma 2, del d.lgs. n. 149 del 2011⁴⁶. In specie, per la Corte le norme oggetto di censura violano gli artt. 1, 3, 81, 97, primo e secondo comma e 119, primo comma, Cost., ovvero *«i principi dell'equilibrio di bilancio e della sana gestione finanziaria*

⁴⁵Corte costituzionale, sent. 228 del 2017; sent. 184 del 2016, *«[i]l carattere funzionale del bilancio preventivo e di quello successivo, alla cui mancata approvazione, non a caso, l'ordinamento collega il venir meno del consenso della rappresentanza democratica, [risiede essenzialmente nell'assicurare] ai membri della collettività la cognizione delle modalità [di impiego delle risorse e i risultati conseguiti da chi è titolare del mandato elettorale]»*.

⁴⁶ N. N. TRITTO, *Il piano di riequilibrio finanziario pluriennale e le modifiche (d)all'amministrazione dell'ente locale, in federalismi.it*, n. 13/2021.

dell'ente, nonché il mandato conferito agli amministratori dal corpo elettorale, l'automatico avvio al dissesto quando una nuova amministrazione sia subentrata alla guida dell'ente e, chiamata a farsi carico della pesante eredità ricevuta dalle precedenti gestioni, non sia stata messa nella condizione di predisporre il PRFP per l'assegnazione di un termine che decorre da epoca anteriore al suo insediamento ed è sganciato dal momento in cui acquisisce, con la sottoscrizione della relazione di inizio mandato, piena contezza della situazione finanziaria e patrimoniale dell'ente e della misura dell'indebitamento», impedendo alle amministrazioni subentrate di esercitare a pieno il proprio mandato elettorale e dunque di programmazione economica ad esso connesso, sconfinando «in una condizione di responsabilità politica oggettiva, con pregiudizio dell'art. 1 Cost.».

Sul solco in parte tracciato da tali pronunce si inseriscono anche le più recenti sentenze sul sistema delle anticipazioni di liquidazione degli enti locali, ovvero la sent. n. 4 del 2020, la sent. n. 115 del 2020 e la sent. n. 80 del 2021, le quali sembrano segnare il passaggio definitivo del principio di equità intergenerazionale al ruolo di parametro di costituzionalità come espressione del principio democratico.

La questione sottesa alla pronuncia n. 4 del 2020 riguardava l'ordinanza del 18 febbraio 2019 della Corte dei conti, sezioni riunite in sede giurisdizionale in speciale composizione, che ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 6, del decreto-legge 19 giugno 2015, n. 78, convertito, con modificazioni, nella legge 6 agosto 2015, n. 125, e dell'art. 1, comma 814, della legge 27 dicembre 2017, n. 205, in riferimento agli artt. 3, 81, 97, primo comma, 119, sesto comma, e 136 della Costituzione⁴⁷.

Il giudice rimettente riferisce che il Comune di Napoli ha proposto ricorso avverso la delibera della Corte dei conti, sezione regionale di controllo della Campania, n. 107 del 10 settembre 2018, con la quale veniva affermata l'inadeguatezza delle misure correttive adottate dall'amministrazione comunale per la gestione del bilancio e conseguentemente preclusa l'attuazione di alcuni programmi di spesa. Per i giudici della Corte i tre parametri, ovvero gli artt. 81, 97 e 119, comma 6, Cost., operano in stretta interdipendenza. Ciò comporta che l'anomala utilizzazione delle anticipazioni di liquidità consentita dalle disposizioni impugnate lede l'equilibrio del bilancio, il

⁴⁷F. GUELLA, *Illegittimità dei meccanismi di estinzione fittizia di debito con debito: la sterilizzazione delle anticipazioni di liquidità come meccanismo costituzionalmente necessario*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 2/2020. F. SUCAMELI, *Attuazione ed esecuzione della l. cost. n. 1/2012 attraverso il giudice del bilancio*, in *federalismi.it*, n. 36/2020.

principio di sana gestione finanziaria e, contemporaneamente, viola la “regola aurea” contenuta nell’art. 119, sesto comma, Cost., secondo cui l’indebitamento degli enti territoriali deve essere riservato a spese di investimento.

La Corte specifica che i parametri costituzionali vigenti in *subiecta materia* consentono di chiarire che, nel richiamare i suoi precedenti (sentt. n. 18 del 2019; n. 49 del 2018; n. 188 del 2014) ed i principi cardine della Costituzione in tema di relazioni finanziarie tra Stato e comunità territoriali, *«l’inidoneità dell’anticipazione a rimuovere situazioni di deficit strutturale risulta non solo implicitamente dal contrasto formale con il precetto contenuto nell’art. 119, sesto comma, Cost., ma anche da dati elementari dell’esperienza, secondo cui solo un investimento efficace può compensare in positivo l’onere debitorio sotteso alla sua realizzazione – dal momento che – tale precetto custodisce interessi costituzionali che non sono limitati alla mera cura della sana gestione finanziaria, ma si estendono agli interdipendenti profili di tutela della rappresentanza democratica e dell’equità intergenerazionale»*. L’ordito normativo che il Giudice delle leggi persegue è dettato dal combinato disposto degli artt. 81, 97 e 119, comma 6, Cost. che ossequiano al principio democratico di cui l’equità intergenerazionale rappresenta una chiara espressione.

Ma è con la sent. n. 115 del 2020 che la Corte sembra fugare ulteriori dubbi nel ritenere che l’equità intergenerazionale trovi dimora nel principio democratico alle stregue di un parametro di costituzionalità delle leggi⁴⁸. La questione d’incostituzionalità sollevata innanzi alla Corte costituzionale genera da un’ordinanza della Corte dei conti, sezione regionale di controllo per la Calabria, in merito all’art. 38, commi 1-*terdecies*, 2-*bis* e 2-*ter* del decreto-legge 30 aprile 2019, n. 34, convertito, con modificazioni, nella legge 28 giugno 2019, n. 58, in riferimento agli artt. 81, 97, primo comma, 117, primo comma, e 119, sesto comma, della Costituzione, quest’ultimo anche in combinato disposto con gli artt. 1, 2 e 3 Cost.

Le norme censurate disciplinano la riformulazione del piano di riequilibrio degli enti locali che stavano applicando l’art. 1, comma 714, della legge 28 dicembre 2015, n. 208, (legge di stabilità 2016), come modificato dalla legge 11 dicembre 2016, n. 232, nella versione dichiarata illegittima con la sentenza n. 18 del 2019.

⁴⁸C. FORTE, M. PIERONI, *La sentenza n. 115 del 2020 della Corte costituzionale: una pronuncia di non agevole lettura*, in *Forum di Quaderni costituzionale*, n. 4/2020.

Secondo la Sezione rimettente, il combinato disposto dei commi 1-*terdecies*, 2-*bis* e 2-*ter*, dell'art. 38 del d.l. n. 34 del 2019, convertito, con modificazioni, nella legge n. 58 del 2019, nella parte in cui avrebbe consentito agli enti locali che si fossero avvalsi della facoltà loro concessa dall'art. 1, comma 714, della legge n. 208 del 2015, di riproporre il piano di riequilibrio finanziario pluriennale (PRFP) già approvato, estendendolo ad un orizzonte ultradecennale, sarebbe stato in contrasto con il principio dell'equilibrio di bilancio, nelle declinazioni dell'equilibrio dinamico e intergenerazionale, di cui agli artt. 81, 97, primo comma, 117, primo comma, e 119, sesto comma, Cost., anche in combinato disposto con gli articoli 1, 2 e 3 Cost.

Le censure sollevate sono state dichiarate fondate dalla Corte in riferimento agli artt. 81, 97, primo comma, e 119, sesto comma, Cost. In particolare, il comma 2-*ter* dell'art. 38 stabilisce che la riproposizione del piano di riequilibrio deve contenere il ricalcolo pluriennale, fino a un massimo di venti anni, del disavanzo oggetto del piano modificato *«ferma restando la disciplina prevista per gli altri disavanzi»*.

Gli artt. 81 e 97, primo comma, Cost. sono stati violati secondo il Giudice delle leggi, perché l'art. 38, comma 2-*ter*, del d.l. n. 34 del 2019, come convertito, esonera l'ente locale in situazione di predissesto da una serie di operazioni indefettibili per ripristinare gli equilibri, soprattutto dall'obbligo di aggiornamento delle proiezioni di entrata e di spesa, dalla ricognizione delle situazioni creditorie e debitorie, dalla previa definizione degli accordi con i nuovi creditori e con quelli vecchi eventualmente non soddisfatti, ed inoltre dalla ricognizione e dimostrazione della corretta utilizzazione dei prestiti stipulati per adempiere alle pregresse obbligazioni passive.

La Corte va oltre ed afferma chiaramente che *«i predetti principi risultano violati insieme all'art. 119, sesto comma, Cost. sotto il profilo dell'equità intergenerazionale, in quanto il comma 2-ter del citato art. 38 consente di utilizzare risorse vincolate al pagamento di debiti pregressi per la spesa corrente, in tal modo allargando la forbice del disavanzo»*. La medesima violazione ha ricadute in negativo sul *«profilo della responsabilità di mandato, nella misura in cui l'ente locale in predissesto viene esonerato dal fornire contezza dei risultati amministrativi succedutisi nel tempo intercorso tra l'approvazione del piano originario e quello rideterminato»*.

La Corte esplicita il collegamento logico-giuridico tra il principio di equità intergenerazionale e il principio della rappresentanza democratica, ovvero il fattore tempo, evidenziando che *«un consistente lasso temporale, senza neppure specificare da quale bilancio consuntivo e da quale gestione annuale sia*

stato originato il deficit, interrompe completamente la correlazione tra attività del rappresentante politico e risultati imputati alle collettività amministrate succedentesi nel tempo» con grave nocumento per il principio democratico.

In questa pronuncia la Corte, dunque, pare riconoscere cogenza giuridica al principio di equità intergenerazionale come espressione del principio democratico alle stregue di un parametro che permette di dichiarare incostituzionale la norma censurata, grazie all'ordito normativo di cui agli artt. 81, 97 e, in specie, l'art. 119, comma 6. Cost., ove il rendiconto deve contenere *«lo stato dell'indebitamento e delle eventuali passività dell'ente applicate agli esercizi futuri»* per fornire *«il quadro pluriennale dell'indebitamento, consentendo una prospettiva di sindacato sia in relazione ai vincoli europei, sia in relazione all'equità intergenerazionale, strumento servente alla determinazione dei costi-benefici afferenti alle generazioni future con riguardo alle politiche di investimento in concreto adottate»*.

La recentissima sentenza n. 80 del 2021 prosegue lungo tale cammino argomentativo intrapreso dalla Consulta. I giudici della Corte hanno infatti dichiarato incostituzionale l'art. 39-ter, commi 2 e 3, del d.l. 162 del 2019, convertito, con modificazioni, nella legge n. 8 del 2020.

Il caso di specie muove dalla necessità per la Corte dei conti di deliberare sulla congruenza del piano di riequilibrio finanziario pluriennale (PRFP) del Comune di Lecce, ai sensi dell'art. 243-*quater* del d.lgs. n. 267 del 2000. La Corte dei conti aveva sospeso la decisione in pendenza della pronuncia n. 4 del 2020 della Corte costituzionale sulle questioni di legittimità costituzionale sollevate avverso l'art. 2, comma 6, del d.l. n. 78/2015, convertito con modificazioni, nella l. n. 125 del 2015, e dell'art 1, comma 814, della l. n. 205 del 2017, in ragione della incidenza di dette norme sulla definizione del piano di riequilibrio dell'ente locale e della conseguente pregiudizialità della decisione della Corte costituzionale rispetto all'approvazione del PRFP oggetto di controllo. A seguito di tale pronuncia, in sede di conversione del d.l. n. 162 del 2019, è stato inserito l'art. 39-ter nella l. n. 8 del 2020, per il quale la Corte dei conti, sezione controllo per la Puglia, ha sollevato questione di legittimità costituzionale.

La Corte costituzionale ha statuito l'illegittimità costituzionale dell'art. 39-ter, comma 2 e 3, del d.l. 162 del 2019, convertito, con modificazione, dalla l. n. 8 del 2020, per violazione degli artt. 81, 97, comma 1, e 119, comma 6, Cost., i quali parametri *«operano in stretta interdipendenza, poiché l'anomala utilizzazione delle anticipazioni di liquidità consentita dalle disposizioni censurate, autorizzando un*

illegittimo incremento della capacità di spesa dell'ente locale, preclude un corretto ripiano del disavanzo e finisce per ledere l'equilibrio del bilancio e il principio della sana gestione finanziaria».

I giudici della Consulta hanno rilevato che l'art. 39-ter, comma 2, viola gli artt. 81 e 97, comma 1, Cost., perché cagionerebbe una diluzione degli oneri di ripianamento omologa allo stesso periodo temporale previsto per il rimborso dell'anticipazione della liquidità, perturbando gli equilibri di bilancio, la sana gestione finanziaria e l'interdipendente principio di copertura pluriennale della spesa. Per la Corte, la regola fisiologica del rientro del disavanzo è quella del ripianamento annuale, che può essere al massimo triennale, perché si deve rispettare lo scadere del mandato elettorale, altrimenti si potrebbero creare ricadute negative in termini di equità intergenerazionale e di responsabilità del mandato elettivo, come del resto la Corte aveva già avuto modo di spiegare circa la problematicità di soluzioni normative le quali prescrivono il riassorbimento dei disavanzi in archi temporali che vanno ben oltre il ciclo di bilancio ordinario. La lesione così cagionata all'equilibrio di bilancio e alla sana gestione finanziaria si riverbera altresì nella violazione dei principi di responsabilità del mandato elettorale e di equità intergenerazionale. Riprendendo i suoi più recenti precedenti, la Corte afferma esattamente che *«la responsabilità politica del mandato elettorale si esercita non solo attraverso il rendiconto di quanto realizzato, ma anche in relazione al consumo delle risorse impiegate» (...)* *«il meccanismo prefigurato dal comma 2 dell'art. 39-ter integra una violazione del principio di responsabilità democratica (...)*» e inoltre il differimento del ripiano del disavanzo per un arco temporale trentennale comporta il non accettabile *«trasferimento dell'onere del debito e del disavanzo dalla generazione che ha goduto dei vantaggi della spesa corrente a quelle successive, senza che a queste ultime venga trasmesso alcun beneficio connesso all'utilizzazione di beni durevoli di investimento».*

Per quanto concerne l'art. 39-ter, comma 3, la Corte evidenzia che le modalità di contabilizzazione delle anticipazioni di liquidità in bilancio, in connessione con il comma 2, permettono agli enti territoriali di utilizzare il FAL sino ad esaurimento per rimborsare la medesima anticipazione, consentendo di deviare l'utilizzo delle risorse dall'unica destinazione costituzionalmente ammessa, ovvero le passività pregresse, al rimborso della quota annuale di anticipazione, reperendo le risorse nella stessa contabilizzazione del FAL in entrata, ampliando surrettiziamente la capacità di spesa degli enti anche per finalità non consentite. Pertanto, la disposizione in commento viola gli artt. 81 e 97, comma 1, Cost., perché crea un grave nocumento

all'equilibrio di bilancio e alla sana gestione finanziaria nel momento in cui il FAL diminuisce gradualmente, non per le finalità previste dalla legge, ma per alimentare ulteriormente la capacità di spesa dell'ente senza le adeguate coperture delle poste passive, che si vanno ad aggiungere alle passività già maturate dall'impiego illegittimo delle anticipazioni di liquidità. Inoltre, per la Corte il comma 3 dell'art. 39-ter viola anche l'art. 119, comma 6, Cost., perché le anticipazioni di liquidità vengono impiegate per un uso distorto rispetto a quello ammesso dalla legge, ovvero per il pagamento dei residui passivi già iscritti in bilancio, mentre l'indebitamento costituzionalmente tollerato deve essere solo quello *«finalizzato e riservato unicamente agli investimenti in modo da determinare un tendenziale equilibrio tra la dimensione dei suoi costi e i benefici recati nel tempo alle collettività amministrative»* (sent. 18 del 2019).

Anche quest'ultima pronuncia della Corte costituzionale segue il processo di riconoscimento del ruolo di parametro di costituzionalità del principio dell'equità intergenerazionale, quale espressione del principio democratico, per l'ordito normativo degli artt. 81, 97 e 119, comma 6, Cost.

5. Considerazioni conclusive e appunti per il futuro.

Alla luce della giurisprudenza costituzionale dell'ultimo quinquennio emerge un uso massivo del concetto di equità intergenerazionale che, soprattutto con le più recenti sentenze, sembra trovare dimora nel principio democratico. Il principio democratico rappresenta le solide fondamenta dell'ordinamento costituzionale che è slegato dal principio del *tempus regit actum*, nel senso che il principio democratico è ciò che rende duraturo il medesimo ordinamento, come teorizzato da Arendt, fuori dal presentismo. L'Arendt sottolinea che il conflitto generazionale è connaturato al genere umano, che Ella definisce "disobbedienza" del nuovo arrivato contro il vecchio. Tuttavia, la storia ha evidenziato che la portata conflittuale di tale disobbedienza deve essere incanalata in forza creatrice di stabilità all'interno degli ordinamenti giuridici: appunto deve rendersi "civile". Gli ordinamenti giuridici sono stati inventati dall'umanità proprio per garantire la stabilità dell'esistenza, seppur gli esistenti, vecchi e nuovi, vivono in un rapporto dialettico perché

è la naturale consequenzialità delle generazioni che tende alla conflittualità. Gli ordinamenti giuridici sorgono per garantire la stabilità entro la quale si esprime la c.d. “disobbedienza civile” ovvero il naturale rapporto conflittuale tra nuovi e vecchi evitando l'autodistruzione dell'esistente. Intuisce Arendt che gli ordinamenti giuridici stabili che garantiscono la disobbedienza civile sono quelli sorretti dal principio democratico, perché garantiscono la pubblica manifestazione collettiva delle istanze dei “nuovi” attraverso il diritto di associazione e di partecipazione, riducendo la portata autodistruttiva della semantica della presenzialità o della c.d. tirannia dei contemporanei, i quali dunque sono sottoposti a controllo democratico per le scelte operate. L'equità intergenerazionale è dunque epifenomeno del rispetto del principio democratico⁴⁹.

Le recenti pronunce della Corte costituzionale sembrano direzionarsi verso l'intento di ritenere che il principio democratico si esprime anche attraverso l'equità intergenerazionale, perché è fuori dai limiti spazio - temporali cui invece sono sottoposte le istituzioni che esercitano il potere attraverso le limitazioni poste dal costituzionalismo moderno per nome e per conto del popolo.⁵⁰ La cesura è data proprio dal principio democratico che è direttamente strumentale a garantire la stabilità dell'ordinamento, e che è in grado di assicurare il succedersi delle generazioni future, fuori dal presentismo. Proprio dall'analisi giurisprudenziale ivi condotta emerge che la Corte costituzionale stia costruendo il perimetro del principio dell'equità intergenerazionale alle stregue di un parametro di costituzionalità suscettibile di applicazione in materia di previdenza e in materia di equilibrio di bilancio attraverso il principio democratico. In specie, emerge che il quadro costituzionale entro cui opera l'equità intergenerazionale è l'ordito normativo degli artt. 81, 97 e 119, comma 6, Cost. interpretati in stretta connessione con il principio democratico, che trova nel mandato elettorale lo strumento di verifica, come da ultimo evidenziato in stretta connessione con l'art. 1 Cost. nella sent. n. 34 del 2021.

Del resto, sia la sentenza n. 234 del 2020 in materia di previdenza, sia le sentt. n. 4 e 115 del 2020 e, in ultimo, la sent. 80 del 2021 in materia di equilibrio di bilancio, protendono verso tale medesimo versante: il principio democratico che permette la verifica parlamentare e

⁴⁹ H. ARENDT, *Disobbedienza civile*, cit., 68-70. Vedi paragrafo 3 del presente scritto.

⁵⁰ Sulle problematiche di teoria giuridica connesse allo spazio e al tempo dei diritti delle generazioni future, M. LUCIANI, *Generazioni future. Distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli territoriali*, cit.

successivamente elettorale dell'operato dei governanti, è la "disobbedienza civile" nel senso arendtiano (ovvero il diritto di partecipazione e associazione alla vita democratica) che permette la stabilità dell'ordinamento costituzionale per preservare il più possibile le condizioni ideali di intervento per le generazioni future, la cui tutela in termini di equità intergenerazionale è questione riconosciuta di verifica della tenuta della democraticità dell'ordinamento costituzionale *future-oriented*⁵¹.

Dalla lettura della nostra Costituzione emergerebbe quanto esposto: l'art.1, comma 2, Cost. esprime il concetto giuridico di *popolo*, titolare della sovranità, che non è meramente circoscrivibile ai soggetti legati allo Stato da un rapporto di cittadinanza, esistenti nello specifico momento considerato, bensì esso racchiude le generazioni passate e si proietta verso quelle future perché il "popolo" è «*un'unità che non muta con il mutare dei suoi componenti*»⁵². Il popolo è per così dire fuori dal tempo e dallo spazio, perché è ciò che garantisce il susseguirsi delle generazioni attraverso il principio democratico che garantisce la stabilità dell'ordinamento costituzionale, perché «[...] *per popolo si intende anche, e più idealmente, non solo l'insieme degli individui che fanno parte dello Stato in un determinato momento (popolazione), bensì il loro complesso, dinamicamente e storicamente considerato, attraverso il susseguirsi delle generazioni*»⁵³.

Da quanto esposto, pare di poter rispondere alla domanda posta *in limine*, ovvero se il principio di equità intergenerazionale è un parametro di costituzionalità. Pare di poter registrare una certa propensione della giurisprudenza costituzionale a riconoscere il principio di equità intergenerazionale alle stregue di un parametro di costituzionalità che trae origine dal combinato disposto degli artt. 1, comma 2, 81, 97 e 119, comma 6, Cost., quale espressione del principio democratico che irradia l'intero ordinamento costituzionale.

⁵¹ A. D'ALOIA, *Costituzione e protezione delle generazioni future*, cit., 304-305.

⁵² R. ROMBOLI, *Popolo*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1990, Vol. XXIII, 1-2, che fa propria l'affermazione di S. ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, CEDAM, 1941, 50.

⁵³ C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, UTET, 1985, 77 ss. Cfr. P. HÄBERLE, *A Constitutional law for Future Generations*, in J. TREMMEL, *Handbook of International Justice*, 224, 300, «*The 'people' per se is a cooperation, a coexistence, and a succession of several generations*».

JORDI JARIA-MANZANO

Profesor agregado Serra Húnter de Derecho constitucional y ambiental presso l'Universitat Rovira i Virgili di
Tarragona (Cataluña, España)
jordi.jaria@urv.cat

**LA CONSTITUCIÓN ES UN CAMPO DE BATALLA.
APUNTES SOBRE EL CONSTITUCIONALISMO GLOBAL EN EL
ANTROPOCENO¹**

**CONSTITUTION AS A BATTLEFIELD.
NOTES ON GLOBAL CONSTITUTIONALISM IN THE ANTHROPOCENE**

SINTESI

La consolidación de la narrativa del Antropoceno en la descripción del cambio planetario en curso ha generado un discurso jurídico particular, que se relaciona con las propuestas de gobernanza del Sistema Tierra y que enlaza con la propuesta del constitucionalismo global. En este sentido, se ha explorado la posibilidad de un marco constitucional global que se aproxima al modelo de la constitución normativa del estado-nación. Sin embargo, esta narrativa constitucional, que, en última instancia, establece una cierta continuidad con el Derecho internacional existente y con las asunciones constitucionales hegemónicas, parece no corresponderse con la complejidad, la interdependencia y, en definitiva, la incertidumbre que caracterizan las dinámicas del Sistema Tierra, de acuerdo con las constataciones que, en definitiva, producen la narrativa del Antropoceno. Este trabajo desarrolla una crítica sobre la plausibilidad de la concepción hegemónica de la constitución en el contexto de la crisis planetaria y explora una articulación alternativa, basada en el conflicto, la fluidez y la fragmentación en el contexto de incertidumbre e inestabilidad que parece aflorar con el cambio geológico en curso.

ABSTRACT

The consolidation of the Anthropocene narrative as sound description of the ongoing planetary change has generated a particular legal discourse, related to the Earth System Governance framework and linked to the proposals of global constitutionalism. In this vein, the possibility of a global constitutional framework has been explored, replicating the model of the normative constitution of the nation-state. However, this constitutional narrative, which ultimately establishes a certain continuity with existing international law and current constitutional assumptions, does not seem to correspond to the complexity, interdependence and, ultimately, the uncertainty that characterize Earth System dynamics, according to the scientific interpretations that ultimately

¹ Este trabajo profundiza, desarrolla y, en cierto modo, modifica las ideas sobre teoría constitucional avanzadas en mi libro J. JARIA-MANZANO, *La constitución del Antropoceno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

produce the Anthropocene narrative. This paper develops a critique of the plausibility of the hegemonic conception of the constitution in the context of the planetary crisis and explores an alternative proposal, based on conflict, fluidity and fragmentation, in the context of uncertainty and instability that seems to emerge with the geological change in progress.

PAROLE CHIAVE: Antropoceno, gobernanza del Sistema Tierra, constitucionalismo global, constitución racional-normativa, justicia constitucional, conflictos socioambientales.

KEYWORDS: Anthropocene, Earth System Governance, Global Constitutionalism, Normative Constitution, Constitutional Justice, Socio-environmental Conflicts.

INDICE: 1. Introducción. – 2. El complejo ecosocial global en el Antropoceno. – 3. ¿Una constitución global para afrontar el Antropoceno? – 4. La constitución como libro sagrado: origen, artífice, sustancia. – 5. El sujeto, el Antropoceno y la constitución: una aproximación ecomodernista. – 6. Una crítica al ecomodernismo del Buen Antropoceno a partir de la incertidumbre y la interdependencia. – 7. La constitución como campo de batalla: evolución, apertura y conflicto. – 8. Referencias.

1. Introducción.

La progresiva consolidación de la narrativa del Antropoceno desde que el término se puso en circulación en el cambio de milenio va generando un cierto impacto en la literatura jurídica, sobre todo a lo largo del último lustro². Dada la vocación de totalidad de este relato, las afectaciones que pueden producirse en el campo del Derecho son múltiples. En particular, ello es así desde el punto de vista del Derecho constitucional, en la medida que se ocupa de la norma suprema del ordenamiento jurídico y, por lo tanto, debe recibir el impacto de las transformaciones profundas que el relato del Antropoceno implica³. Un cambio planetario de dimensión geológica parece que debe afectar necesariamente a las concepciones fundamentales en relación con el poder y el Derecho que constituyen el núcleo del Derecho constitucional.

² El término fue popularizado por Paul J. Crutzen, en su trabajo “Geology of mankind”, *Nature* 415, 2002, p. 23. Sin embargo, había comenzado a circular previamente en el contexto del International Geosphere-Biosphere Programme (IGBP) desde 2000. Vid., particularmente, Paul J. Crutzen, Eugene F. Stoermer, “The «Anthropocene»”, *Global Change Newsletter* 41, 2000, p. 17-18. Desde entonces hasta el día de hoy, el término se ha consolidado como una narrativa comprensiva del presente, aunque el tránsito hacia una nueva era geológica con este nombre aún no ha sido validado por la comunidad geológica internacional.

³ Vid., particularmente, Louis J. Kotzé, *Global Environmental Constitutionalism in the Anthropocene*, Hart. Oxford, Portland, 2016; y Jaria-Manzano, *La constitución del Antropoceno* cit.

Por otra parte, este relato se refiere de manera explícita y transparente a una transformación planetaria operada a través de la actividad humana, que ha adquirido una capacidad masiva de modificación de su entorno físico, a través de la explotación sistemática y global de los recursos naturales en el curso del proceso de acumulación capitalista, hasta alcanzar una dimensión que abarca el conjunto del Sistema Tierra, el complejo que agrupa las diferentes dinámicas ecosociales que se despliegan en el planeta⁴. A partir de esta idea de transformación planetaria de origen humano, se ha desplegado un discurso en relación con la gobernanza de la actividad antrópica global de cara a evitar las consecuencias catastróficas que puede llegar a tener si no es sometida a un cierto control⁵. Esto se ha concretado en la idea de la gobernanza del Sistema Tierra (ESG, *Earth System Governance*), que se ha constituido en la línea de investigación de los científicos sociales en el contexto de los estudios sobre el Antropoceno; el pilar social de la ciencia del Sistema Tierra (ESC, *Earth System Science*)⁶.

⁴ Como se ha dicho, la idea de Antropoceno se pone en circulación en el seno de los trabajos desarrollados por el IGBP. En este contexto, la idea fundamental es que la especie humana, a través del desarrollo de sus estrategias de adaptación agresiva al medio, acaba colonizando el conjunto del planeta y adquiriendo la capacidad de modificarlo de manera significativa. Sin embargo, desde el campo de las ciencias sociales, a medida que el relato se consolidaba como explicación dominante de la evolución del Sistema Tierra, se ha señalado repetidamente que el término ‘Antropoceno’ puede dar lugar a una disolución de las responsabilidades en relación con la causación de los cambios de origen antrópico en el planeta. En realidad, no es la especie humana en su conjunto, sino ciertos grupos en particular que han promovido y se han beneficiado de las actividades que han causado los procesos más significativos de transformación planetaria, como el cambio climático o la pérdida de biodiversidad. Vid., en este sentido, Andreas Malm, Alf Hornborg, “The geology of mankind? A critique of the Anthropocene narrative”, *The Anthropocene Review* 1(1), 2014, p. 62-69; y Christophe Bonneuil, Jean-Baptiste Fressoz, *The Shock of the Anthropocene: The Earth, History and Us*, Verso. Londres, Brooklyn, 2017 (edición inglesa de David Fernbach), p. 65ss. Como este no es el objeto de este trabajo, dejo aquí el comentario sobre este debate, por lo demás, no solo interesante, sino preñado de consecuencias desde el punto de vista político y, en consecuencia, jurídico.

⁵ Vid., sobre ello, Frank Bierman, *Earth System Governance: World Politics in the Anthropocene*, The MIT Press. Cambridge, Londres, 2014.

⁶ La ciencia del Sistema Tierra sería “a holistic discipline based on considering Earth as a single planetary-level complex System”, de acuerdo con Jan Zalasiewicz, Will Steffen, Reinhold Leinfelder, Mark Williams, Colin Waters, “Petrifying Earth Process: The Stratigraphic Imprint of Key Earth System Parameters in the Anthropocene”, *Theory, Culture & Society* 34(2-3), 2017, p. 84. Tal como defiende Clive Hamilton, en “The Anthropocene as rupture”, *The Anthropocene Review* 3(2), 2016, p. 93-106, la ciencia del Sistema Tierra se configuraría como un cambio de paradigma en relación con las disciplinas que confluyen en ella. Esta nueva ciencia se desarrolló en el marco del Earth System Science Partnership (ESSP), una red científica interdisciplinar que abrió y desarrolló este nuevo campo de investigación, centrado en la dinámica de los cambios globales que experimenta el planeta. El ESSP agrupaba, aparte del mencionado IGBP; el World Climate Research Programme (fundado en 1980), que fue determinante en la toma de conciencia sobre el cambio climático que llevó a la firma de la Convención Marco de las Naciones Unidas, adoptada en Nueva York el 9 de mayo de 1992; el International Human Dimension Programme on Global Environmental Change (fundado en 1990 y reimpulsado en 1996); y, finalmente, el grupo DIVERSITAS (fundado en 1991) y centrado en la biodiversidad y la biogeografía. Vid., en relación con ello, Rik Leemans, Ghassem Asrar, Antonio Busalacchi, Josep Canadell, John

La gobernanza del Sistema Tierra conecta con la acción concertada de la comunidad internacional en algunos aspectos relativos a la transformación antrópica del planeta; paradigmáticamente, el cambio climático. En este contexto, cobra sentido la idea de un Derecho del Sistema Tierra (ESL, *Earth System Law*), que, obviamente, tendría notables implicaciones constitucionales en la medida que ordenaría la acción política global de disciplina de la actividad antrópica para modular y modelar los procesos de transformación planetaria que es capaz de adquirir⁷. En este sentido, Klaus Bosselmann ha señalado la necesidad de una transición desde una gobernanza centrada en los estados hacia una gobernanza centrada en la Tierra⁸. A partir de aquí, el ESL, tal como lo ha concebido Louis Kotzé, conecta con la idea de constitucionalismo global, una tendencia en la literatura jurídica que pretende dar cuenta de la progresiva generación de una sustancia y una arquitectura constitucionales en el plano internacional que van más allá de las relaciones entre estados del Derecho internacional clásico⁹.

Se propone, en este contexto, una concepción constitucional análoga a la propia del Estado-nación – esto es, como intentaré mostrar más adelante, configurada a partir de la tradición del libro sagrado en el contexto de las religiones monoteístas –¹⁰. Por el contrario, el punto de vista que aquí va a defenderse es que la concepción hegemónica de constitución es inadecuada para afrontar los

Ingram, Anne Larigauderie, Harold Mooney, Carlos Nobre, Anand Patwardhan, Martin Rice, Falk Schmidt, Sybil Seitzinger, Hassan Virji, Charles Vörösmarty, Oran Young, “Developing a common strategy for integrative global environmental change research and outreach: the Earth System Science Partnership (ESSP)”, *Current Opinion in Environmental Sustainability* 1(1), 2009, p. 4-13. Sin embargo, la red no consiguió el nivel de integración deseado, por lo que, en 2012, dio paso a una nueva estructura llamada Future Earth. Vid. Bierman, *Earth System Governance...* cit., 18.

⁷ Vid. Louis J. Kotzé, Rakhyun E. Kim, “Earth System Law: The Juridical Dimensions of Earth System Governance” *Earth System Governance* 1, 2019, p. 1-12.

⁸ Vid. Klaus Bosselmann, “Germany’s ‘Energiewende’: what can environmental law scholarship learn from it”, Jordi Jaria i Manzano, Nathalie Chalifour, Louis Kotzé, *Energy in Nature and Society. General Energetics of Complex Systems*, Edward Elgar, Cheltenham, Northampton, 2016, p. 27.

⁹ Sobre la idea de constitucionalismo global, vid. Anne Peters, “Global Constitutionalism”, Michael Gibbons (ed.), *The Encyclopedia of Political Thought*, Wiley-Blackwell, Bognor Regis, 2015, p. 1-4. Ante la dimensión planetaria de los problemas ambientales, la idea del constitucionalismo global es adoptada rápidamente en el contexto del Derecho internacional del medio ambiente y, progresivamente, puesta en relación con la transición hacia el Antropoceno. Vid., en este sentido, Louis J. Kotzé, “Arguing Global Environmental Constitutionalism”, *Transnational Environmental Law* 1, 2012, p. 199-233. En todo caso, cabe señalar que este desarrollo no siempre es visto con optimismo y se han formulado opiniones críticas en relación con la factibilidad de una constitución ambiental global. Vid., sobre ello, Daniel Bodansky, “Is There an International Environmental Constitution?”, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 16(2), 2009, p. 565-584.

¹⁰ He apuntado ya esta idea en *La constitución del Antropoceno* cit., p. 146ss. Intento desarrollarla con mayor detalle en este trabajo.

retos que plantea un cambio de dimensión geológica a la sociedad global, una sociedad, en definitiva, plural, fragmentada, que se enfrenta a un escenario incierto e inestable como el que plantea el tránsito hacia el Antropoceno¹¹. En este sentido, ante una idea cerrada y codificada de constitución, que delimita una arquitectura institucional para la producción del Derecho y el control del poder de acuerdo con una concepción del Derecho como orden, voy a defender aquí una idea abierta, fluida y fragmentaria, que se corresponde con una idea del Derecho como conflicto. A mi juicio, esta perspectiva responde mejor a la necesidad de encontrar una canalización jurídica para la actividad humana en un complejo ecosocial planetario como el que cabe esperar en el Antropoceno¹².

2. El complejo ecosocial global en el Antropoceno.

El relato del Antropoceno sostiene que el Sistema Tierra está experimentando una transformación global de origen antropogénico¹³. De esta forma, la tradicional separación entre sociedad y naturaleza, que ha venido sosteniendo la cultura hegemónica de la Modernidad y que, en particular, ha configurado las ideas dominantes en el mundo jurídico, viene sustituida por la toma de conciencia de la interdependencia entre ambas, a partir de la idea de que acción humana determina la configuración de la base biofísica donde se desarrolla la vida social – idea que, en todo caso, deberá matizarse, como intentaré hacer más adelante en el curso de mi razonamiento –¹⁴.

¹¹ En relación con las incertidumbres que plantea el Antropoceno por comparación al marco estable propio del Holoceno, vid. Michael R. Gillings, Elizabeth L. Hagan-Lawson “The cost of living in the Anthropocene”, *Earth Perspectives* 1(2), 2014, p. 7.

¹² Vid. Jordi Jaria-Manzano, Susana Borràs, “Introduction”, Jordi Jaria-Manzano, Susana Borràs (eds.), *Research Handbook on Global Climate Constitutionalism*, Edward Elgar, Cheltenham, Northampton, 2019, p. 7.

¹³ Vid. Will Steffen, Paul J. Crutzen, John R. McNeill, “The Anthropocene: Are Humans Now Overwhelming the Great Forces of Nature?”, *Ambio* 36(8), 2007, p. 614.

¹⁴ La idea de interdependencia ha ido ganando aceptación en los últimos lustros, enlazando, en particular con el propio concepto del Sistema Tierra, ante la perspectiva atomística propia de la Modernidad. Así, por ejemplo, la interdependencia sostiene el programa de la ecología, como se pone de manifiesto en los Ocho Puntos, Arne Naess y George Sessions en 1984, cuyo texto está disponible en <<http://www.deepecology.org/platform.htm>> [última visita el 16 de enero de 2020]. Como Naess, otros autores han desarrollado una perspectiva basada en la interdependencia por oposición al atomismo, como sería el caso de Henryk Skolimowski o Raimon Panikkar. Vid., en relación con ello, Jordi Pigem, “L’estructura trinitària de la realitat i la intuïció cosmoteàndrica”, Ignasi Boada (ed.), *La filosofia intercultural*

Como he avanzado en la introducción, esto viene a dar lugar a un complejo ecosocial planetario, en el que deja de haber un afuera o un otro, en el que las fronteras entre lo social y lo natural se disuelven en favor de una nueva complejidad¹⁵.

La ocupación humana de todo el planeta socializa la propia base biofísica de los procesos sociales que, hasta este momento, se habían desarrollado de manera autónoma, tomándola, en todo caso, como medio, como la propia expresión ‘medio ambiente’ en castellano, así como sus equivalentes en otras lenguas (particularmente, ‘ambiente’, en italiano) muestra bien a las claras¹⁶. Esta confluencia entre sociedad y naturaleza viene impulsada por la actividad de adaptación agresiva de la especie humana, lo que produce una transformación planetaria que justifica la tesis de la apertura de una nueva era geológica, así como el denominarla ‘Antropoceno’¹⁷. En este sentido, el Antropoceno «*marks the moment when human existence became the determinate form of planetary existence – and a malignant form relative to all other forms – rather than merely the fact that humans affect their environments*»¹⁸.

de Raimon Panikkar, CETC. Barcelona, 2004, p. 49. Asimismo, cabe destacar que esta perspectiva emergente empieza a impregnar ciertos textos jurídicos, aunque aún se haya abierto camino como idea hegemónica. En este sentido, debe mencionarse la Carta Mundial de la Naturaleza (A/RES/37/7), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 28 de octubre de 1982, constata lo siguiente: “*Mankind is a part of nature and life depends on the uninterrupted functioning of natural systems which ensure the supply of energy and nutrients*”. Por otra parte, esta perspectiva animaría también el constitucionalismo andino más reciente, tal como señala Ramiro Ávila Santamaría en “Los derechos de la naturaleza: fundamentos”, *Los derechos y sus garantías. Ensayos críticos*, Corte Constitucional para el período de transición, Quito. 2011, p. 127. En cuanto al Sistema Tierra, cabe apuntar que aparece como objeto científico a partir de la evolución de diferentes disciplinas científicas que eclosiona entre el final de la década de los sesenta y el inicio de la década de los setenta. En ese período, se produce la confirmación de la teoría de la tectónica de placas, se acepta la idea de que la evolución biológica se desarrolla a partir de eventos catastróficos ligados a episodios geofísicos, se aprecia bajo una nueva luz la incidencia de acontecimientos extraterrestres en la historia del planeta, y, finalmente, se formula la hipótesis de que la Tierra funciona de modo sistémico. Vid., en relación con todo ello, Nigel Clark, Kathryn Yussof, “Geosocial Formation and the Anthropocene”, *Theory, Culture & Society* 34(2-3), p. 9-10.

¹⁵ En un contexto posnatural, donde la tradicional separación entre sociedad y naturaleza se ha superado debido a la expansión y capacidad de modificación del planeta adquirida por la especie humana, parece legítimo hablar de un complejo ecosocial. Vid., en este sentido, Manuel Arias Maldonado, *Antropoceno. La política en la era humana*, Taurus. Barcelona, 2018, p. 63ss.

¹⁶ Vid., en este sentido, mi trabajo *El concepto constitucional de medi ambient*, Cambra de la Propietat Urbana de Reus. Reus, 2006, p. 53.

¹⁷ Este proceso de adaptación agresiva se habría visto profundizado hasta alcanzar efectos geológicos con la puesta en marcha del proceso de acumulación capitalista, que progresivamente iría ampliando la capacidad humana de modificación ya no de su entorno, sino del Sistema Tierra en su conjunto. Vid. Immanuel Wallerstein, *Geopolítica y geocultura. Ensayos sobre el moderno sistema mundial*, Kairós. Barcelona, 2007 (edición castellana de Eugenia Vázquez Nacarino), p. 172.

¹⁸ Vid. Elizabeth A. Povinelli, “Three Figures of Geontology”, Richard Grusin (ed.), *Anthropocene Feminism*, University of Minnesota Press. Minneapolis, 2017, p. 55. En este sentido, Simon Nicholson y Sikina Jinnah, en “Living

En la actualidad, la humanidad ha adquirido la posibilidad de operar una transformación tan radical de este espacio ecosocial global que, de hecho, puede poner en peligro incluso sus propias condiciones de vida, revelando así un potencial catastrófico de dimensión planetaria¹⁹. Esto se ha producido a través del despliegue de una intensa actividad social de colonización de la Tierra, que se ha visto potenciada por la expansión del capitalismo durante los últimos cinco siglos hasta provocar la llamada Gran Aceleración, desde el final de la Segunda Guerra Mundial, lo que coincide con la toma de conciencia del potencial de autodestrucción de la humanidad a través de su propia acción transformadora del Sistema Tierra²⁰. Ello, de hecho, ha sido fundamental para dar forma a nuevos horizontes políticos y nuevas perspectivas legales desde los años sesenta de siglo pasado, en los que la preocupación por el impacto humano sobre el medio ambiente se ha ido transformado en una preocupación por la manipulación humana del planeta, lo que ha dado lugar, en definitiva, al relato sobre el Antropoceno²¹.

Con eso comienza el proceso de aceptación reflexiva de la transición geológica, dado que *«the recognition that human activities are indeed affecting the structure and functioning of the Earth System as a whole (as opposed to local- and regional-scale environmental issues) is filtering through to decision-making at many levels»*²². En el curso de este proceso de transformación antrópica del Sistema Tierra, pasamos de un estado de equilibrio, el Holoceno, a un estado inestable, que puede llegar a amenazar las condiciones que hacen posible la vida humana, es decir, el Antropoceno, resultado de una acción antrópica masiva

on a New Earth”, Simon Nicholson, Sikina Jinnah (eds.), *New Earth Politics. Essays from the Anthropocene*, The MIT Press. Cambridge, Londres, 2016, p. 7, hablan de una “*massive and violent transformation*”.

¹⁹ Vid. Hans Jonas, *El principio de responsabilidad – Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Herder. Barcelona, 1995 (edición castellana de José María Fernández Retenaga), p. 56.

²⁰ Vid. Jordi Jaria i Manzano, *La cuestión ambiental y la transformación de lo público*, Tirant lo Blanch. Valencia, 2011, p. 129ss. Esta toma de conciencia, de hecho, se habría producido antes, aunque no habría tenido la capacidad de influenciar la opinión pública y modelar el discurso social que adquiere hacia final de la década de los sesenta del siglo pasado. Vid., en relación con ello, Bonneuil, Fressoz, *The Shock of the Anthropocene...* cit., p. 76. Por otra parte, la Gran Aceleración, que se refiere a la evolución exponencial de la transformación planetaria de origen antrópico a partir del final de la Segunda Guerra Mundial, vid. En cuanto a la idea de la Gran Aceleración (a partir de 1950), vid. Will Steffen, Wendy Broadgate, Lisa Deutsch, Owen Gaffney, Cornelia Ludwig “The trajectory of the Anthropocene: The Great Acceleration”, *The Anthropocene Review* 2(1), 2017, p. 82.

²¹ Sobre la vinculación entre la toma de conciencia sobre los efectos negativos transformación planetaria y la aparición del Derecho ambiental, vid., en particular, Brian Greenwood, “Looking Ahead: Environmental Regulation”, A. E. Boyle (ed.), *Environmental Regulation and Economic Growth*, Clarendon Press. Oxford, 1994, p. 100; y Yves Nicole, *L'étude d'impact dans le système fédéraliste suisse. Etude de droit fédéral et de droit vaudois*, Payot. Lausana, 1992, p. 21.

²² Vid. Steffen, Crutzen, McNeill, “The Anthropocene...” cit., p. 618. Esto exigiría, finalmente, la intervención del Derecho para dar lugar a la transformación de las prácticas hegemónicas de reproducción social.

sobre el Sistema Tierra²³. Pero la acción antrópica no sólo es global, sino que también es irreversible, de acuerdo con la segunda ley de la termodinámica²⁴. Por otro lado, esta transformación antrópica es, finalmente, incierta, en la medida en que la complejidad del Sistema Tierra y las mismas reglas de la física contemporánea han superado la pretensión laplaciana de conocimiento absoluto de la realidad que animó la primera Ilustración²⁵.

En este contexto, debemos aceptar que estamos ante una crisis civilizatoria, en la medida en que la transición geológica que afrontamos desafía los cimientos sobre los que se ha construido el marco cultural de la economía-mundo capitalista, que, finalmente, parece alcanzar un punto de insostenibilidad e injusticia que rompe con la asunción de un progreso permanente que la había

²³ Vid. Kotzé, *Global Environmental Constitutionalism...* cit., p. 4. De todas maneras, tampoco cabe tomar la idea de la estabilidad como un patrón en la historia del Sistema Tierra, de modo que la ventana holocénica habría sido, de hecho, un momento preciso en qué se dan unas condiciones más o menos estables, que habría venido precedida de una evolución anterior más bien inestable y catastrófica, de modo que la idea de una naturaleza estabilizada no se correspondería con la trayectoria convulsa del Sistema Tierra. Vid., en este sentido, Claire Colebrook, "We Have Always Been Post-Anthropocene: The Anthropocene Counterfactual", Grusin, *Anthropocene Feminism...* cit., p. 18-19.

²⁴ Contrariamente a lo que se desprendía de las leyes físicas formuladas por Isaac Newton, la segunda ley de la termodinámica implica la existencia de procesos irreversibles. Vid. Eric D. Schneider, Dorion Sagan, *Into the Cool. Energy Flow, Thermodynamics and Life*, The Chicago University Press. Chicago, Londres, 2005, p. 36.

²⁵ La progresiva sustitución de la aspiración de certeza por el reconocimiento de una incertidumbre intrínseca en el mundo físico viene definida por la formulación del principio de indeterminación de Heisenberg, de acuerdo con el cual la precisión en la determinación de la posición de una partícula subatómica es inversamente proporcional a la precisión de la determinación en su masa y su velocidad. Este postulado fundamental de la mecánica cuántica, que constituye la interpretación hegemónica del mundo subatómico, impacta en la propia concepción del mundo de la disciplina que ha definido el desarrollo de la tecnociencia como patrón hegemónico de interpretación de la experiencia, esto es, la física. Vid., en relación con ello, Roger Penrose, *La nueva mente del emperador*, Grijalbo-Mondadori. Barcelona, 1991 (edición castellana de Javier García Sanz), p. 314ss. De acuerdo con Carlo Rovelli, en *El orden del tiempo*, Anagrama. Barcelona, 2020 (edición castellana de Francisco J. Ramos Mena), p. 107, "[l]a intrínseca indeterminación cuántica de las cosas produce un desenfoque [...], que implica que —contrariamente a lo que parecía indicar la física clásica— la imprevisibilidad en el mundo seguiría persistiendo aun en el caso de que fuéramos capaces de medir todo lo mensurable". Más allá de la indeterminación cuántica en el mundo subatómico, la propia complejidad de los sistemas macroscópicos da lugar, asimismo, elementos de incertidumbre, como los que se derivan de la teoría del caos. Este sería el caso del clima, como pone de manifiesto el físico Michio Kaku, en *Universos paralelos. Los universos alternativos de la ciencia y el futuro del cosmos*, Atalanta. Girona, 2017 (edición castellana de Dolors Udina), p. 270, una obra, por lo demás, comprometida con una perspectiva ecomodernista, con propuestas fantásticas en relación con la supervivencia de la inteligencia más allá del colapso del Universo tal como lo conocemos. De hecho, el efecto mariposa, que da lugar a la teoría del caos, fue detectado por Edward Lorenz cuando, en el diseño de un modelo matemático para la dinámica del clima, constató que una pequeña variación en los parámetros iniciales podía conducir a desarrollos extremadamente diferentes. Esto fue representado a través de la idea de que el aleteo de una mariposa en Brasil podría causar un tornado en Texas, esto es, el efecto mariposa. Vid. Nassim Nicholas Taleb, *The Black Swan. The Impact of the Highly Improbable*, Random House. Nueva York, 2010 (2ª edición), p. 179. En este sentido, la eficacia de los modelos de previsión climática en relación con eventos extremos concretos continúa siendo dudosa, como señalan Hans Joachim Schellnhuber y Maria A. Martin, en "Climate Change, Public Health, Social Peace", Al-Delaimy, Ramanathan, Sánchez Sorondo (eds.), *Health of People...* cit., p. 226.

sostenido ideológicamente²⁶. La dimensión planetaria de la crisis y la imbricación de lo social y lo natural en el curso del proceso de transformación antropogénica del Sistema Tierra obliga a la humanidad a afrontar la necesidad de disciplinar los procesos sociales desde un nuevo punto de vista, partiendo de la constatación de su transcendencia global, su resultado incierto y su evolución irreversible, lo que se proyecta en la configuración evolutiva de la base biofísica que sustenta la vida humana²⁷. Debe subrayarse, por otra parte, que esa base biofísica, dramáticamente alterada por la acción antrópica, hasta el punto de abrir una nueva fase en su evolución geológica, es limitada y vulnerable²⁸. En este contexto, la narrativa del Antropoceno plantea un desafío global para las ideas hegemónicas en todos los campos del conocimiento y, en particular, un desafío para unas ideas jurídicas dominantes, acuñadas a la estela del proceso de expansión planetaria de la civilización occidental y de la economía capitalista²⁹.

Debe agregarse para concluir este apartado que la transformación global del complejo ecosocial planetario no es el resultado de la acción concertada de la humanidad, sino más bien, como se ha apuntado, consecuencia del despliegue de la economía-mundo capitalista, que ha alcanzado un nivel de implantación global a partir de la expansión continua y agresiva del metabolismo social³⁰. En este sentido, cabe subrayar la vinculación entre el desarrollo de la

²⁶ El ideal salvífico judeocristiano se seculariza con la Modernidad y da lugar a una representación del tiempo con un horizonte utópico, que supone la expectativa de la satisfacción de todas las necesidades humanas en un futuro más o menos próximo, lo que desemboca en el ideal de progreso permanente que sostiene axiológicamente las sociedades contemporáneas, al mismo tiempo que impregna la idea de constitución como veremos más adelante. En relación con la concepción de la historia en términos de progreso y el ideal utópico, vid. J. Laloup, J. Nelis, *Culture et Civilisation*, Casterman. París, 1957, p. 125-126.

²⁷ Vid. Eileen Crist, "On the Poverty of Our Nomenclature", Jason W. Moore (ed.), *Anthropocene or Capitalocene? Nature, History, and the Crisis of Capitalism*, Kairos. Oakland, 2016, p. 28.

²⁸ Vid. Ramón Margalef, "Lo que se llama ecología y posibles condicionantes de nuestro futuro", José Alcina Franch, Marisa Calés Bourdet (eds.), *Hacia una ideología para el siglo XX. Ante la crisis civilizatoria de nuestro tiempo*, Akal. Tres Cantos, 2000, p. 343.

²⁹ Sobre la relación entre la cultura jurídica hegemónica (*Country and Western tradition*), el proceso de acumulación capitalista y la explotación de la naturaleza, en perjuicio de otras concepciones del Derecho y la sociedad, vid. William Twining, "Law, justice and rights: some implications of a global perspective", Jonas Ebbeson, Phoebe Okowa (eds.), *Environmental Law and Justice in Context*, Cambridge University Press. Cambridge, Nueva York, 2009, p. 77.

³⁰ La necesidad de revisar la narrativa dominante en relación con el Antropoceno, asumida en el ámbito de las ciencias de la naturaleza, a partir de los trabajos iniciales ya citados de Stoermer y Crutzen, a principios de siglo, ha sido subrayada, particularmente, por Malm y Hornborg, en "The geology of mankind..." cit. Estos autores han considerado que la visión expresada por Crutzen en su trabajo "Geology of mankind" no tiene en cuenta las profundas desigualdades en los procesos sociales que se hayan en el origen de la transición geológica, que, en consecuencia, no debe ser interpretada como el resultado de la acción de la humanidad en su conjunto, sino más bien como una consecuencia de la acción de determinados grupos humanos en el contexto de determinados procesos de reproducción

economía-mundo capitalista y el uso masivo de combustibles fósiles que da lugar a una «*carbon-financial civilization*» responsable del proceso de transformación planetaria que culmina en el advenimiento del Antropoceno³¹. Por otro lado, la economía-mundo capitalista no solo comporta un desafío para la sostenibilidad de las condiciones que hacen posible la vida humana en el planeta Tierra, sino que también tiene importantes implicaciones desde el punto de vista de la justicia³². Debemos enfatizar aquí la estructura jerárquica de la economía-mundo capitalista, dividida entre centro y periferia a través de relaciones de intercambio desiguales³³. En última instancia, la

social, esto es, el desarrollo de la economía-mundo capitalista a partir del siglo XVI. En un sentido similar, vid. Bonneuil, Fressoz, *The Shock of the Anthropocene...* cit., p. 65ss. De hecho, esta tendencia a desconocer el carácter desigual de los procesos sociales y a preferir una narrativa que señala la especie humana como actor, es un rasgo muy común del ecologismo, como ha señalado Richard Falk, en “The second cycle of ecological urgency: an environmental justice perspective”, Ebbeson, Okowa, *Environmental Law and Justice...* cit., p. 40. Por otra parte, cabe señalar que el concepto de metabolismo social fue acuñado originalmente por Karl Marx, pero ha sido recuperado y desarrollado posteriormente por la economía ecológica en las últimas décadas. Vid., en relación con esto, particularmente, Marina Fischer-Kowalski, “Society’s Metabolism: The Intellectual History of Materials Flow Analysis, Part I, 1860-1970”, *Journal of Industrial Ecology* 2, 1998, p. 61-78; Marina Fischer-Kowalski, Walter Hüttler, “Society’s Metabolism: The Intellectual History of Materials Flow Analysis, Part II, 1980-1998”, *Journal of Industrial Ecology* 2, 1998, p. 107-136; y Helga Weisz, “Combining Social Metabolism and Input-Output Analysis to Account for Ecologically Unequal Trade”, Alf Hornborg, John Robert McNeill, Joan Martínez-Alier (eds.), *Rethinking Environmental History: World-System History and Global Environmental Change*, AltaMira Press. Lanham, 2007, p. 289-306. Para una visión panorámica de la aparición de la economía-mundo capitalista, vid. Immanuel Wallerstein, *El moderno sistema mundial. I. La agricultura capitalista y los orígenes de la economía-mundo en el siglo XVI*, Siglo XXI. Madrid, 2010 (2ª. edición castellana a cargo de Antonio Resines).

³¹ Vid. Endrius Cocciolo, “Capitalocene, Thermocene and the Earth system: global law and connectivity in the Anthropocene age”, Jaria-Manzano, Borràs (eds.), *Research Handbook...* cit., p. 298.

³² De acuerdo con ello, ha aflorado y se ha desarrollado la idea de justicia ambiental. Este concepto habría aparecido en Estados Unidos entre finales de la década de los setenta y principios de la década de los ochenta del siglo pasado, vinculado a las protestas contra la discriminación racial. El movimiento a favor de la justicia ambiental adquirió notoriedad, sobre todo, con las movilizaciones no violentas relacionadas con un vertedero de bifenilo policlorado en el condado de Warren, en Carolina del Norte, en 1982. Vid., en relación con ello, Eileen Gauna, “Federal Environmental Citizen Provisions: Obstacles and Incentives on the Road to Environmental Justice”, *Ecology Law Quarterly* 22(1), 1995, p. 9. Posteriormente, la idea fue reemprendida en el Sur global, señalando no sólo el repartimiento no equitativo de los pasivos ambientales ligados a la explotación de los recursos naturales en el contexto del capitalismo global, sino también en relación con los beneficios que se generan en el metabolismo social global. Vid., en este sentido, mi trabajo “Environmental Justice, Social Change and Pluralism”, *IUCN Academy of Environmental Law e-Journal* 1, 2012, p. 18-29. En definitiva, la justicia ambiental aparecería como una noción transversal crítica ante la aproximación gerencial a la problemática ambiental, hegemónica en el contexto global contemporáneo y articulada en torno al concepto de desarrollo sostenible. Vid., mis trabajos “Environmental Justice...” cit., p. 20; y “Environmental Justice in EU Law and Policies: A Fundamental Challenge”, Mar Campins Eritja (ed.), *The European Union and Global Environmental Protection. Transforming Influence into Action*, Routledge. Londres, 2020, p. 167ss.

³³ En relación con la división entre centro y periferia en la economía-mundo capitalista, vid. Peter J. Taylor, Colin Flint, *Political Geography: World-Economy, Nation-State and Locality*, Routledge. Londres, 2011 (6ª. edición), p. 20. En relación con el intercambio desigual en este contexto, vid. el trabajo clásico de Aghiri Emmanuel, *L'échange inégal*, Maspero. París, 1968. Este concepto ha sido desarrollado, particularmente, para explicar la dimensión económica de la crisis ecológica global. Vid., por ejemplo, en este sentido, Alf Hornborg, “Zero-Sum World. Challenges in Conceptualizing Environmental Load Displacement and Ecologically Unequal Exchange in the World-System”,

transición geológica, en la medida que se vincula a la actividad antrópica, parece implicar acción social integral para abordar las cuestiones fundamentales de sostenibilidad y justicia planteadas por el Antropoceno. Todo esto tiene un impacto singular en la idea dominante de constitución³⁴.

3. ¿Una constitución global para afrontar el Antropoceno?

La idea de una constitución global ha ido ganando gradualmente la atención de una parte de la literatura jurídica internacional desde la caída del Muro de Berlín. En este contexto, el discurso de la globalización ha producido diferentes aportaciones a la construcción de un discurso constitucional de alcance planetario. Por un lado, se ha desarrollado la idea de una “supraconstitución” de la globalización capitalista con un impacto notorio en el espacio constitucional del Estado-nación³⁵. Desde este punto de vista, existirían una serie de estándares de diversa procedencia, como, por ejemplo, los complejos normativos que regulan el comercio internacional – como el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) o los tratados bilaterales de inversión –, que incidirían en la efectividad y alcance de las normas constitucionales de los estados nacionales³⁶.

Por otro lado, también se ha ido profundizando durante el último cuarto de siglo en la idea de una constitucionalización del Derecho internacional – partiendo, fundamentalmente, de los derechos humanos y la estructura institucional de las Naciones Unidas – y, a partir de ahí, se abierto

International Journal of Comparative Sociology 50(3-4), 2009, p. 237-262; y J. Timmons Roberts, Bradley C. Parks, “Ecologically Unequal Exchange, Ecological Debt, and Climate Justice. The History and Implications of Three Related Ideas for a New Social Movement”, *International Journal of Comparative Sociology* 50(3-4), 2009, p. 385-409.

³⁴ Vid. Kotzé, *Global Environmental Constitutionalism...* cit., p. 9.

³⁵ Sobre la idea de “supraconstitución”, vid. Stephen Clarkson, Stepan Wood, *A Perilous Imbalance. The Globalization of Canadian Law and Governance*, UBC Press. Vancouver, Toronto, 2009, p. 161ss.

³⁶ Vid. Carmen G. González, “Environmental Justice, Human Rights, and the Global South”, *Santa Clara Journal of International Law* 13, 2015, p. 162. Anne Peters, en “Membership of the Global Constitutional Community”, Jan Klabbers, Anne Peters, Geir Ulfstein, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford University Press. Oxford, 2011, p. 206ss., ha propuesto una lectura constitucional del GATT, por ejemplo. En el mismo sentido, vid. Erika de Wet, “The Constitutionalization of Public International Law”, Michel Rosenfeld, András Sajó, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press. Oxford, 2012, p. 1220.

el campo para el desarrollo un constitucionalismo global³⁷. Como he señalado, esta aproximación ha sido especialmente considerada en el ámbito del Derecho ambiental, dada la dimensión global de la crisis ecológica contemporánea y la aceptación tradicional de que los problemas que genera superan las fronteras establecidas entre los estados³⁸. Sin embargo, es cierto que ha habido algunas críticas en torno a la idea de una constitución ambiental global³⁹. En cualquier caso, a pesar de ello, esta aproximación se está consolidando en el discurso iusambientalista internacional⁴⁰. Así, el concepto de constitución global se ha fusionado con la narrativa del Antropoceno para alimentar la eclosión de un constitucionalismo global para la transición geológica, una aproximación que conecta con el cambio de paradigma que propone la ciencia del Sistema Tierra⁴¹.

De la conciencia de los efectos de la transformación del planeta a través de la acción humana surge la idea de una *polis* global, al menos en dos sentidos, a saber, la construcción de una sociedad global como consecuencia de la expansión mundial del capitalismo como forma de reproducción social hegemónica; así como también la colonización total de la naturaleza, metabolizada por la sociedad para dar lugar a un complejo ecosocial a escala planetaria⁴². En este contexto, para afrontar los retos que supone la transformación planetaria de origen antrópico se plantea un marco constitucional global que enlazaría con la concepción de constitución propia del estado nacional, a partir de un momento constituyente⁴³. El resultado de este momento constituyente sería un texto

³⁷ Vid. Anne Peters, "Global Constitutionalism", Michael Gibbons (ed.), *The Encyclopedia of Political Thought*, Wiley-Blackwell. Bognor Regis, 2015, p. 1-4.

³⁸ En general, sobre la dimensión transfronteriza de los problemas ambientales, Philip Kunig, "Grenzüberschreitender Umweltschutz – Der Einzelne im Schnittpunkt von Verwaltungsrecht, Staatsrecht und Völkerrecht", Werner Thieme (ed.), *Umweltschutz im Recht*, Duncker & Humblot. Berlín, 1988, p. 213-232. Vid., asimismo, Hélène Trudeau, "Le fédéralisme canadien et la protection de l'environnement", VVAA, *Souveraineté et intégration. Actes du colloque conjoint des Facultés de droit de l'Université de Poitiers et de l'Université de Montréal*, Thémis. Montréal, 1993, p. 240.

³⁹ Vid. Bodansky, "Is There an International Environmental Constitution?" cit., p. 576.

⁴⁰ Vid. Louis J. Kotzé, "Arguing Global Environmental Constitutionalism", *Transnational Environmental Law* 1, 2012, p. 199.

⁴¹ Como se ha señalado, este es el argumento principal de Kotzé, en *Global Environmental Constitutionalism...* cit.

⁴² Vid. Jordi Jaria-Manzano, "Tudo é *polis*: cidade, governança e Direito na era do Antropoceno", Rosângela Lunardelli Cavallazzi, Gabriela Fauth (eds.), *Direito e urbanismo. Volume 4: Cidade standard e novas vulnerabilidades*, PROURB. Rio de Janeiro, 2018, p. 151-175.

⁴³ Vid. Louis Kotzé, "A global environmental constitution for the Anthropocene's climate crisis", Jaria-Manzano, Borràs (eds.), *Research Handbook...* cit., p. 55.

equiparable a una constitución nacional, en un sentido análogo a la Carta de Naciones Unidas entendida como documento constitucional global⁴⁴.

Ahora bien, ¿podemos realmente imaginar una constitución en el sentido clásico, es decir como la expresión de un poder constituyente, soberano y absoluto que actúa en un momento determinado para establecer una codificación, ni que sea parcial, de la vida política global de cara a disciplinar la acción antrópica en el contexto de transformación planetaria? ¿Es ello posible dada la enorme complejidad del complejo ecosocial planetario⁴⁵? Para afrontar esta cuestión, que constituye la pregunta fundamental que subyace a este trabajo, debemos fijarnos, en primer lugar, en cómo se configura la idea normativa de constitución actualmente hegemónica.

4. La constitución como libro sagrado: origen, artífice, sustancia.

En la tradición política moderna, la constitución es el resultado de la decisión de un poder soberano, como señaló Sieyès al inicio de la Revolución Francesa, una decisión que rompe con el pasado, y deviene así origen y matriz del sistema político al que da nacimiento⁴⁶. La constitución es, en definitiva, el fruto de un momento fundacional, que enlaza con la tradición cristiana de ruptura con el pasado, secularizándola a través de la concepción de la decisión originaria como fruto de un acto de soberanía que hace efectivo el contrato social⁴⁷. De algún modo, el mundo del pasado se representa como sumido en la corrupción o el error, de modo que el momento revolucionario da lugar a la fundación de una nueva sociedad, liberada de las nieblas y abismos

⁴⁴ Ibid. Vid., asimismo, De Wet, “The Constitutionalization...” cit., p. 1224.

⁴⁵ Vid., en este sentido, Jaria-Manzano, Borràs, “Introduction” cit., p. 7-8.

⁴⁶ Vid. Emmanuel Joseph Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers état*, Éditions du Boucher. Paris, 2002, p. 50ss.

⁴⁷ El cristianismo, efectivamente, habría partido de una ruptura del pasado a partir de la venida del Cristo y la redención de la humanidad con su crucifixión. La idea de un nuevo inicio, intrínseca a la propia concepción cristiana del mundo, irá renovándose a lo largo de la historia, a través de procesos históricos que reivindican, a la vez, la vuelta a la pureza evangélica y una renovación de la Iglesia, como sería el caso de la *reformatio* del siglo XI, impulsada por el Papado y, en particular, por Gregorio VII, y también de la Reforma luterana. Vid., en relación con ello, Tom Holland, *Dominio*, Ático de los Libros. Barcelona, 2020 (versión castellana de Joan Eloi Roca), p. 229ss., para Gregorio VII; y p. 319ss., para Lutero.

pretéritos⁴⁸. En ese momento fundacional, aparece un artífice, el soberano, que otorga la Ley suprema, como Dios había hecho con Moisés en el Sinaí, de acuerdo con el relato del Éxodo⁴⁹. En definitiva, a partir de las bases cristianas de la civilización occidental, entre las que cabe encontrar la cesura histórica y la dirección del tiempo, así como la existencia de un Dios legislador personal, se construye el discurso revolucionario en el que aflora la idea normativa de constitución, que hoy en día continúa siendo hegemónica⁵⁰.

Hay, en definitiva, un autor de la constitución, un artífice último, que se configura como una secularización del legislador divino del cristianismo, como enfatiza la fórmula estadounidense: «*We the people of the United States of the United States, in Order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic Tranquility, provide for the common defence, promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America*»⁵¹. Es fácil ver aquí la similitud entre el poder constituyente con el Dios del cristianismo, y entre la constitución y el libro sagrado, la Biblia. Como ha señalado Ulrich Preuss, citando a Carl Schmitt, «*[t]he constituent power is the secularized version of the divine power to create the world ex nihilo, to create an order without being subject to it*»⁵². De hecho, el constitucionalismo puede entenderse como una secularización de la religión cristiana en el proceso de modernización – esto es, fundamentalmente,

⁴⁸ Así, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) comienza estableciendo lo siguiente: «*Les représentants du peuple français, constitués en Assemblée nationale, considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des gouvernements, ont résolu d'exposer, dans une déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme, afin que cette déclaration, constamment présente à tous les membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs ; afin que les actes du pouvoir législatif, et ceux du pouvoir exécutif, pouvant être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique, en soient plus respectés; afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous*».

⁴⁹ Vid. Éxodo, 20.

⁵⁰ Sobre la idea normativa de constitución, vid., particularmente, Manuel García-Pelayo, *Derecho constitucional comparado*, Alianza. Madrid, 1984, p. 109, donde se subraya el sometimiento del poder al Derecho como elemento fundamental de la concepción moderna de constitución.

⁵¹ La fórmula estadounidense es clara, pero la idea de que hay un autor de la constitución se ha impuesto en general desde los procesos revolucionarios en América y Francia, definiendo la Modernidad Política en torno a los conceptos clave de contrato social y soberanía. La primera Constitución francesa (1791), por ejemplo, también hace explícito su autor: «*L'Assemblée nationale voulant établir la Constitution française sur les principes qu'elle vient de reconnaître et de déclarer, abolit irrévocablement les institutions qui blessaient la liberté et l'égalité des droits*».

⁵² Vid. Ulrich K. Preuss, "Constitutional Powermaking for the New Polity: Some Deliberations on the Relations between Constituent Power and the Constitution", *Cardozo Law Review* 14, 1993, p. 640.

de la implantación de la economía mundial capitalista – del mundo occidental a ambos lados del Atlántico⁵³.

Desde esta perspectiva, el poder constituyente se presenta como algo anterior a todo Derecho, un poder ilimitado y total, un poder efectivamente divino⁵⁴. Así, el poder constituyente actúa *ex novo*, edificando desde los cimientos una nueva construcción constitucional, que, en adelante, se convierte en el marco de las relaciones políticas, de modo que la idea de momento fundacional o revolucionario y la de un artífice absoluto confluyen en la concepción moderna de constitución⁵⁵. El resultado es un texto, constitucional en la medida que constituye la comunidad política, cuya autoría es debida a un autor soberano que expresa a través de él la decisión fundante⁵⁶.

Pero esta decisión fundante, es asimismo la ley fundamental que gobierna la comunidad política, de modo que el artífice de inspiración divina, el autor soberano de la constitución establece un código político, ya que, en definitiva, «*all those who have framed written constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation*»⁵⁷. De este modo, el autor soberano de la Constitución busca el reflejo del artífice divino que otorga las tablas de la ley a Moisés en el Sinaí, en la medida que el Decálogo bíblico constituye la manifestación de la voluntad de Dios que fija las reglas de conducta de la comunidad política —identificada como pueblo de la Ley—⁵⁸. Así, la constitución como código político deviene el fruto de la voluntad secularizada del poder constituyente, que es, asimismo, un ser mítico, un artefacto al que se atribuye la voluntad originaria de la comunidad política, lo que le permite definir sus reglas fundamentales de convivencia, esto es, en última instancia, el Derecho tal como lo conocemos⁵⁹.

Al mismo tiempo, en la medida que se configura como código político, la constitución normativa moderna se vincula a una idea del Derecho como ordenamiento que enlaza directamente

⁵³ Vid. Peter Häberle, *Europäische Verfassungslehre*, Nomos. Baden-Baden, 2011 (6ª. edición), p. 9.

⁵⁴ Vid. Pedro de Vega, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos. Madrid, 1985, p. 25.

⁵⁵ Vid. op. cit., p. 65; y mi trabajo, “La Constitución de 1978 ante el cambio: mutación, reforma y ruptura”, VVAA, *La reforma de la Constitución española*, Institut d’Estudis Autònoms. Palma de Mallorca, 2010, p. 43.

⁵⁶ Sobre la constitución como decisión política fundamental, vid. Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Alianza. Madrid, 1982 (edición castellana a cargo de Francisco Ayala), p. 46.

⁵⁷ Vid. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

⁵⁸ Vid., de nuevo, Éxodo, 20.

⁵⁹ La Constitución, en definitiva, de acuerdo con el artículo VI de la Constitución de los Estados Unidos de América, “*the supreme Law of the Land*”.

con la predictibilidad del Derecho, esto es, la seguridad jurídica, de acuerdo con una progresiva tendencia al establecimiento de leyes universales en el contexto de la Revolución científica, que hacen que el mundo se haga previsible⁶⁰. Efectivamente, la seguridad jurídica es consustancial a la construcción de las sociedades modernas y enlaza con el desvelamiento del mundo a partir del desarrollo de la tecnociencia, concretándose, en definitiva, en la idea (formal) de Estado de Derecho, que posibilita el funcionamiento de las relaciones sociales en el marco de una economía capitalista⁶¹. El código es, pues, un texto sagrado que fija reglas estables para el comportamiento social, como, de hecho, sucede con el ritualismo legalista de buena parte del Antiguo Testamento.

La propia iconografía revolucionaria remita a esta concepción de la constitución como texto sagrado, que funda la comunidad y que se debe a un autor trascendente, el pueblo o la nación, de modo que, como las tablas de la ley mosaica, se produce una homogeneización y delimitación de la sociedad destinataria de la constitución⁶². Ciertamente el autor y el destinatario de la Ley consagrada en el texto constitucional son el mismo, lo que, por otra parte, va a generar problemas notables a la hora de establecer las garantías de aplicación de esas normas ante el poder soberano que, supuestamente, les está sometido⁶³.

⁶⁰ Vid. Andrea Wulf, *La invención de la naturaleza. El nuevo mundo de Alexander von Humboldt*, Taurus. Barcelona, 2016 (versión castellana de María Luisa Rodríguez Tapia), p. 39.

⁶¹ Vid. Ernst Benda, “El Estado social de Derecho”, Ernst Benda, Werner Maihofer, Hans-Jochen Vogel, Konrad Hesse, Wolfgang Heide, *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons. Madrid, 2001 (2ª. edición castellana a cargo de Antonio López Pina), p. 493.

⁶² Así, de manera significativa, Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 aparece si fueran las tablas de la Ley en la representación pictórica de Jean-Jacques-François Le Barbier, que puede verse en el Musée Carnavalet, de París (<<https://www.carnavalet.paris.fr/en/collections/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen>>, última visita el 21 de febrero de 2021).

⁶³ En este sentido, aunque pueda desarrollarse una diferenciación entre el poder constituyente y el poder constituido, como hace Manuel Aragón Reyes en “La democracia constitucional”, Gumersindo Trujillo, Luis López Guerra, Pedro González-Trevijano, *La experiencia constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2000, p. 28ss., lo cierto es que ello implica ciertas restricciones en relación con la democracia que pueden llegar a resultar perturbadoras, como sucede con el gobierno de los jueces cuando se exceden en la defensa de la voluntad del poder constituyente (necesariamente construida como resultado de la interpretación) ante el legislador democrático, o bien cuando la consistencia de las instituciones de democracia directa hace que difícilmente pueda considerarse la constitución formal como una decisión fundante de la comunidad política. En relación con lo primero, cabe citar la obra clásica de Edouard Lambert, *El gobierno de los jueces*, Tecnos. Madrid, 2010 (versión castellana de Félix de la Fuente). En relación con lo segundo, me remito a mi trabajo “La Constitución es un proceso. Poder constituyente y reforma constitucional en Suiza”, Josep Mª. Castellà Andreu (ed.), *Parlamento, ciudadanos y entes territoriales ante la reforma constitucional ¿Quién y cómo participa?*, Tirant lo Blanch. Valencia, 2018, p. 81-104.

Ello va a ser singularmente significativo en Francia y, por su influencia, en la historia constitucional del continente europeo hasta la Segunda Guerra Mundial; se trata, en definitiva, de la posibilidad del control de constitucionalidad del legislador, que, efectivamente, se deja de lado en el curso de la Revolución por su interferencia en el ejercicio del poder soberano⁶⁴. No es, sin embargo, objeto de estas páginas seguir este debate en profundidad, aunque, ciertamente, la sustancia de la constitución, el tercer elemento que, junto con su carácter originario y la autoría por parte del poder constituyente, define el concepto racional-normativo, aporta cierta luz en relación con ello⁶⁵.

Efectivamente, la constitución no es solo la ley originaria que deriva del ejercicio del poder constituyente y que regula las relaciones políticas en una sociedad determinada, sino que, con ella, también se establece una alianza vinculada a una promesa de salvación, porque, efectivamente, nos hallamos ante un contrato entre los sujetos individuales que deciden dotarse de una norma fundamental que constituya y rija su vida en comunidad⁶⁶. Este contrato se basa en la concepción del individuo como preexistente a la comunidad, de acuerdo con los patrones atomistas de la cultura moderna, a partir de la cual se define una esfera de autodeterminación personal, que se

⁶⁴ En el contexto de los debates constituyentes que deben culminar en el primer texto constitucional francés, el 8 de agosto de 1791, Buzot señala: «*Vous rapportez tout à la loi, c'est-à-dire vous donnez à chacun de nous la jouissance de droits politiques; mais les droits civils ne sont pas garantis contre les atteintes du Corps législatif lui-même*» (Journal des états généraux, convoqués par Louis XVI, le 27 avril 1789, volumen 31, 1791, p. 268). Al día siguiente, Thouret, haciéndose portavoz de la idea dominante de que la voz de la soberanía nacional no puede equivocarse, parece dar por hecho que, estableciendo el respeto por parte del poder legislativo a la Constitución en el texto de la misma, es suficiente (ibid., p. 284). Con ello, se consagra el principio de legalidad que va a suprimir el valor normativo de la constitución en la Europa continental hasta la incorporación de la justicia constitucional en las constituciones alemana e italiana después de la Segunda Guerra Mundial. Antes de ello, cabe señalar solo la excepción de la República de Austria, que, por influencia de Hans Kelsen, establece un Tribunal Constitucional en la Constitución de 1920.

⁶⁵ Define Manuel García-Pelayo, en *Derecho constitucional comparado* cit., p. 34, la constitución racional-normativa como “un complejo normativo establecido de una sola vez y en el que de una manera total, exhaustiva y sistemática se establecen las funciones fundamentales del Estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos”. A ello correspondería lo que se ha dado en llamar la parte orgánica de la Constitución, a la que cabría añadir la llamada parte dogmática, en la que se consignan los derechos que actúan como límites para la actuación de los poderes públicos, como señala Luigi Ferrajoli, en “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, Miguel Carbonell, (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta. Madrid, 2003, p. 18.

⁶⁶ El vínculo entre Dios y su pueblo, en el contexto semítico, es el ejemplo utilizado por Maurice Hauriou, en *Principes de droit public*, Dalloz. París, 2010 (facsimil de la 1ª. edición original, publicada por Sisley en 1910, con prefacio de Olivier Beaud), p. 218, para caracterizar la constitución como un contrato. El cristianismo transformará este mensaje singular en un discurso universal a través de la figura de Pablo de Tarso, como podemos observar, en particular, en Corintios I, 15: 22. En relación con la singularidad de la concepción bíblica de la Alianza (entre Dios y su pueblo) en relación con los demás pueblos de la Antigüedad en el Mediterráneo oriental, vid. Holland, *Domínio* cit., p. 81.

vincula a una promesa salvífica de liberación, estructurada al entorno de la idea de los derechos, que se presentan como la sustancia de la constitución, aquello que la define y que la justifica, ya que, en definitiva, el acto originario del poder constituyente no tiene sentido si «*la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée*»⁶⁷.

Así, del mismo modo que las tablas mosaicas son expresión de la Alianza, la constitución moderna, entendida como contrato, expresa una visión utópica de una sociedad futura definida a través de ciertos patrones de intercambio social que encierran una promesa de salvación, una utopía salvífica que nos vincula con la verdad y la razón⁶⁸. Esta confianza en una voluntad mítica originaria que determina un horizonte escatológico para los elegidos en forma de paraíso de autorrealización, definido a través de los derechos humanos, constituye el fundamento utópico sobre el que se sustenta la tradición constitucional moderna⁶⁹.

Efectivamente, el acontecimiento salvífico que se concreta en la liberación del ser humano individual de las ataduras tradicionales y la creación de un espacio de autodeterminación personal protegido ante las intromisiones del poder está inseparablemente unido al establecimiento originario de la constitución, que debemos a un sujeto creador, el poder soberano constituyente, que establece unas reglas de convivencia fundamentales, esto es, el código⁷⁰. En este esquema, el código implica una voluntad soberana – que sustituye, secularizándola, a la voluntad divina –, de la que se deriva una decisión absoluta que regula el intercambio social de ahora en adelante, a partir del nuevo inicio que supone su adopción, vinculada al establecimiento y el respeto del contrato social, de modo que la comunidad política deviene la expresión de una nueva Alianza, con el reconocimiento de una esfera de autodeterminación individual que se concreta en los derechos, a través de los que se hace efectivo un horizonte utópico de salvación; unos derechos que, en definitiva, se conciben de un modo abstracto, sin tomar en consideración los recursos disponibles o las consecuencias de su ejercicio en la realidad, relacionados asimismo con un individuo abstracto,

⁶⁷ Vid. art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789).

⁶⁸ Vid. Éxodo, 24.

⁶⁹ Vid. Jaria-Manzano, *La constitución del Antropoceno* cit., p. 147ss.

⁷⁰ En relación con la constitución como código, vid. op. cit., p. 108ss.

sujeto de derechos, presupuesto de la comunidad política⁷¹. Se contiene en esta narrativa todo el sentido de la constitución normativa sobre la que se desarrolla tanto la teoría política como el Derecho constitucional de la Modernidad.

Efectivamente, en el contexto de un discurso milenarista que deriva del mensaje de salvación cristiano, que, en lugar de referirse a una Edad de Oro en el pasado, va a considerar el futuro como el momento en el que deben realizarse las aspiraciones humanas – concepción que comienza a consolidarse con Joaquín de Fiore – se despliega la idea de un horizonte utópico que es determinante en la justificación del nuevo inicio que supone la constitución en el contexto de las revoluciones liberales, en la medida que va vinculado a una promesa de emancipación⁷². En definitiva, el pensamiento político moderno promueve una concepción dinámica de la sociedad que se relaciona con una creencia salvífica en el progreso, que impulsa el movimiento histórico hacia un horizonte utópico⁷³.

Por otra parte, este horizonte utópico que alimenta el esquema constitucional moderno, basado en la fijación de un momento inicial, la identificación de un autor soberano y la definición de una sustancia política definida en términos de un espacio de autodeterminación para el individuo, tiene una aspiración de universalidad, que deriva, en última instancia de la propia matriz cristiana en la que se desarrolla el pensamiento moderno⁷⁴. Efectivamente, el discurso de la Ley y la Alianza que sostiene la idea de la constitución como un libro sagrado puede ser secularizado en la Modernidad a partir de su construcción en el cristianismo como un mensaje universal, ya no limitado al pueblo judío, de acuerdo con los términos de la predicación de Pablo de Tarso⁷⁵. Todo ello no es extraño a un sentido de misión de Occidente que impulsa al movimiento constitucional como horizonte para la humanidad en su conjunto, sin acepción de matriz cultural, lo que, en

⁷¹ Sobre el mantenimiento de la Alianza en el estudio de la Ley y, por lo tanto, el vínculo entre el código y el contrato en el contexto judío, vid. Holland, *Dominio* cit., p. 81.

⁷² Vid. José Ferrater Mora, *Diccionario de Filosofía* (II), Ariel. Barcelona, 2009 (2ª. edición revisada, aumentada y actualizada por Josep-Maria Terricabras), p. 1944-1945.

⁷³ Sobre el cambio (social) como algo característico de la Modernidad, vid. Stephen Crook, Jan Patuski, Malcolm Waters, *Postmodernization. Change in Advanced Society*, Sage. Londres, Thousand Oaks, Nueva Delhi, 1992, p. 2.

⁷⁴ Sobre el milenarismo cristiano de los primeros siglos, vid. José Fernández Ubiña, “Orígenes y tendencias del milenarismo cristiano”, Mangas, Montero, *El milenarismo...* cit., p. 161ss. Sobre su influencia en la concepción del mundo en la Modernidad, vid. John Gray, *Misa negra. La religión apocalíptica y la muerte de la utopía*, Paidós. Barcelona, 2008 (edición castellana de Albino Sánchez Mosquera), p. 16ss.

⁷⁵ Vid. Corintios, 15:22. Para un comentario sobre esto, vid. Holland, *Dominio* cit., p. 94-95.

última instancia se actualiza, nuevamente, en la idea de constitucionalismo ambiental global del momento presente.

En cualquier caso, puede verse que la idea de constitución racional-normativa, propia de la Modernidad, parte de una concepción individualista de la sociedad, que se hace efectiva en la idea de contrato social, ya que, en definitiva, la comunidad política no puede concebirse de otra forma que como un acuerdo de voluntades entre los individuos que pasan a formar parte de ella⁷⁶. Esta concepción individualista se vincula a una idea de sujeto abstracto, que, en última instancia, constituye, nuevamente, una secularización del Dios personal, de acuerdo con un largo proceso de elaboración intelectual a lo largo de la Baja Edad Media, que comienza, sin embargo, antes, en el llamado Renacimiento carolingio, con Juan Escoto Eriúgena, el cual, a partir de un discurso neoplatónico, habría concebido un ser divino separado radicalmente del mundo, de acuerdo con el punto de vista judeocristiano que constituiría la matriz del sujeto moderno, subyacente a la concepción hegemónica de constitución⁷⁷.

De hecho, el contractualismo hunde sus raíces en el pensamiento medieval, a medida que la idea feudal del intercambio de prestaciones en la relación de vasallaje confluye con la conclusión atomista del debate sobre los universales⁷⁸. De este modo, tanto Marsilio de Padua como William Ockham, así como también Duns Escoto prefiguran lo que será la concepción moderna de la Constitución⁷⁹. En definitiva, de acuerdo con el triunfo de los postulados nominalistas, ya en el

⁷⁶ No puede desconocerse aquí la importancia de las concepciones políticas feudales, que contribuyen a definir las relaciones políticas desde una perspectiva privada, a partir de la matriz del intercambio de prestaciones propio de la relación de vasallaje. Se puede localizar aquí el origen de las concepciones contractualistas, en la medida que las obligaciones políticas no van más allá del contenido del acuerdo entre el individuo y el soberano. Vid., en relación con esto, R. Van Caenegem, "Government, law and society", J. H. Burns (ed.), *The Cambridge History of Medieval Political Thought*, Cambridge University Press. Cambridge, 1988, p. 210.

⁷⁷ Vid., en este sentido, Francesc J. Fortuny, Àngel Castiñeira, Antoni Bosch i Veciana, M. Àngels Carod, Gonçal Mayos, Josep Muñoz i Redón y Jordi Sales i Coderch, *Breu història de la filosofia (Les grans etapes del pensament filosòfic)*, Columna. Barcelona, 1987, p. 50. En los siglos siguientes, se hará efectiva la evolución progresiva del pensamiento medieval hacia la Modernidad, de modo que, como afirma Georges Duby, en *L'An Mil*, Gallimard. París, 1980, p. 284, «dans cette nuit, dans cette indigence tragique et dans cette sauvagerie, commencent, par des siècles, les victoires de la pensée d'Europe».

⁷⁸ Así, como señala Alejandro Llano, *La nueva sensibilidad*, Espasa. Madrid, 1988, p. 81, la ruptura del vínculo con la metafísica naturalista de la Antigüedad en el contexto de la evolución del pensamiento medieval conduce al establecimiento del ser humano como una realidad radicalmente distinta a los demás seres, lo que vendría ser una progresiva secularización del ser divino autorreferencial de Juan Escoto Eriúgena.

⁷⁹ Vid. Jeannine Quillet, "Community, counsel and representation", Burns, *The Cambridge History...* cit., p. 535ss.

período final de la Edad Media, se va imponiendo la convicción de que las entidades sociales no existen más allá de los individuos que las componen⁸⁰. Con la Reforma, la idea del contrato social se hará más consistente, como muestra la propuesta de una *consociatio publica universalis maior*, que se constituye a través de un contrato social originario, que presenta Johannes Althusius en su *Política*, publicada en 1603⁸¹. En el mismo sentido, se expresarán tanto Hugo Grocio como Samuel Pufendorf⁸².

En realidad, durante la Baja Edad Media, se irá configurando, progresivamente, una idea de individuo, independiente de su identidad comunitaria, que irá configurando el espacio cultural en el que se originan el contractualismo y los derechos humanos. En una evolución cultural ciertamente compleja, debe anotarse la importancia de la cultura del amor cortés en la formación de la conciencia individual⁸³. A partir de esta matriz cultural, Petrarca empezará a desarrollar una perspectiva moderna, que, en última instancia, culmina en el individuo político sujeto de derechos y participante en el contrato social originario que da lugar a la comunidad política⁸⁴. Por ello, en definitiva, el movimiento revolucionario del siglo XVIII constituye una reacción del individuo contra la sociedad, no tanto en una reacción del pueblo contra el poder que le oprime, por lo que, lógicamente, el primer constitucionalismo es liberal, pero no democrático⁸⁵.

La evolución posterior no va a cambiar los rasgos individualistas intrínsecos al proyecto utópico, del mismo modo que la pretensión de absoluto del poder constituyente en el momento revolucionario. El código político se justifica en la medida que es un contrato, de modo que el fundamento y el objetivo de la comunidad política se resumen en la protección del ser humano individual, cuya autorrealización constituye el bien jurídico supremo⁸⁶. Este sujeto individual

⁸⁰ Vid. Antony Black, "The individual and society", Burns, *The Cambridge History...* cit., p. 601.

⁸¹ Sobre Althusius y su obra, vid. Michael Stolleis, *Histoire du droit public en Allemagne. Droit public impérial et science de la police 1600-1800*, PUF. París, 1998 (edición francesa de Michel Senellant), p., p. 154ss.

⁸² En relación con la contribución de Althusius, Grocio y Pufendorf al contractualismo, vid. Alfred Kölz, *Histoire constitutionnelle de la Suisse moderne. Ses fondements idéologiques et son évolution institutionnelle dans le contexte européen, de la fin de l'Ancien Régime à 1848*, Stämpfli, Bruylant. Berna, Bruselas, 2006, p. 32-33.

⁸³ Vid. Black, "The individual and society" cit., p. 594.

⁸⁴ Vid., en este sentido, Jordi Jaria-Manzano, "Di-vision: The making of the "Anthropos" and the origins of the Anthropocene", *Oñati Socio-Legal Studies* 11(1), 2021, p. 153ss.

⁸⁵ Vid. Bernard Chantebout, *Droit constitutionnel et science politique*, Economica. París, 1978, p. 84.

⁸⁶ Peter Häberle, en "La «teoría de la Constitución como ciencia cultural» en el ejemplo de los cincuenta años de la Ley Fundamental", Francisco Balaguer Callejón (coord.), *Derecho constitucional y cultura. Estudios en homenaje a Peter*

originario, el gran artefacto cultural de la Modernidad, la matriz del capitalismo y la tecnociencia, el fundamento de toda política, es justamente el *Anthropos* del Antropoceno⁸⁷.

5. El sujeto, el Antropoceno y la constitución: una aproximación ecomodernista.

Es el marco antedicho, en el que la constitución se concibe como un libro sagrado que regula las relaciones sociales con la expectativa de garantizar una esfera de autonomía a los individuos, secularizando así la idea salvífica de redención ligada a la Alianza bíblica, en el que se plantea la idea de una constitución para el Sistema Tierra, que enlaza con la tradición del constitucionalismo global y, en particular, con su variante ambiental⁸⁸. Esta tradición, sin embargo, es notablemente dependiente de la idea de sujeto, la cual, de algún modo proporciona el patrón para la existencia de un texto constitucional, a través de la idea de soberanía, así como para la sustancia que contiene, a través de la idea de contrato social, así como su vinculación al reconocimiento y protección de los derechos⁸⁹.

Esta sería, en definitiva, el tipo de propuesta que defiende Louis Kotzé, que se centra el Pacto Mundial por el Medio Ambiente y la Carta Mundial de la Naturaleza, ambas iniciativas impulsadas por Naciones Unidas⁹⁰. En este sentido, como señala el propio Kotzé, la propia terminología del pacto (*covenant*) o la carta (*charter*) nos remite a la idea de la constitución como libro sagrado que he intentado definir en el apartado anterior⁹¹. De hecho, el mismo Kotzé sugiere que un documento

Häberle, Tecnos. Madrid, 2004, p. 26, considera la dignidad humana “la premisa antropológico-cultural del Estado constitucional”.

⁸⁷ Vid., en relación con ello, Jaria-Manzano, “Di-vision...” cit.

⁸⁸ Como señala José Manuel Pureza, en “Global constitutionalism as an ambivalent script”, Jaria-Manzano, Borràs, *Research Handbook...* cit., p. 102, el constitucionalismo global ha pretendido una asimilación con los procesos de constitucionalización del estado nacional a los que me he referido en el epígrafe anterior.

⁸⁹ Vid. Jordi Jaria-Manzano, “Law in the Anthropocene”, Jaria-Manzano, Borràs, *Research Handbook...* cit., p. 39.

⁹⁰ Vid. Louis Kotzé, “A Global Environmental Constitution for the Anthropocene?”, *Transnational Environmental Law* 8(1), 2019, p. 23ss.

⁹¹ Vid. Kotzé, “A global environmental constitution...” cit., p. 59. Se hace difícil apreciar como una concepción de la constitución consistente en un pacto o carta puede alejarse de los “*contractual Western neoliberal values*” como sugiere el mismo autor (op. cit., p. 60).

de este tipo, como la Carta Mundial de la Naturaleza, pueda servir como «*global environmental constitution for the Anthropocene's global climate and broader socio-ecological issues*»⁹².

Desde este punto de vista, debe reconocerse, en primer lugar, las dificultades que plantea la articulación de un poder constituyente global, como señaló en su día Daniel Bodansky⁹³. Por otra parte, tampoco parece un escenario deseable, en la medida que puede comportar una erosión democrática⁹⁴. Se pueden plantear, en consecuencia, objeciones significativas tanto desde el punto de vista del momento constituyente como desde el punto de vista del poder constituyente. Sin embargo, en la medida que una constitución global construida sobre la base de la idea tradicional de poder constituyente parece abonar dinámicas homogeneizadoras y jerarquizantes propias de un contexto neocolonial, las objeciones fundamentales en relación con una constitución ambiental global de carácter racional-normativo, tienen que ver sobre todo con la sustancia constitucional, consistente en unos derechos individuales que parten de la idea moderna del sujeto y de su separación en relación con la naturaleza, que, asimismo, se relaciona con el control y el sometimiento de ésta en el contexto del tecnocapitalismo hegemónico⁹⁵.

Esta división, como hemos visto, hunde sus raíces en la progresiva integración de la idea de un Dios personal en el pensamiento filosófico durante la Edad Media, con el deslinde progresivo entre la divinidad y la creación, que pasa a verse como unidad gobernada por Dios, lo que constituye el paso precedente a la visión moderna de una naturaleza sometida a los individuos humanos⁹⁶. En este contexto, cabe situar los derechos ambientales, que se configuran como una nueva generación de derechos humanos, constituyendo el núcleo de la respuesta jurídico-política a la crisis ambiental en los años setenta y aún reivindicados en el contexto de la constitucionalización del Derecho internacional del medio ambiente, de modo que se consolida una perspectiva instrumental, a partir

⁹² Vid. op. cit., p. 69.

⁹³ Vid. Bodansky, "Is There an International Environmental Constitution?" cit., p. 577ss.

⁹⁴ Vid. Richard Beardsworth, *Cosmopolitanism and International Relations Theory*, Polity. Cambridge, Malden, 2011, p. 14. Vid., asimismo, José Rubens Morato Leite, Patryck de Araújo Ayala, "Global environmental constitutionalism as a constitutionalism of the Earth", Jaria-Manzano, Borràs, *Research Handbook...* cit., p. 91.

⁹⁵ Vid., en este sentido, James Connelly, Graham Smith, *Politics and the Environment. From theory to practice*, Routledge. Londres, Nueva York, 1999, p. 11. Me ocupado con mayor detalle de esta cuestión en *La cuestión ambiental...* cit., p. 18ss.

⁹⁶ Vid. Black, "The individual and society" cit., p. 592.

de la cual el medio ambiente se presenta como un bien jurídico ancilar orientado a la protección de la persona individual y a la garantía de su bienestar⁹⁷.

De acuerdo con ello, la idea constitucional que se halla en el fondo del constitucionalismo (ambiental) global es predominantemente moderna, centrada en los derechos y basada en una perspectiva dualista que concibe la naturaleza como algo distinto de la sociedad e instrumental a sus fines. Se genera así una cultura constitucional antropocéntrica e individualista, sesgada hacia los patrones culturales occidentales y, en última instancia, patriarcal⁹⁸. Con ello se constituye legalmente la dinámica del deseo por la que se desliza el *ethos* burgués, impulsando la sociedad de consumo y fortaleciendo así el proceso de acumulación capitalista y la correspondiente homogeneización cultural, con lo que, de hecho, coadyuva significativamente a generar los procesos sociales en el origen de la transformación planetaria⁹⁹. Ello puede verse en la centralidad adquirida por el concepto de desarrollo sostenible en el contexto del Derecho internacional del medio ambiente¹⁰⁰.

La importancia de la idea de desarrollo sostenible en este contexto nos indica con claridad la voluntad de ajustar la interpretación de la crisis ambiental global a la interpretación de la realidad que se deriva del desarrollo del proceso de acumulación capitalista en combinación con la consideración de la tecnociencia como único saber legítimo¹⁰¹. Hay quien considera que el desarrollo sostenible constituyó «*a serious challenge to orthodox political and economic arrangements*»¹⁰². Sin embargo, hoy parece claro que se trata de una noción que ha perdido «*much of its radical cutting edge*», para convertirse en una macroprincipio que sostiene una aproximación gerencial a la crisis ambiental global, desactivando enfoques que puedan discutir las formas hegemónicas de

⁹⁷ Vid. Raúl Canosa Usera, “Aspectos constitucionales del Derecho Ambiental”, *Revista de Estudios Políticos* 94, 1996, p. 80.

⁹⁸ Sobre la relación entre el patriarcado y el estado vid. Valerie Bryson, *Feminist Political Theory*, Palgrave-McMillan. Londres, Nueva York, 2016 (3ª. edición), p. 183-184.

⁹⁹ Vid. Pier Paolo Pasolini, “Cultura y aculturación” [1973], *Escritos corsarios*, Monte Ávila. Caracas, 1978 (edición castellana de Hugo García Robles), p. 28.

¹⁰⁰ Vid. Andrew Dobson, *Justice and the Environment. Conceptions of Environmental Sustainability and Dimensions of Social Justice*, Oxford University Press. Oxford, 1998, p. 60.

¹⁰¹ Vid. Jordi Jaría i Manzano, “Legitimidad técnica y legitimidad democrática en la toma de decisiones administrativas que afecten al medio ambiente”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, 3, 2003, p. 111.

¹⁰² Vid. James Connelly, Graham Smith, *Politics and the Environment. From theory to practice*, Routledge. Londres, Nueva York, 1999, p. 2.

reproducción social¹⁰³. Nos hallamos, en definitiva, cuando hablamos del constitucionalismo ambiental global dominante, ante una «*largely technical response to environmental problems and the inclusion of the environment in economic decision making*»¹⁰⁴, de modo que se muestra el vínculo entre el horizonte utópico de los derechos como promesa de liberación y el desarrollo tecnológico. Ello conecta, en última instancia, la sustancia constitucional del estado de Derecho con la concepción formal, vinculada a la seguridad jurídica y, en definitiva, al vínculo entre conocimiento científico y manipulación tecnológica de la realidad¹⁰⁵.

La concepción constitucional basada en los derechos ha sido discutida y, de hecho, se ha propuesto un tránsito desde el énfasis en los derechos al énfasis en las necesidades¹⁰⁶; o bien en las responsabilidades¹⁰⁷. Por otra parte, también se ha señalado en el carácter empoderante o emancipador del lenguaje de los derechos¹⁰⁸. En este sentido, se ha defendido que pueden actuar como «*critical concepts of resistance*»¹⁰⁹. De acuerdo con ello, podrían configurarse más que como un ámbito de protección de la autonomía individual, como un instrumento de protección de las

¹⁰³ Ibid. Ken Conca apunta, en “The Changing Shape of Global Environmental Politics”, Nicholson, Jinnah, *New Earth Politics...* cit., p. 26-27, que la noción de desarrollo sostenible, tal como fue concebida en *Nuestro Futuro Común* y desarrollada en la Cumbre de la Tierra en 1992, contenía un programa de reforma que podía haber puesto la sociedad global en el camino de una gobernanza global razonablemente sostenible, pero que fue superada por la evolución de la economía-mundo capitalista, entonces en un proceso de crecimiento voraz a rebufo del escenario de liberalización financiera que había empezado a gestarse en los años setenta. Por otra parte, el autor se muestra crítico con lo que considera una oportunidad desperdiciada por falta de ambición en un momento crucial de transición en la Cumbre de Río.

¹⁰⁴ Vid. Connelly, Smith, *Politics and the Environment...* cit., p. 201.

¹⁰⁵ Como señala Eduardo Espín, en “El sistema de fuentes en la Constitución”, Luis López Guerra Eduardo Espín, Joaquín García Morillo, Pablo Pérez Tremps, Miguel Satrustegui, *Derecho Constitucional. Volumen I: El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Tirant lo Blanch. Valencia, 1991, p. 59-60, en definitiva, la seguridad jurídica va ligada a la posibilidad por parte de las personas de “planificar [...] su actuación en todos los órdenes de la vida”, lo que se vincula a la previsibilidad de los acontecimientos y a la progresiva manipulación tecnológica del complejo ecosocial global para ajustarla a las pretensiones de los seres humanos, o mejor, a las de algunos de ellos.

¹⁰⁶ Vid., en este sentido, Manuel Peter Samonte Solis, “Human rights versus human needs: debating the language for universal access to modern energy services”, Jaria i Manzano, Chalifour, Kotzé, *Energy in Nature and Society...* cit., p. 60ss.

¹⁰⁷ Vid. Holmes Rolston III, “Rights and Responsibilities on the Home Planet”, *Yale Journal of International Law* 18, 1993, p. 263; o Jordi Jaria i Manzano, “El constitucionalismo de la escasez (derechos, justicia y sostenibilidad)”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental* 30, 2015, p. 20.

¹⁰⁸ Vid. Samonte Solis, “Human rights...” cit., p. 72ss.

¹⁰⁹ Vid. Anna Grear, *Redirecting Human Rights. Facing the Challenge of Corporate Legal Humanity*, Palgrave MacMillan. Basingstoke, Nueva York, 2010, p. 39.

vulnerabilidades, separándose así de la utopía de autorrealización que se halla en su origen¹¹⁰. Esta discusión en relación con la naturaleza de los derechos nos coloca en un espacio de combate que recuperaré más adelante. De todos modos, cabe referirse a posibles alternativas más allá de la aproximación gerencial que deriva de los patrones propios de la dualidad entre derechos (ambientales) y desarrollo sostenible.

En este sentido, se han intentado aproximaciones a una constitución ambiental global basadas en una visión menos dependiente del antropocentrismo tradicional, distinguiendo el programa *business as usual* contenido en la noción de desarrollo sostenible, tal como se ha configurado en el Derecho internacional del medio ambiente, del concepto de sostenibilidad¹¹¹. Sin embargo, el propio origen del concepto de sostenibilidad en el ámbito de la silvicultura y su relación con el cultivo racional de los bosques traiciona un punto de vista asociado a la gestión tecnocientífica y, de hecho, justificado por su mayor racionalidad¹¹². En este sentido, parece claro que no solo el desarrollo sostenible se ha convertido en un principio comprensivo que propugna el *business as usual*, sino que también la misma noción de sostenibilidad ha sido capturada por la empresa capitalista¹¹³.

De momento, cabe señalar que una eventual constitución del Sistema Tierra, concebida en los términos clásicos de una constitución normativa, se vincula al proyecto ecomodernista, que reposa sobre una visión del Antropoceno como una era humana, de modo que el proceso de transformación antrópica que habría provocado el tránsito hacia una nueva era geológica

¹¹⁰ Vid. Clara Marquet Sardà, *Los derechos sociales en el Ordenamiento jurídico sueco. Estudio de una categoría normativa*, Atelier. Barcelona, 2010, p. 80. En particular, en relación con el cambio climático y, en consecuencia, con las consecuencias de la transformación antrópica del Sistema Tierra, ha apuntado esta perspectiva Sumudu Atapattu, en “Environmental justice, climate change and constitutionalism: protecting vulnerable states and communities”, Jaria-Manzano, Borràs (eds.), *Research Handbook...* cit., p. 213.

¹¹¹ De manera general, vid. Klaus Bosselmann, *The Principle of Sustainability. Transforming Law and Governance*, Ashgate. Farnham, Burlington, 2008.

¹¹² La idea de sostenibilidad se desarrolla, en primer lugar, en Inglaterra, por la necesidad de mantener los bosques que permiten la construcción naval, que constituye el medio fundamental de protección del país ante sus enemigos. Sin embargo, la elaboración conceptual se produce en Alemania con Hans Carl von Carlowitz (1645-1714), que se había formado en Inglaterra con John Evelyn, promotor de la conservación de los bosques allí. Es la obra de Von Carlowitz *Sylvicultura oeconomica oder Naturmässige Anweisung zur Wilden Baum-Zucht*, la que supone la introducción del concepto de *nachhaltendes* que mudará en *nachhaltig* (sostenible) con la obra posterior de Wilhelm Gottfried Moser (1729-1793). Vid., para todo ello, Bosselmann, *The Principle of Sustainability...* cit., p. 17ss.

¹¹³ Vid. Peter Dauvergne, “The Sustainability Story: Exposing Truths, Half-Truths, and Illusions”, Nicholson, Jinnah, *New Earth Politics...* cit., p. 391.

demostraría la capacidad de los seres humanos de manipular su propio entorno de una manera intencional y controlada¹¹⁴. Ello enlazaría con la progresiva articulación del Derecho internacional del medio ambiente como estructura normativa orientada a la disciplina del metabolismo social global dentro de los parámetros de la economía-mundo capitalista¹¹⁵.

A todo ello corresponde la utopía ecomodernista del Buen Antropoceno, en la que se aspira a la manipulación del planeta de acuerdo con los deseos humanos, a partir de la confusión de la capacidad humana de transformar el Sistema Tierra y la capacidad de hacerlo de manera intencional y controlada¹¹⁶. En última instancia, la modernización ecológica supone la negación del conflicto político y la conversión de las cuestiones sobre la sostenibilidad y la justicia del metabolismo social global en un expediente técnico, que debe ser resuelto en el marco del desarrollo del capitalismo global, a quién corresponde asignar los recursos para lograr las soluciones tecnológicas que permitan configurar el Sistema Tierra de acuerdo con unas preferencias que quedan definidas más allá de la esfera política, convirtiendo los procesos de reproducción social y transformación ecológica en asuntos propios de la gestión y la ingeniería¹¹⁷.

A mi juicio, ante esta perspectiva, se plantean, fundamentalmente, cuatro objeciones desde el punto de vista del establecimiento de una sustancia constitucional global: el peligro que se corre de justificar dinámicas neocoloniales a través de la imposición del discurso de los derechos y promover la continuidad del metabolismo social del capitalismo global; la relación entre los

¹¹⁴ En este sentido, por ejemplo, irían las propuestas de una manipulación de la atmósfera para resolver el problema del cambio climático. Vid., en este sentido, Paulo Tavares, “Stratoshield”, Katrin Klingan, Ashkan Sepahvand, Christoph Rosol, Bernd M. Scherer, *Textures of the Anthropocene. Vapor*, Haus der Kulturen der Welt, MIT. Berlín, Cambridge, 2014, p. 66.

¹¹⁵ El documento final de la Conferencia Rio+20, que se llevó a cabo en 2012, titulado “El futuro que queremos”, es una muestra clara de ello, particularmente a través de la introducción de la noción de la economía verde, que, en el fondo, implica una incremento de la presión sobre la base biofísica de la reproducción social en un escenario de profunda crisis económica global. Vid. *El futuro que queremos. El documento final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible. Río de Janeiro, Brasil, 20-22 junio 2012*, Naciones Unidas, Nueva York, 2013, p. 16ss. La economía verde combinaría supondría un «*technocratic, market-oriented, and instrumental approach to ensure that economic growth occurs within environmental boundaries*», como señala Joyeeta Gupta, en “Toward Sharing Our Ecospace”, Nicholson, Jinnah, *New Earth Politics...* cit., p. 284.

¹¹⁶ Vid. sobre la cuestión Anne Fremaux, John Barry, “The «Anthropocene and Green Political Theory: Rethinking Environmentalism, Resisting Eco-modernism»”, Frank Biermann, Eva Löwbrand (eds.), *Anthropocene Encounters. New Directions in Green Political Thinking*, Cambridge University Press. Cambridge, New York, Melbourne, New Delhi, 2019, p. 171-190.

¹¹⁷ Vid. op. cit., p. 181.

derechos y una concepción atomista del mundo que se compadece mal con la progresiva toma de conciencia de la interdependencia entre los elementos que configuran el complejo ecosocial global; la promoción de un discurso basado en una confianza injustificada en la posibilidad del control del Sistema Tierra; y, finalmente, el peligro de una deriva retórica.

En cuanto a la primera, parece suficiente lo que hemos dicho en este apartado. En cuanto a la cuarta, en realidad, consiste en que un discurso pretendidamente emancipador no sea otra cosa que una cobertura para la continuidad de unas dinámicas de explotación y sometimiento que no pretenden cambiarse¹¹⁸. En este sentido, en la medida en que el discurso del desarrollo sostenible abona una estrategia gerencial que mantiene las estructuras de reproducción social del capitalismo global perpetúa las situaciones de injusticia global que, aparentemente, pretende combatir¹¹⁹.

Sin embargo, más allá de las cuestiones relativas a la justicia, que he tratado en otros lugares¹²⁰, me interesa en este trabajo sobre todo fijar mi atención en las consecuencias de la complejidad y la incertidumbre de la nueva era geológica, así como del impacto de una concepción holística del Sistema Tierra para evaluar la adecuación del concepto normativo de constitución al proceso a la transformación planetaria, en la medida en que se ha presentado como como la propuesta dominante en la construcción de una respuesta jurídica ante el advenimiento del Antropoceno.

6. Una crítica al ecomodernismo del Buen Antropoceno a partir de la incertidumbre y la interdependencia.

La idea de dominio, consustancial al código como ley divina, y la perspectiva atomística, consustancial al contrato, se compadecen adecuadamente con el llamado Buen Antropoceno, esto es una enfoque más bien gerencial, globalista y comprehensiva a los retos planteados por la

¹¹⁸ El decalaje entre la retórica indigenista y la afirmación del modelo neoconstitucionalista en relación con el mantenimiento de una economía extractivista en el nuevo constitucionalismo andino parece un buen ejemplo de ello. Vid., en este sentido, Rafael Quintero, “Las innovaciones conceptuales de la Constitución de 2008 y el Sumak Kawsay”, Alberto Acosta, Esperanza Martínez (comp.), *El Buen Vivir. Una vía para el desarrollo*, Abya-Yala. Quito, 2009, p. 80.

¹¹⁹ Sobre la situación de injusticia permanente en el contexto de la organización actual de la comunidad internacional, vid. González, “Environmental Justice...” cit., p. 154ss.

¹²⁰ Vid., recientemente, Jaria-Manzano, “Environmental Justice in EU...” cit.

transformación del Sistema Tierra¹²¹. Sin embargo, la primera debe afrontar la cuestión de la incertidumbre; mientras que la segunda debe encararse con la interdependencia, aspectos ambos que vienen sugeridos por la narrativa del Antropoceno tal como se ha ido configurando en las dos últimas décadas.

En efecto, la visión tradicional de la constitución como código político que se proyecta sobre una pluralidad de individuos para proteger su esfera de autodeterminación particular, parece adaptarse mal a los desafíos que plantea la transición hacia una nueva era geológica, en la medida que la propia idea de la gobernanza del Sistema Tierra parece exigir la superación de la perspectiva atomista propia del constitucionalismo liberal hegemónico, mientras que la incertidumbre que se asocia con la inestabilidad del Antropoceno supone un desafío a la misma idea de codificación, íntimamente ligada a la seguridad jurídica. Sin embargo, como hemos visto, esta es la visión que parece desprenderse del constitucionalismo del Sistema Tierra que se desarrolla a partir del marco del constitucionalismo (ambiental) global.

Por una parte, cabe señalar que la propia idea de Sistema Tierra se remite a una concepción holística del planeta que, al mismo tiempo que supone una superación de los marcos conceptuales disciplinares, desafía la concepción atomista de la realidad que conecta con la centralidad de los derechos como paradigma constitucional. Como señala Richard Tarnas, “[l]a objetivación y el desencantamiento, al privar al mundo de subjetividad, de su capacidad para la significación intencional, realzan radicalmente el sentido de libertad y de subjetividad autónoma del yo humano, su convicción subyacente de que puede moldear y determinar su propia existencia”¹²². El atomismo y el dualismo, que implica la separación entre los seres humanos y su entorno, constituyen los fundamentos culturales de la Modernidad que justamente quedan en entredicho en el contexto de

¹²¹ Sobre la idea del dominio como patrón de la relación entre el ser humano y la naturaleza en la Modernidad, vid. Jaria i Manzano, *La cuestión ambiental...* cit., p. 30ss. Este patrón enlaza con el individualismo posesivo que está en la base del constitucionalismo liberal y que, en consecuencia, define el espacio social hegemónico en el que se construye la idea racional-normativa de constitución. En este sentido, la construcción del individuo abstracto del liberalismo deviene un artefacto ideológico fundamental, tal como señala Armin von Bogdandy, “Constitutional Principles for Europe”, Eibe Riedel, Rüdiger Wolfrum (eds.), *Recent Trends in German and European Constitutional Law*, Springer, Berlín, Heidelberg, Nueva York, 2006, p. 7. Así, como apunta Roland Barthes en “L’usuari de la vaga”, en *Mitologies*, Àtic dels Llibres, Barcelona, 2017 (traducción catalana de Cristina Mora con prólogo de Xavier Antic), p. 183, «la separació essencialista de les cèl·lules socials [...] va ser el primer principi ideològic de la revolució burgesa».

¹²² Vid. Richard Tarnas, *Cosmos y Psique. Indicios para una nueva visión del mundo*, Atalanta, Girona, 2017 (edición castellana de Marco Aurelio Galmarini), p. 50.

la transición hacia el Antropoceno, que hace aflorar la visión del Sistema Tierra como unidad. En definitiva, nos hallamos ante una crisis civilizatoria que tiene implicaciones también para las concepciones centrales del Derecho¹²³.

La investigación más reciente sobre el origen de la vida pone el énfasis en que los seres vivos lo son no por sus características intrínsecas, sino por su participación en la red de procesos mediante los que la integridad sistémica de la biosfera se mantiene¹²⁴. Ello abona las teorías holísticas que ponen el énfasis en la interdependencia, como la llamada Hipótesis Gaia, formulada por James Lovelock, o las concepciones de los pueblos indígenas, entre las que cabe remarcar aquí, por su proyección en las constituciones de Bolivia y Ecuador, las de los pueblos andinos, cuya idea de Pacha Mama es también coherente con esta perspectiva integrada¹²⁵.

En definitiva, «*[l]ife is not an attribute possessed by individuals, but a role defined through participation in the biosphere*»¹²⁶. De acuerdo con esta perspectiva, la Tierra se presenta como un “un ser vivo orgánico”, lo que es incompatible con la concepción mecanicista y atomista del dualismo occidental, que distingue “entre lo vivo y no-vivo, lo orgánico e inorgánico, lo animado e inanimado, lo humano y no-humano”, lo que parece colisionar con la concepción hegemónica de constitución¹²⁷. No parece, efectivamente, que la matriz contractualista que parte de los individuos se compadezca con las exigencias de la interdependencia de la vida, lo que, en particular, parece impactar sobre la concepción de los derechos como esfera de autodeterminación personal, así como poner en duda el decisionismo del momento constituyente.

Por otra parte, el Sistema Tierra no se presenta sólo como un algo holístico, sino también como algo extraordinariamente complejo que abre la puerta a la incertidumbre, impactando de este

¹²³ En definitiva, el paradigma de la dominación humana sobre la naturaleza a través de la tecnología genera una situación de sobreexplotación que suscita una crisis de dimensión global, a partir de la constatación de la degradación de la biosfera, como señala Pedro-Rubens Castro Simancas, en “La tensión medio ambiente-desarrollo económico: una perspectiva jurídica”, *Revista de Derecho Ambiental* 12, 1999, p. 84.

¹²⁴ Vid. Eric Smith, Harold J. Morowitz, *The Origin and Nature of Life on Earth. The Emergence of the Fourth Geosphere*, Cambridge University Press. Cambridge, 2016, p. 12.

¹²⁵ En relación la Hipótesis Gaia, vid. James Lovelock, Lynn Margulis, “Atmospheric homeostasis by and for the biosphere: the Gaia hypothesis”, *Tellus* XXVI(1-2), 1974, p. 2-10. Para su toma en consideración en la construcción de la ciencia del Sistema Tierra, vid. Hamilton, “The Anthropocene as rupture” cit., p. 94-95.

¹²⁶ Vid. Smith, Morowitz, *The Origin...* cit., p. 541.

¹²⁷ Vid. Josef Estermann, *Filosofía andina. Estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*, Abya-Yala. Quito, 1998, p. 176-177.

modo, también, en las ideas constitucionales hegemónicas. Efectivamente, la incertidumbre que preside la evolución del Sistema Tierra se corresponde con la propia dinámica de los sistemas complejos, cuyas innumerables variables hacen imposible una acción intencional efectiva, abriendo más bien la posibilidad de acontecimientos disruptivos no lineales, de modo que la manipulación tecnológica del sistema, así como la ordenación jurídica parecen más bien poco plausibles¹²⁸. Ello da consistencia a la plausibilidad de eventos disruptivos no-lineales, que, en última instancia, es lo que permite considerar el Antropoceno como un período geológico que va a ser menos estable de lo que lo fue el Holoceno¹²⁹. Por otra parte, existe la indeterminabilidad del umbral, de modo la acumulación de diferentes efectos puede producir grandes cambios, pero nadie puede saber cuándo empiezan a suceder, si es que, efectivamente, se producen¹³⁰.

En este sentido, como apuntan Gillings y Hagan-Lawson, en la medida que las actividades humanas han empezado a alterar el clima y la bioquímica del Planeta, se abre una era de impredecibilidad¹³¹. Con ello, obviamente, se produce una amenaza de desestabilización de las condiciones en las que se reproducen las sociedades humanas tal como las conocemos, abriendo un período de tensiones imprevisibles, suscitadas a causa de episodios disruptivos no lineales que aparecen en el horizonte¹³². De este modo, efectivamente, el Sistema Tierra parece escapar a los intentos de domesticación conceptual que propugna el ecomodernismo, que propugna una interpretación de la evolución planetaria en términos de una «*discovered, interconnected and singularized earth*»¹³³.

En consecuencia, nos enfrentamos a una situación en que el conocimiento disponible no puede proporcionar certeza en relación con la evolución futura del Sistema Tierra y, por lo tanto,

¹²⁸ Vid. Taleb, *The Black Swan* cit., p. 268.

¹²⁹ Incluso antes de la difusión del relato del Antropoceno, la incertidumbre derivada de la complejidad había sido ya identificada en el contexto del desarrollo primitivo del Derecho ambiental. Vid., en este sentido, Kenneth A. Manaster, "Law and the Dignity of Nature: Foundations of Environmental Law", *Land Use and Environment Law Review*, 1978, p. 16ss.

¹³⁰ Vid. J. R. McNeill, *Something New under the Sun: An Environmental History of the Twentieth-Century World*, Norton. Nueva York, Londres, 2001, p. 5.

¹³¹ Vid. Gillings, Hagan-Lawson "The cost of living..." cit., p. 2.

¹³² Vid. Davor Vidas, Ole Kristian Fauchald, Øystein Jensen, Morten Walløe Tvedt, "International law for the Anthropocene? Shifting Perspectives in Regulation of the Oceans, Environment and Genetic Resources", en *Anthropocene* 1, 2015, p. 11; y Gillings, Hagan-Lawson "The cost of living..." cit., p. 7.

¹³³ Vid. Nigel Clark, "Politics of Strata", *Theory, Culture & Society*, 34(2-3), 2017, p. 226.

no puede informar de manera concluyente, en los procesos de toma de decisiones, sobre el curso de acción adecuado¹³⁴. En este contexto, las pretensiones de control de la situación y, por lo tanto, de manipulación apropiada del Sistema Tierra a través de una gestión racional que permita el desarrollo sostenible o, simplemente, su sostenibilidad parecen inadecuadas¹³⁵. Por otra parte, obviamente, la agenda ecomodernista puede venir presidida por la orientación de los expertos a diseñar proyectos capaces de capturar fondos, lo que, en última instancia, arroja una sombra sobre la neutralidad de ciertas “soluciones técnicas”, que pueden tener incentivos para difuminar los elementos de riesgo y evitar el control social¹³⁶. En este contexto, dar por supuesto que una la modernización ecológica puede ser un primer paso para construir una respuesta adecuada ante los retos que plantea la transformación planetaria, como hacen, por ejemplo, Connelly y Smith, parece poco asumible¹³⁷.

Todo ello ha dado lugar a la aparición de lecturas del Antropoceno que, contra el espíritu ecomodernista y tecnófilo que domina el relato de la gobernanza del Sistema Tierra y, en consecuencia, se proyecta sobre su lectura constitucional, se basan en la asunción de los eventos disruptivos y apuestan por la fragmentación y la responsabilidad en un contexto incierto, como sería el caso de las reinterpretaciones feministas del relato del cambio geológico, que discuten «*the masculinist and patriarchal urge to proclaim mankind as an agent of major change*»¹³⁸. Se trata, por tanto, a partir de la asunción del carácter intrínsecamente complejo del Sistema Tierra, de asumir que «*[t]here is no exit from the Anthropocene via technological change. If there is an exit, It will be via an exit from the social relation that defines capital*»¹³⁹. Ello tiene unas profundas implicaciones constitucionales, que impactan en las mismas concepciones básicas de la tradición que define la idea hegemónica de constitución, a partir de la matriz del contrato y el código, tal como se he señalado en las páginas anteriores. En este sentido, incluso las formas más progresivas y menos gerenciales de afrontar la crisis ambiental

¹³⁴ Vid. Eduardo Gudynas, “Seis puntos clave en ambiente y desarrollo”, Alberto Acosta, Esperanza Martínez (comp.), *El Buen Vivir. Una vía para el desarrollo*, Abya-Yala. Quito, 2009, p. 46.

¹³⁵ Vid. Gillings, Hagan-Lawson “The cost of living...” cit., p. 7.

¹³⁶ Vid. Connelly, Smith, *Politics and the Environment...* cit., p. 119.

¹³⁷ Vid. p. cit., p. 211.

¹³⁸ Vid. Richard Grusin, “Anthropocene Feminism: An Experiment in Collaborative Theorizing”, Grusin, *Anthropocene Feminism...* cit., p. xi.

¹³⁹ Vid. Joshua Clover, Juliana Spahr, “Gender Abolition and Ecotone War”, Grusin, *Anthropocene Feminism* cit., p. 162.

global, como la Carta de la Tierra, en la medida que reposan en el concepto de sostenibilidad parecen poco adecuadas ante un escenario inestable y potencialmente disruptivo. Sin embargo, parece claro que la posición dominante de la perspectiva ecomodernista tiende a reforzarse a no ser que se generen oportunidades para las concepciones alternativas de promover cambios radicales que permitan adaptarse a la nueva situación¹⁴⁰.

En este sentido, cabe admitir que intentar construir respuestas alternativas más allá de los patrones hegemónicos de la fase financiera del proceso de acumulación capitalista en los procesos ordinarios de toma de decisiones es, de entrada, enormemente difícil¹⁴¹. Sin embargo, parece manifiestamente inadecuado reproducir unas respuestas sociales que reposan, en última instancia, en la construcción de la certidumbre y en la fragmentación atomística de la realidad. Ello nos lleva a un escenario mayormente conflictivo en el que se hace posible el despliegue de prácticas alternativas, la generación de discursos contrahegemónicos y, en definitiva, la articulación de una suerte de insurgencia constitucional que abra el Derecho más allá de la ley para ir redefiniendo progresivamente nuevos consensos en un contexto de incertidumbre e interdependencia.

En este contexto, más que persistir en el discurso de un constitucionalismo global que unifique la gobernanza del Sistema Tierra de acuerdo con una estructura jerarquizada y asociada a las dinámicas atomistas del constitucionalismo tradicional del estado nacional, cabe apelar a un escenario conflictivo, en que las fuerzas contrahegemónicas resignifican las ideas constitucionales en un contexto inestable y abierto que permite avanzar hacia la implantación de estructuras sociales más resilientes e inclusivas, ante las pretensiones de gobernanza tecnocrática del complejo planetario¹⁴². Me ocuparé pues, seguidamente, de ello, para explorar un concepto de constitución alternativo, en la medida en que, como intentaré justificar, la constitución normativa propia de la Modernidad es inadecuada en el escenario mudable del Antropoceno.

7. La constitución como campo de batalla: evolución, apertura y conflicto.

¹⁴⁰ Vid. Gabriella Dóci, Eleftheria Vasileiadou, Arthur C. Petersen, “Exploring the transition potential of renewable energy communities”, *Futures* 66, 2015, p. 86.

¹⁴¹ Vid. Connelly, Smith, *Politics and the Environment...* cit., p. 211.

¹⁴² Vid. Pureza, “Global constitutionalism...” cit., p. 112-113.

El término ‘constitución’ en realidad tiene múltiples significados, lo que nos debería permitir explorar sentidos alternativos a su concepción racional-normativa como libro sagrado. La expresión original griega (Πολιτεία, derivada de πολίτης, hombre libre o ciudadano), que fue traducida al latín tanto como *res publica* como *constitutio*, se refiere a las instituciones de la *polis* y enlaza con la concepción material de constitución que se ha desarrollado modernamente. Sin embargo, el término latino ‘*constitutio*’, que es el que ha hecho fortuna, tiene un sesgo decisionista, en la medida que se refiere a la decisión imperial que fija (constituye) algo, esto es, lo que el Emperador ordena mediante decreto, edicto o carta, de modo que el sentido de ‘Πολιτεία’ pasa de ser descriptivo a prescriptivo, lo que se trasladará al concepto moderno (racional-normativo) de constitución¹⁴³.

Sin embargo, retornando a la idea griega originaria, puede imaginarse la constitución como algo distinto a una decisión del poder soberano, lo que, como hemos visto, se corresponde con la concepción racional-normativa de la constitución en la Modernidad, y enlaza con las ideas de contrato y de código, que se proyectan sobre un mundo atomístico y previsible, de acuerdo con las concepciones de la física newtoniana. En este sentido, existen formulaciones de la constitucionalización del Derecho internacional menos dependientes de la noción tradicional racional-normativa, como los procesos de constitucionalización a través de redes transgubernamentales que propone Erika de Wet¹⁴⁴.

Efectivamente, parece que ya no es sensato ni realista creer que el juez, en este contexto, es sólo la “boca de la ley”¹⁴⁵. La idea del Derecho como mandato unilateral de un poder público legítimo, como manifestación del estado, como ley, en definitiva, puede apreciarse en la importancia creciente de los instrumentos de *soft law*, los acuerdos entre los poderes públicos y los actores económicos, las recomendaciones, los documentos de buenas prácticas, etc., tal como se aprecia en los sectores más dinámicos de la evolución jurídica, como sería el caso del Derecho ambiental. Así, el Derecho adquiere una nueva complejidad que plantea nuevas exigencias para el

¹⁴³ Vid. David Johnson, “The jurists”, Christopher Rowe, Malcolm Schofield, *The Cambridge History of Greek and Roman Political Thought*, Cambridge University Press. Cambridge, 2005, p. 624.

¹⁴⁴ Vid. De Wet, “The Constitutionalization...” cit., p. 1222ss.

¹⁴⁵ Vid. Gonzalo Quintero Olivares, *La Justicia Penal en España*, Aranzadi. Pamplona, 1998, p 125.

intérprete y, particularmente, para el juez, que deberían proyectarse sobre su selección y formación¹⁴⁶.

A partir de aquí, puede concebirse la constitución como espacio de conflicto, en que posiciones controvertidas van ofreciendo soluciones parciales y provisionales que superan la idea de la constitución como orden político, lo que ofrece un escenario de cambio progresivo y adaptativo más allá de un improbable momento constituyente mundial que de paso a un nuevo orden constitucional global¹⁴⁷. En este sentido, como advierte Koskenniemi, la concepción de la constitución como orden —el habla de arquitectura— no es la mejor garantía para los derechos de las minorías¹⁴⁸. En lo que respecta a la argumentación aquí desarrollada, ello significa, en definitiva, una fosilización de las dinámicas mayoritaristas y, en última instancia, una debilidad del sistema ante las disrupciones conectadas con el cambio planetario. En definitiva, parecemos hallarnos ante la necesidad de una reconstrucción de la noción tradicional del estado de derecho en un sentido similar al *rule of law* anglosajón, centrado en el control, con el objetivo de garantizar la coherencia y el sometimiento a la constitución de un sistema plural, entrópico y cambiante, promoviendo la limitación en el ejercicio de un poder lábil y proteico¹⁴⁹.

En este contexto, partiendo de las ideas hegemónicas sobre lo que es el Derecho, que tienen una inequívoca orientación forense, cabe considerar el papel significativo que la litigación podría jugar a la hora de canalizar, actualizar y fijar provisionalmente el conflicto, en el que confluirían las concepciones hegemónicas de orientación ecomodernista, seguramente sostenidas por los poderes públicos democráticos, y las concepciones alternativas en un contexto incierto, mutable e inestable. En este sentido, cabe señalar que los tribunales pueden dar forma al conflicto y proporcionar un relato que permita canalizarlo, a partir de la colisión de principios diversos que se elaboran en la

¹⁴⁶ Vid., en este sentido, Jacques Chevallier, “Vers un droit post-moderne? Les transformations de la régulation juridique”, *Revue de Droit Public* 3, 1998, p. 679.

¹⁴⁷ Efectivamente, se trata de pensar la constitución más allá de la noción de orden constitucional, vinculada a las ideas de código y contrato. Vid. Martti Koskenniemi, “Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes About International Law and Globalization”, *Theoretical Inquiries in Law* 8(1), 2007, p. 31. Ciertamente, la idea de Koskenniemi de la constitución como una mentalidad, que es particularmente dependiente de la centralidad de los derechos, no es la que sostengo aquí, pero el trabajo citado es muy interesante en la medida que propone una superación de la concepción hegemónica de constitución cuya deseabilidad comparto.

¹⁴⁸ Ibid.

¹⁴⁹ Vid. Jean- Pierre Bizeau, “Pluralisme et démocratie”, *Revue de Droit Public* 2, 1993, p. 538.

discusión permanente entre los diferentes operadores del sistema, lo que, en última instancia va definiendo un espacio de controversia creativo y reconocible que les impulsa a elaborar sus razones para su ponderación y escrutinio en el foro¹⁵⁰. De hecho, la justicia constitucional ha promovido históricamente la reelaboración de la constitución escrita, dando lugar a una constitución judicial abierta y evolutiva¹⁵¹.

Ello enlaza con la noción de la construcción como diálogo, que se ha ido consolidando a través de determinadas interpretaciones relativas al funcionamiento de la justicia constitucional, por ejemplo, de manera clara en el contexto de la comunidad abierta de intérpretes de la constitución que ha propuesto Peter Häberle, que da lugar a una visión abierta y cambiante de la constitución¹⁵². En este sentido, el texto constitucional va perdiendo importancia ante la actividad de elaboración que lo reconstruye, lo expande, lo supera en el contexto de la actividad jurisdiccional de interpretación que se desarrolla en un contexto de creciente internacionalización y diálogo entre los órganos encargados del control de la constitucionalidad, dando lugar a la acuñación y desarrollo de ideas constitucionales que, efectivamente, pueden servir para encuadrar una respuesta social efectiva ante los retos que plantea la transición hacia la nueva era geológica¹⁵³.

La adaptabilidad evolutiva de la constitución confluye con su carácter de espacio abierto en el que se resuelve, siempre de modo provisional, el conflicto entre visiones constitucionales contrapuestas que encuentran expresión en un marco lábil e integrador. Así, a la apertura en el tiempo que deriva del carácter evolutivo del diálogo constitucional, cabe añadir la apertura en el espacio que implica la convivencia sincrónica de puntos de vista diferentes, de acuerdo con la noción de constitución abierta¹⁵⁴. Por otra parte, puede observarse la importancia creciente del diálogo entre órganos jurisdiccionales, que permite contemplar una creciente pluralidad de voces

¹⁵⁰ Vid. Malcolm Langford, "Why Judicial Review?", *Oslo Law Review* 1, 2015, p. 81.

¹⁵¹ Vid. Lambert, *El gobierno de los jueces...* cit., p. 250.

¹⁵² Vid. Häberle, *Europäische Verfassungslehre* cit., p. 204ss.

¹⁵³ Vid. Michele Carducci, Lidia Patricia Castillo Amaya, "Nature as "grundnorm" of global constitutionalism: contributions from the global south", *Revista Brasileira de Direito* 12(2), 2016, p. 155.

¹⁵⁴ Sobre la idea de constitución abierta, vid. Konrad Hesse, "Concepto y cualidad de la Constitución", *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1992 (edición castellana de Pedro Cruz Villalón), p. 1-29.

en la construcción de un discurso constitucional cada vez más lábil y volátil¹⁵⁵. Ello también permite imaginar un discurso constitucional más allá de la constitución formal del estado-nación, haciendo efectiva la idea de un Derecho que precede al estado más allá de las asunciones del positivismo jurídico¹⁵⁶.

Esta idea de constitución abierta y evolutiva enlaza con la pluralidad de fuentes constitucionales que se desarrollan en el contexto plural y reticular de la producción jurídica contemporánea, que da lugar a *legal formants* que aparecen, se desarrollan y se fertilizan mutuamente promoviendo la actualización del conflicto y la adaptabilidad de la constitución en el contexto incierto del Antropoceno¹⁵⁷. En este contexto, los tribunales utilizan conceptos (materialmente) constitucionales para tomar decisiones en supuestos de conflicto, cuyos términos sugieren el uso y el alcance de dichos conceptos, para desafiar e ir más allá de las decisiones de un legislativo sometido a la captura de las inercias mayoritarias y la presión de los actores principales del capitalismo global¹⁵⁸. Efectivamente, más allá de una aplicación mecánica del Derecho, se va construyendo un marco jurídico que orienta la interpretación y aplicación del Derecho hacia una cierta sensibilidad ante la realidad social¹⁵⁹.

Por otra parte, la concepción de la constitución como un espacio de controversia evolutivo es algo que, de hecho, se da ya en algunos sistemas constitucionales, que no parten del mito del poder constituyente originario, sino que reposan en la decantación histórica y la tradición, como

¹⁵⁵ En este sentido, cabe señalar que el valor que los distintos sistemas jurídicos reconocen a la jurisprudencia precedente de tribunales extranjeros ha evolucionado positivamente en los últimos años, como destaca Guillermo Caballero Germain, en “Seguridad jurídica y relaciones entre el «common law» y el Derecho continental-romano”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXIV, 2003, p. 211-212.

¹⁵⁶ Ello ha sido notado incluso en momentos en que el predominio metodológico del positivismo se hallaba en el camino hacia su apogeo, por autores como, por ejemplo, Léon Duguit, en *Manuel de droit constitutionnel*, E. de Boccard. París, 1923 (4ª edición), p. 2.

¹⁵⁷ Vid. Ugo A. Mattei, Luisa Antonioli, Andrea Rossato, “Comparative Law and Economics”, Boudewijn Bouckaert, Gerrit De Geest (eds.), *Encyclopedia of Law & Economics*, disponible en <<https://reference.findlaw.com/lawandeconomics/0560-comparative-law-and-economics.pdf>>, p. 511.

¹⁵⁸ Sobre la incidencia de la *regulatory capture* en la toma de decisiones, vid. Alba Nogueira López, “Crisis económica y cambios estructurales en el régimen de ejercicio de actividades”, Avelino Blasco Esteve (coord.), *El Derecho público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo Derecho administrativo*, INAP. Madrid, 2011, p. 139.

¹⁵⁹ Vid. Enrique Ruiz Vadillo, “Artículo 117. El Poder Judicial”, Óscar Alzaga Villaamil (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978* (IX), Edersa. Madrid, 1998, p. 300.

sería el caso de Suiza¹⁶⁰. En este sentido, la jurisprudencia actual tiende a volverse hacia un espacio argumentativo centrado en la hermenéutica, construyendo una tradición que enlaza una comprensión familiar del Derecho (y, en particular de la constitución) con una apertura hacia el futuro que permite, en última instancia, adaptarse a la aparición de eventos disruptivos en el contexto de la transición geológica¹⁶¹. Por otra parte, ello también implica una comprensión “internacional” de la constitución, que enlaza con la constitucionalización del Derecho internacional a la que ya me he referido, de modo que pueden articularse instrumentos de control del poder en el contexto de los conflictos socioecológicos del Antropoceno que compensan la notable erosión del espacio de decisión de los poderes públicos en el plano interno¹⁶².

En este contexto de apertura y pluralidad, los conflictos sociales pueden aparecer como generadores de respuestas jurídicas más allá de los canales institucionales, impulsando así la reconstrucción continua de la constitución ante los retos que supone el cambio planetario¹⁶³. Como ha mostrado de manera relevante la litigación climática a lo largo de los últimos años, el planteamiento del conflicto ante los tribunales permite a los movimientos contrahegemónicos influenciar el debate público y contrarrestar la inercia de las estructuras institucionales¹⁶⁴. De hecho, la litigación climática se ha revelado como un desarrollo promisorio de las posibilidades de desarrollar un nuevo discurso constitucional, flexible y abierto, para el control del poder en el contexto de la transición geológica¹⁶⁵. En este sentido, la litigación sería una manifestación

¹⁶⁰ Sobre la importancia del relato histórico en la legitimación de la estructura política en Suiza, vid., por todos, Norbert Domeisen, *Schweizer Verfassungsgeschichte, Geschichtsphilosophie und Ideologie*, Lang, Berna, 1978, p. 21ss.

¹⁶¹ Vid. Koskeniemi, “Constitutionalism...”, p. 22.

¹⁶² Vid. De Wet, “The Constitutionalization...” cit., p. 1213.

¹⁶³ Vid., en relación con ello, el análisis que presentan Fiammetta Bonfigli, Germano André Doederlein Schwartz y Fabricio Pontin, en “Social movements and the law: the legal group inside the occupation of Porto Alegre city council in 2013”, *Oñati Socio-legal Series* 10(1), 2020, p. 193-219, a partir de una movilización ciudadana en Porto Alegre.

¹⁶⁴ Vid. Jacqueline Peel, Hari M. Osofsky, *Climate Change Litigation. Regulatory Pathways to Cleaner Energy*, Cambridge University Press. Cambridge, Nova York, Melbourne, Delhi, Singapur, 2015, p. 221. En relación con la situación en España, que, de momento, no ha dado lugar a casos notables en este ámbito, vid. Luz Muñoz, David Moya, “NGOs environmental legal mobilization and their access to the Spanish Supreme Court”, *Oñati Socio-legal Series* 9(3), 2019, p. 308-332.

¹⁶⁵ Sobre la litigación climática, vid. una síntesis prospectiva reciente en Jacqueline Peel, Hari Osofsky, Anita Foerster, “«Next Generation» of Climate Change Litigation?: an Australian Perspective”, *Oñati Socio-legal Series* 9(3), 2019, p. 275-307. Posteriormente a este estudio se han producido nuevos desarrollos relevantes, entre los que, desde el punto de vista constitucional, cabe mencionar la decisión del Tribunal Constitucional alemán sobre la Ley federal

institucional y, hasta cierto punto, familiar a las concepciones del Derecho hegemónicas, pero cabe desarrollar, a partir de la idea de conflicto, una nueva juridicidad que integre múltiples experiencias e intereses en el contexto de una sociedad compleja, sometida a fuertes tensiones y bajo la incertidumbre de las consecuencias de su propia acción sobre la base biofísica que la acoge¹⁶⁶.

A pesar de ello, debe reconocerse, en cualquier caso, que los movimientos contrahegemónicos pueden concebir estrategias alternativas a la litigación, que, en principio, será lo que priorizarán los juristas¹⁶⁷. En este sentido, más allá del diálogo constitucional que puede desarrollarse a partir de la formalización del conflicto ante los tribunales, cabe apuntar que los movimientos sociales pueden llegar a construir nuevos espacios de autodeterminación social que reviertan, finalmente, en transformaciones constitucionales, como sucede con la movilización de los pueblos indígenas¹⁶⁸. Así, la constitución deviene un espacio discursivo de conflicto que tiene tanto de reticular como de fragmentario y provisional, eventualmente impactado por prácticas sociales emergentes que generan alternativas de reproducción social que suscitan la necesidad de una respuesta constitucional.

En este sentido, la constitución concebida como un campo de batalla entre las posiciones hegemónicas y las posiciones contrahegemónicas en la respuesta a la transición geológica no se presenta como una decisión originaria y fundante de una comunidad política global, sino como un espacio controvertido en el que pueden desarrollarse microalternativas a partir del conflicto, contribuyendo a mejorar las condiciones de adaptación de los seres humanos al panorama incierto que plantea el Antropoceno. Este es el camino que parecen anunciar las prácticas jurídicas contemporáneas, particularmente en relación con el crecimiento de la importancia de la litigación – esto es, el conflicto – ante la regulación – esto es, el orden.

sobre el cambio climático (*Klimaschutzgesetz*). Vid. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 24. März 2021 - 1 BvR 2656/18.

¹⁶⁶ Vid. Albert Noguera Fernández, *La igualdad ante el fin del Estado Social. Propuestas constitucionales para construir una nueva igualdad*, Sequitur. Madrid, 2014, p. 129.

¹⁶⁷ Vid. Bonfigli, Doederlein Schwartz, Pontin, “Social movements and the law...” cit., p. 202.

¹⁶⁸ Vid., en este sentido, Lucero Ibarra Rojas, Ezequiel Escobedo Osorio, Fogata Kejtsitani, “What’s yours is mine and what’s mine is mine? Re-thinking intellectual property and research ethics from the experience of the Purhépecha community of Cherán”, *Oñati Socio-Legal Series*, 10(1), 2020, p. 6-34.

En este sentido, cabe transitar desde una idea del Derecho basada en su concepción con orden social – lo que enlaza con el positivismo jurídico y la focalización en la regulación – hacia una concepción del Derecho como conflicto en el marco de una sociedad compleja – lo que nos lleva a pensar en términos pospositivistas y a centrarnos en la litigación y, en general, en las tensiones y oposiciones en un contexto plural –¹⁶⁹. Ello conlleva, en última instancia, reconocer el Derecho y, particularmente, la constitución como ámbitos de conflicto en los que se dirimen, de modo siempre provisional, las colisiones entre grupos sociales y concepciones de sociedad en mutua oposición en la creación de un espacio político común¹⁷⁰.

Sin embargo, lo que es, desde luego, una oportunidad para las posiciones contrahegemónicas es, al mismo tiempo, algo que puede favorecer los intereses de los actores del mercado global, liberados de los límites que les impone el Derecho estatal, de modo que *«legal forms that allow for flexible, situation-specific decision making potentially mean that legal actors can adjust nimbly to the changing dynamics of the marketplaces»*¹⁷¹. En definitiva, el conflicto debe asumirse como algo intrínsecamente abierto, no como el camino hacia una solución definitiva que permita construir un marco permanente de reproducción social en el contexto (inestable) el Antropoceno. Lo que se produce es una ritualización del conflicto de narrativas que permite llegar a consensos provisionales e inestables entre intereses en muchos casos inherentemente incompatibles.

Así, a partir de la dinámica de los movimientos sociales que activan los conflictos que se resuelven en la litigación, aparezcan nuevos conceptos y nuevas narrativas que, si bien no pueden revertir completamente los lenguajes hegemónicos, pueden introducir matices significativos en relación con conceptos clave. Se trata, con ello, de explorar la posibilidad de empezar a articular respuestas contrahegemónicas de carácter innovador en el contexto de la conflictividad socio-ambiental existente, con el horizonte de avanzar hacia una respuesta social inclusiva, justa y

¹⁶⁹ Vid. Peer Zumbasen, “Carving our typologies and Accounting for differences across Systems: towards a methodology of transnational constitutionalism”, Michel Rosenfeld, András Sajó, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press. Oxford, 2012, p. 96.

¹⁷⁰ Vid. Carlos de Cabo Martín, *Pensamiento crítico, constitucionalismo crítico*, Trotta. Madrid, 2014, p. 59.

¹⁷¹ Vid. William E. Scheuerman, “Economic Globalization and the Rule of Law”, *Constellations: An International Journal of Critical and Democratic Theory* 6, 1999, p. 18-19.

sostenible ante la transformación del Sistema Tierra que estamos empezando a afrontar como sociedad global¹⁷².

Llegados a este punto, unas breves palabras para concluir. Como se ha visto la constitución formal ya no puede apelar a un sistema autosuficiente y cerrado, un orden permanente que integra y resuelve los conflictos que puedan plantearse en una sociedad. Más bien, se configura como el elemento central, el punto de anclaje de un complejo de normas constitucionales en permanente mutación que van generando un discurso adaptativo a la aparición de hechos disruptivos y demandas contrahegemónicas en un contexto de incertidumbre e interdependencia. Ese complejo normativo abierto y cambiante es elaborado por los tribunales, pero también por el resto de partícipes de la comunidad intérpretes-recreadores de la constitución que convergen en la generación de materia constitucional.

Ello no implica defender la idea de que las decisiones emergen de un vacío jurídico, sino que el espacio jurídico es proteico y dinámico por oposición al orden constitucional homogéneo, piramidal y fijo que propugna la Modernidad jurídica y que eclosiona en la idea de constitución como libro sagrado¹⁷³. Sin embargo, es cierto que la seguridad jurídica, que constituye el concepto central de la racionalización jurídica de la Modernidad, queda seriamente comprometida en este contexto, lo que, naturalmente, puede suscitar objeciones para los que la consideran la garantía última de la justicia, íntimamente vinculada a la previsibilidad del Derecho en esa perspectiva¹⁷⁴. Es en este punto donde los procesos de constitucionalización del Derecho internacional o, en general, de la emergencia de un constitucionalismo global enlazan con el relato del Antropoceno como tránsito planetario preñado de incertidumbre, ofreciendo una visión del Derecho asimismo

¹⁷² La innovación en el ámbito del Derecho, particularmente en relación con estrategias hermenéuticas creativas en el contexto de los conflictos socio-ambientales, cobraría sentido en un contexto dúctil y abierto en el que el Derecho se concibe como la fijación siempre frágil y provisional del consenso social. Vid., en relación con ello, Eva Desdentado Daroca, *La crisis de identidad del Derecho Administrativo: privatización, huida de la regulación pública y Administraciones independientes*, Tirant lo Blanch. Valencia, 1999, p. 45.

¹⁷³ Koskenniemi, en "Constitutionalism..." cit., p. 12, propugna la idea de una concepción pospositivista de la constitución, en el que confluyen los textos jurídicos con los objetivos funcionales propios de una concepción iusnaturalista, a la vez que se evita el "legal nothing" del decisionismo. La posición de Koskenniemi muestra como incluso sin adoptar una posición radical en cuanto a la naturaleza de la constitución, la literatura contemporánea tiende a explorar conceptos más allá de la concepción racional-normativa hegemónica.

¹⁷⁴ Así, por ejemplo, Caballero Germain, en "Seguridad jurídica..." cit., p. 197.

insegura y lábil que rompe con las asunciones sobre su certeza que se hallan en el fundamento de la idea del estado de Derecho.

Así, como señalan Chang y Yeh, «*[t]he concept of rule of law, while not entirely uncontested, entails at least legal certainty and legal clarity. However, both are inevitably undermined in internationalization of constitutional law. Domestic incorporation of international human rights law—often as a blank check—leads to a certain degree of normative instability, as the contents of domestic laws depend on and change with the international legal regime. Certainty and clarity become seriously obstructed—if not totally collapsed—when courts rely on international and foreign laws at will in the course of their decision-making. It will be difficult, if not impossible, for any affected citizens to know ex ante the exact rules that may apply to their cases*»¹⁷⁵.

Efectivamente, de acuerdo con la propia dinámica del Antropoceno, la incertidumbre deviene un aspecto consustancial al Derecho que emerge en el contexto del cambio planetario. En cualquier caso, para integrar adecuadamente los desafíos a las concepciones hegemónicas en un proceso de recreación constitucional permanente es crucial incidir en la formación de los y las juristas y, de este modo, promover los cambios culturales necesarios para superar la visión del derecho como orden, propia de la ideología positivista¹⁷⁶. En definitiva, parece que debemos dejar atrás la concepción de la constitución como orden que proyecta un espacio consensual estable de convivencia, para aceptar una visión dinámica, abierta, intrínsecamente incierta y conflictiva, que desafía las ideas jurídicas hegemónicas y exige un profundo cambio cultural en los y las profesionales del Derecho.

8. Referencias.

¹⁷⁵ Vid. Weng-Chen Chang, Jiunn-Rong Yeh, “Internationalization of Constitutional Law”, Michel Rosenfeld, Andrés Sajó, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press. Oxford, 2012, p. 1180.

¹⁷⁶ En este sentido, cabe señalar que el origen del control de constitucionalidad en Estados Unidos va ligado a un determinado programa en la formación de los juristas, centrado en el caso, que permite diseñar las estrategias y los conceptos adecuados para el desarrollo del *judicial review*. Vid., en este sentido, Lambert, *El gobierno de los jueces...* cit., p. 31ss.

Aragón Reyes, Manuel, “La democracia constitucional”, Gumersindo Trujillo, Luis López Guerra, Pedro González-Trevijano, *La experiencia constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2000, p. 27-39

Atapattu, Sumudu, “Environmental justice, climate change and constitutionalism: protecting vulnerable states and communities”, Jordi Jaria-Manzano, Susana Borràs (eds.), *Research Handbook on Global Climate Constitutionalism*, Edward Elgar. Cheltenham, Northampton, 2019, p. 195-215.

Ávila Santamaría, “Los derechos de la naturaleza: fundamentos”, *Los derechos y sus garantías. Ensayos críticos*, Corte Constitucional para el período de transición, Quito. 2011, p. 105-144.

Barthes, Roland, “L’usuari de la vaga”, *Mitologies*, Àtic dels Llibres. Barcelona, 2017 (traducción catalana de Cristina Mora con prólogo de Xavier Antic), p. 181-184.

Beardsworth, Richard, *Cosmopolitanism and International Relations Theory*, Polity. Cambridge, Malden, 2011.

Benda, Ernst, “El Estado social de Derecho”, Ernst Benda, Werner Maihofer, Hans-Jochen Vogel, Konrad Hesse, Wolfgang Heide, *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons. Madrid, 2001 (2ª. edición castellana a cargo de Antonio López Pina), p. 487-559.

Bierman, Frank, *Earth System Governance: World Politics in the Anthropocene*, The MIT Press. Cambridge, Londres, 2014.

Bizeau, Jean-Pierre, “Pluralisme et démocratie”, *Revue de Droit Public* 2, 1993, p. 513-542.

Black, Antony, “The individual and society”, J. H. Burns (ed.), *The Cambridge History of Medieval Political Thought. c. 350-c. 1450*, Cambridge University Press. Cambridge, 1988, p. 588-606.

Bodansky, Daniel, “Is There an International Environmental Constitution?”, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 16(2), 2009, p. 565-584.

Bonfigli, Fiammetta, Germano André Doederlein Schwartz, Fabricio Pontin, “Social movements and the law: the legal group inside the occupation of Porto Alegre city council in 2013”, *Oñati Socio-legal Series* 10(1), 2020, p. 193-219.

Bonneuil, Christophe; Jean-Baptiste Fressoz, *The Shock of the Anthropocene: The Earth, History and Us*, Verso. Londres, Brooklyn, 2017 (edición inglesa de David Fernbach).

Bosselmann, Klaus, *The Principle of Sustainability. Transforming Law and Governance*, Ashgate. Farnham, Burlington, 2008.

— “Germany’s ‘Energiewende’: what can environmental law scholarship learn from it”, Jordi Jaria i Manzano, Nathalie Chalifour, Louis Kotzé, *Energy in Nature and Society. General Energetics of Complex Systems*, Edward Elgar. Cheltenham, Northampton, 2016, p. 11-29.

Bryson, Valerie, *Feminist Political Theory*, Palgrave-McMillan. Londres, Nueva York, 2016 (3ª edición).

Caballero Germain, Guillermo, “Seguridad jurídica y relaciones entre el «common law» y el Derecho continental-romano”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXIV, 2003, p. 195 - 217.

Canosa Usera, Raúl, “Aspectos constitucionales del Derecho Ambiental”, *Revista de Estudios Políticos* 94, 1996, p. 73-109.

Carducci, Michele, Lidia Patricia Castillo Amaya, “Nature as “grundnorm” of global constitutionalism: contributions from the global south”, *Revista Brasileira de Direito* 12(2), 2016, p. 154-165.

Castro Simancas, Pedro-Rubens, “La tensión medio ambiente-desarrollo económico: una perspectiva jurídica”, *Revista de Derecho Ambiental* 12, 1999, p. 83-105.

Chang, Weng-Chen; Jiunn-Rong Yeh, “Internationalization of Constitutional Law”, Michel Rosenfeld, András Sajó, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press. Oxford, 2012, p. 1165-1184.

Chevallier, Jacques, “Vers un droit post-moderne? Les transformations de la régulation juridique”, *Revue de Droit Public* 3, 1998, p. 659-690.

Clark, Nigel, “Politics of Strata”, *Theory, Culture & Society*, vol. 34(2-3), 2017, p. 211-231.

Clark, Nigel; Kathryn Yussof, “Geosocial Formation and the Anthropocene”, *Theory, Culture & Society* 34(2-3), p. 105-127.

Clarkson, Stephen; Stepan Wood, *A Perilous Imbalance. The Globalization of Canadian Law and Governance*, UBC Press. Vancouver, Toronto, 2009.

Clover, Joshua; Juliana Spahr, “Gender Abolition and Ecotone War”, Richard Grusin (ed.), *Anthropocene Feminism*, University of Minnesota Press. Minneapolis, 2017, p. 147-167.

Cocciolo, Endrius, “Capitalocene, Thermocene and the Earth system: global law and connectivity in the Anthropocene age”, Jordi Jaria-Manzano, Susana Borràs (eds.), *Research*

Handbook on Global Climate Constitutionalism, Edward Elgar. Cheltenham, Northampton, 2019, p. 277-301.

Colebrook, Claire, “We Have Always Been Post-Anthropocene: The Anthropocene Counterfactual”, Richard Grusin (ed.), *Anthropocene Feminism*, University of Minnesota Press. Minneapolis, 2017, p. 1-19.

Conca, Ken, “The Changing Shape of Global Environmental Politics”, Simon Nicholson, Sikina Jinnah (eds.), *New Earth Politics. Essays from the Anthropocene*, The MIT Press. Cambridge, Londres, 2016, p. 21-42.

Connelly, James; Graham Smith, *Politics and the Environment. From theory to practice*, Routledge. Londres, Nueva York, 1999.

Crist, Eileen, “On the Poverty of Our Nomenclature”, Jason W. Moore (ed.), *Anthropocene or Capitalocene? Nature, History, and the Crisis of Capitalism*, Kairos. Oakland, 2016, p. 14-33.

Crook, Stephen; Jan Patuski, Malcolm Waters, *Postmodernization. Change in Advanced Society*, Sage. Londres, Thousand Oaks, New Delhi, 1992.

Crutzen, Paul J.; Eugene F. Stoermer, “The «Anthropocene»”, *Global Change Newsletter* 41, 2000, p. 17-18.

— “Geology of mankind”, *Nature* 415, 2002, p. 23.

Chantebout, Bernard, *Droit constitutionnel et science politique*, Economica. París, 1978.

Dauvergne, Peter, “The Sustainability Story: Exposing Truths, Half-Truths, and Illusions”, Simon Nicholson, Sikina Jinnah (eds.), *New Earth Politics. Essays from the Anthropocene*, The MIT Press. Cambridge, Londres, 2016, p. 387-404.

De Cabo Martín, Carlos, *Pensamiento crítico, constitucionalismo crítico*, Trotta. Madrid, 2014.

De Vega, Pedro, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos. Madrid, 1985.

De Wet, Erika, “The Constitutionalization of Public International Law”, Michel Rosenfeld, András Sajó, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press. Oxford, 2012, p. 1209-1230.

Desdentado Daroca, Eva, *La crisis de identidad del Derecho Administrativo: privatización, huida de la regulación pública y Administraciones independientes*, Tirant lo Blanch. Valencia, 1999.

Dobson, Andrew, *Justice and the Environment. Conceptions of Environmental Sustainability and Dimensions of Social Justice*, Oxford University Press. Oxford, 1998.

Dóci, Gabriella, Eleftheria Vasileiadou, Arthur C. Petersen, “Exploring the transition potential of renewable energy communities”, *Futures* 66, 2015, p. 85-95.

Domeisen, Norbert, *Schweizer Verfassungsgeschichte, Geschichtsphilosophie und Ideologie*, Lang, Berna, 1978.

Duby, Georges, *L'An Mil*, Gallimard. París, 1980.

Duguit, Léon, *Manuel de droit constitutionnel*, E. de Boccard. París, 1923 (4ª edición).

El futuro que queremos. El documento final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible. Río de Janeiro, Brasil, 20-22 junio 2012, Naciones Unidas, Nueva York, 2013

Emmanuel, Aghiri, *L'échange inégal*, Maspero. Paris, 1968.

Espín, Eduardo, “El sistema de fuentes en la Constitución”, Luis López Guerra Eduardo Espín, Joaquín García Morillo, Pablo Pérez Tremps, Miguel Satrústegui, *Derecho Constitucional. Volumen I: El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Tirant lo Blanch. Valencia, 1991, p. 57-83.

Estermann, Josef, *Filosofía andina. Estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*, Abya-Yala. Quito, 1998, p. 176-177.

Falk, Richard, “The second cycle of ecological urgency: an environmental justice perspective”, Jonas Ebbeson, Phoebe Okowa (eds.), *Environmental Law and Justice in Context*, Cambridge University Press. Cambridge, Nueva York, 2009, p. 39-54.

Fernández Ubiña, José, “Orígenes y tendencias del milenarismo cristiano”, Julio Mangas, Santiago Montero (coords.), *El milenarismo. La percepción del tiempo en las culturas antiguas*, Editorial Complutense. Madrid, 2001, p. 153-185.

Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, Miguel Carbonell, (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta. Madrid, 2003, p. 13-29.

Ferrater Mora, José. *Diccionario de Filosofía (II)*, Ariel. Barcelona, 2009 (2ª. edición revisada, aumentada y actualizada por Josep-Maria Terricabras).

Fischer-Kowalski, Marina, “Society's Metabolism: The Intellectual History of Materials Flow Analysis, Part I, 1860-1970”, *Journal of Industrial Ecology* 2, 1998, p. 61-78.

- Walter Hüttler, “Society’s Metabolism: The Intellectual History of Materials Flow Analysis, Part II, 1980-1998”, *Journal of Industrial Ecology* 2, 1998, p. 107-136.
- Helmut Haberl, “El metabolismo socioeconómico”, *Ecología política* 19, 2000, p. 21-33.
- Fortuny, Francesc J.; Àngel Castiñeira, Antoni Bosch i Veciana, M. Àngels Carod, Gonçal Mayos, Josep Muñoz i Redón, Jordi Sales i Coderch, *Breu història de la filosofia (Les grans etapes del pensament filosòfic)*, Columna. Barcelona, 1987.
- Fremaux, Anne; John Barry, “The «Anthropocene and Green Political Theory: Rethinking Environmentalism, Resisting Eco-modernism»”, Frank Biermann, Eva Löwbrand (eds.), *Anthropocene Encounters. New Directions in Green Political Thinking*, Cambridge University Press. Cambridge, New York, Melbourne, New Delhi, 2019, p. 171-190.
- García-Pelayo, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Alianza. Madrid, 1984.
- Gauna, Eileen, “Federal Environmental Citizen Provisions: Obstacles and Incentives on the Road to Environmental Justice”, *Ecology Law Quarterly* 22(1), 1995, p. 1-87.
- Gillings, Michael R.; Elizabeth L. Hagan-Lawson, “The cost of living in the Anthropocene”, *Earth Perspectives* 1(2), 2014.
- González, Carmen G., “Environmental Justice, Human Rights, and the Global South”, *Santa Clara Journal of International Law* 13, 2015, p. 151-195.
- Gray, John, *Misa negra. La religión apocalíptica y la muerte de la utopía*, Paidós. Barcelona, 2008 (edición castellana de Albino Sánchez Mosquera).
- Grear, Anna, *Redirecting Human Rights. Facing the Challenge of Corporate Legal Humanity*, Palgrave MacMillan. Basingstoke, Nueva York, 2010.
- Greenwood, Brian, “Looking Ahead: Environmental Regulation”, A. E. Boyle (ed.), *Environmental Regulation and Economic Growth*, Clarendon Press. Oxford, 1994, p. 99-130.
- Grusin, Richard, “Anthropocene Feminism: An Experiment in Collaborative Theorizing”, Richard Grusin (ed.), *Anthropocene Feminism*, University of Minnesota Press. Minneapolis, 2017, p. vii-xix.
- Gudynas, Eduardo, “Seis puntos clave en ambiente y desarrollo”, Alberto Acosta, Esperanza Martínez (comp.), *El Buen Vivir. Una vía para el desarrollo*, Abya-Yala. Quito, 2009, p. 39-49.

Gupta, Joyeeta, “Toward Sharing Our Ecospace”, Simon Nicholson, Sikina Jinnah (eds.), *New Earth Politics. Essays from the Anthropocene*, The MIT Press. Cambridge, Londres, 2016, p. 271-291.

Häberle, Peter, “La «teoría de la Constitución como ciencia cultural» en el ejemplo de los cincuenta años de la Ley Fundamental”, Francisco Balaguer Callejón (coord.), *Derecho constitucional y cultura. Estudios en homenaje a Peter Häberle*, Tecnos. Madrid, 2004, p. 23-41.

— *Europäische Verfassungslehre*, Nomos. Baden-Baden, 2011 (6ª. edición).

Hamilton, Clive, “The Anthropocene as rupture”, *The Anthropocene Review* 3(2), 2016, p. 93-106.

Hauriou, Maurice, *Principes de droit public*, Dalloz. París, 2010 (facsimil de la 1ª. edición original, publicada por Sisley en 1910, con prefacio de Olivier Beaud).

Hesse, Konrad, “Concepto y cualidad de la Constitución”, *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1992 (edición castellana de Pedro Cruz Villalón), p. 1-29.

Holland, Tom, *Dominio*, Ático de los Libros. Barcelona, 2020 (versión castellana de Joan Eloi Roca)

Hornborg, Alf, “Zero-Sum World. Challenges in Conceptualizing Environmental Load Displacement and Ecologically Unequal Exchange in the World-System”, *International Journal of Comparative Sociology* 50(3-4), 2009, p. 237-262.

Ibarra Rojas; Lucero, Ezequiel Escobedo Osorio, Fogata Kejtsitani, “What’s yours is mine and what’s mine is mine? Re-thinking intellectual property and research ethics from the experience of the Purhépecha community of Cherán”, *Oñati Socio-Legal Series*, 10(1), 2020, p. 6-34.

Jaria-Manzano, Jordi, “Legitimidad técnica y legitimidad democrática en la toma de decisiones administrativas que afecten al medio ambiente”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, 3, 2003, p. 105-123.

— *El concepte constitucional de medi ambient*, Cambra de la Propietat Urbana de Reus. Reus, 2006.

- “La Constitución de 1978 ante el cambio: mutación, reforma y ruptura”, VVAA, *La reforma de la Constitución española*, Institut d’Estudis Autònoms. Palma de Mallorca, 2010, p. 27-54.
- *La cuestión ambiental y la transformación de lo público*, Tirant lo Blanch. Valencia, 2011.
- “Environmental Justice, Social Change and Pluralism”, *IUCN Academy of Environmental Law e-Journal*, 2012, p. 18-29.
- “El constitucionalismo de la escasez (derechos, justicia y sostenibilidad)”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental* 30, 2015, p. 295-349.
- “Tudo é polis: cidade, governança e Direito na era do Antropoceno”, Rosângela Lunardelli Cavallazzi, Gabriela Fauth (eds.), *Direito e urbanismo. Volume 4: Cidade standard e novas vulnerabilidades*, PROURB. Rio de Janeiro, 2018, p. 151-175.
- “La Constitución es un proceso. Poder constituyente y reforma constitucional en Suiza”, Josep M^a. Castellà Andreu (ed.), *Parlamento, ciudadanos y entes territoriales ante la reforma constitucional ¿Quién y cómo participa?*, Tirant lo Blanch. Valencia, 2018, p. 81-104.
- Susana Borràs, “Introduction”, Jordi Jaria-Manzano, Susana Borràs (eds.), *Research Handbook on Global Climate Constitutionalism*, Edward Elgar. Cheltenham, Northampton, 2019, p. 1-16.
- “Law in the Anthropocene”, Jordi Jaria-Manzano, Susana Borràs (eds.), *Research Handbook on Global Climate Constitutionalism*, Edward Elgar. Cheltenham, Northampton, 2019, p. 31-49.
- *La constitución del Antropoceno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- “Environmental Justice in EU Law and Policies: A Fundamental Challenge”, Mar Campins Eritja (ed.), *The European Union and Global Environmental Protection. Transforming Influence into Action*, Routledge. Londres, 2020, p. 166-182.
- “Di-vision: The making of the “Anthropos” and the origins of the Anthropocene”, *Oñati Socio-Legal Studies* 11(1), 2021, p. 148-179.
- Johnson, David, “The jurists”, Christopher Rowe, Malcolm Schofield, *The Cambridge History of Greek and Roman Political Thought*, Cambridge University Press. Cambridge, 2005, p. 616-634.

Jonas, Hans, *El principio de responsabilidad – Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Herder. Barcelona, 1995 (edición castellana a cargo de José María Fernández Retenaga).

Kaku, Michio, *Universos paralelos. Los universos alternativos de la ciencia y el futuro del cosmos*, Atalanta. Girona, 2017 (edición castellana de Dolors Udina).

Kölz, Alfred, *Histoire constitutionnelle de la Suisse moderne. Ses fondements idéologiques et son évolution institutionnelle dans le context européen, de la fin de l'Ancien Régime à 1848*, Stämpfli, Bruylant. Berna, Bruselas, 2006.

Koskeniemi, Martti, “Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes About International Law and Globalization”, *Theoretical Inquiries in Law* 8(1), 2007, p. 9-36.

Kotzé, Louis J., “Arguing Global Environmental Constitutionalism”, *Transnational Environmental Law* 1, 2012, p. 199-233.

— *Global Environmental Constitutionalism in the Anthropocene*, Hart. Oxford, Portland, 2016.

— “A Global Environmental Constitution for the Anthropocene?”, *Transnational Environmental Law* 8(1), 2019, p. 11-33.

— Rakhyun E. Kim, “Earth System Law: The Juridical Dimensions of Earth System Governance” *Earth System Governance* 1, 2019, p. 1-12.

— “A global environmental constitution for the Anthropocene’s climate crisis”, Jordi Jaria-Manzano, Susana Borràs (eds.), *Research Handbook on Global Climate Constitutionalism*, Edward Elgar. Cheltenham, Northampton, 2019, p. 50-74.

Kunig, Philip, “Grenzüberschreitender Umweltschutz – Der Einzelne im Schnittpunkt von Verwaltungsrecht, Staatsrecht und Völkerrecht”, Werner Thieme (ed.), *Umweltschutz im Recht*, Duncker & Humblot. Berlín, 1988, p. 213-232.

Lalou, J.; J. Nelis, *Culture et Civilisation*, Casterman. París, 1957.

Lambert, Edouard, *El gobierno de los jueces*, Tecnos. Madrid, 2010 (versión castellana de Félix de la Fuente).

Langford, Malcolm, “Why Judicial Review?”, *Oslo Law Review* 1, 2015, p. 36-85.

Leemans, Rik; Ghassem Asrar, Antonio Busalacchi, Josep Canadell, John Ingram, Anne Larigauderie, Harold Mooney, Carlos Nobre, Anand Patwardhan, Martin Rice, Falk Schmidt, Sybil

Seitzinger, Hassan Virji, Charles Vörösmarty, Oran Young, “Developing a common strategy for integrative global environmental change research and outreach: the Earth System Science Partnership (ESSP)”, *Current Opinion in Environmental Sustainability* 1(1), 2009, p. 4-13.

Llano, Alejandro, *La nueva sensibilidad*, Espasa. Madrid, 1988.

Lovelock, James; Lynn Margulis, “Atmospheric homeostasis by and for the biosphere: the Gaia hypothesis”, *Tellus* XXVI(1-2), 1974, p. 2-10

Malm, Andreas; Alf Hornborg, “The geology of mankind? A critique of the Anthropocene narrative”, *The Anthropocene Review* 1(1), 2014, p. 62-69.

Manaster, Kenneth A., “Law and the Dignity of Nature: Foundations of Environmental Law”, *Land Use and Environment Law Review*, 1978, p. 3-26.

Margalef, Ramón, “Lo que se llama ecología y posibles condicionantes de nuestro futuro”, José Alcina Franch, Marisa Calés Bourdet (eds.), *Hacia una ideología para el siglo XX. Ante la crisis civilizatoria de nuestro tiempo*, Akal. Tres Cantos, 2000, p. 329-344.

Marquet Sardà, Clara, *Los derechos sociales en el Ordenamiento jurídico sueco. Estudio de una categoría normativa*, Atelier. Barcelona, 2010.

Mattei, Ugo A., Luisa Antonioli, Andrea Rossato, “Comparative Law and Economics”, Boudewijn Bouckaert, Gerrit De Geest (eds.), *Encyclopedia of Law & Economics*, disponible en <<https://reference.findlaw.com/lawandeconomics/0560-comparative-law-and-economics.pdf>>.

McNeill, J. R., *Something New under the Sun: An Environmental History of the Twentieth-Century World*, Norton. Nueva York, Londres, 2001.

Melucci, Alberto, *Vivencia y convivencia. Teoría social para una era de la información*, Trotta. Madrid, 2001 (edición castellana de Jesús Casquette).

Morato Leite, José Rubens; Patryck de Araújo Ayala, “Global environmental constitutionalism as a constitutionalism of the Earth”, Jordi Jaria-Manzano, Susana Borràs (eds.), *Research Handbook on Global Climate Constitutionalism*, Edward Elgar. Cheltenham, Northampton, 2019, p. 88-101.

Muñoz, Luz; David Moya, “NGOs environmental legal mobilization and their access to the Spanish Supreme Court”, *Oñati Socio-legal Series* 9(3), 2019, p. 308-332.

Nicholson, Simon; Sikina Jinnah, “Living on a New Earth”, Simon Nicholson, Sikina Jinnah (eds.), *New Earth Politics. Essays from the Anthropocene*, The MIT Press. Cambridge, Londres, 2016, p. 1-16.

Nicole, Yves, *L'étude d'impact dans le système fédéraliste suisse. Etude de droit fédéral et de droit vandois*, Payot. Lausana, 1992.

Nogueira López, Alba, “Crisis económica y cambios estructurales en el régimen de ejercicio de actividades”, Avelino Blasco Esteve (coord.), *El Derecho público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo Derecho administrativo*, INAP. Madrid, 2011, p. 121-187.

Noguera Fernández, Albert, *La igualdad ante el fin del Estado Social. Propuestas constitucionales para construir una nueva igualdad*, Sequitur. Madrid, 2014.

Pasolini, Pier Paolo, “Cultura y aculturación” [1973], *Escritos corsarios*, Monte Ávila. Caracas, 1978 (edición castellana de Hugo García Robles), p. 28-31.

Peel, Jacqueline; Hari M. Osofsky, *Climate Change Litigation. Regulatory Pathways to Cleaner Energy*, Cambridge University Press. Cambridge, Nova York, Melbourne, Delhi, Singapur, 2015.

— Hari Osofsky, Anita Foerster, “«Next Generation» of Climate Change Litigation?: an Australian Perspective”, *Oñati Socio-legal Series* 9(3), 2019, p. 275-307.

Penrose, Roger, *La nueva mente del emperador*, Grijalbo-Mondadori. Barcelona, 1991 (edición castellana de Javier García Sanz).

Peters, Anne, “Membership of the Global Constitutional Community”, Jan Klabbers, Anne Peters, Geir Ulfstein, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford University Press. Oxford, 2011, p. 153-262.

— “Global Constitutionalism”, Michael Gibbons (ed.), *The Encyclopedia of Political Thought*, Wiley-Blackwell. Bognor Regis, 2015, p. 1-4.

Pigem, Jordi, “L'estructura trinitària de la realitat i la intuïció cosmoteàndrica”, Ignasi Boada (ed.), *La filosofia intercultural de Raimon Panikkar*, CETC. Barcelona, 2004, p. 47-66.

Povinelli, Elizabeth A., “Three Figures of Geontology”, Richard Grusin (ed.), *Anthropocene Feminism*, University of Minnesota Press. Minneapolis, 2017, p. 49-64.

Preuss, Ulrich K., “Constitutional Powermaking for the New Polity: Some Deliberations on the Relations between Constituent Power and the Constitution”, *Cardozo Law Review* 14, 1993, p. 639-660.

Pureza, José Manuel, “Global constitutionalism as an ambivalent script”, Jordi Jaria-Manzano, Susana Borràs (eds.), *Research Handbook on Global Climate Constitutionalism*, Edward Elgar. Cheltenham, Northampton, 2019, p. 102-113.

Quillet, Jeannine, “Community, counsel and representation”, J. H. Burns (ed.), *The Cambridge History of Medieval Political Thought. c. 350-c. 1450*, Cambridge University Press. Cambridge, 1988, p. 520-572.

Quintero, Rafael, “Las innovaciones conceptuales de la Constitución de 2008 y el Sumak Kawsay”, Alberto Acosta, Esperanza Martínez (comp.), *El Buen Vivir. Una vía para el desarrollo*, Abya-Yala. Quito, 2009, p. 75-91.

Quintero Olivares, Gonzalo, *La Justicia Penal en España*, Aranzadi. Pamplona, 1998.

Roberts, J. Timmons; Bradley C. Parks, “Ecologically Unequal Exchange, Ecological Debt, and Climate Justice. The History and Implications of Three Related Ideas for a New Social Movement”, *International Journal of Comparative Sociology* 50(3-4), 2009, p. 385-409.

Rolston III, Holmes, “Rights and Responsibilities on the Home Planet”, *Yale Journal of International Law* 18, 1993, p. 251-279.

Rovelli, Carlo, *El orden del tiempo*, Anagrama. Barcelona, 2020 (edición castellana de Francisco J. Ramos Mena).

Ruiz Vadillo, Enrique, “Artículo 117. El Poder Judicial”, Óscar Alzaga Villaamil (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978 (IX)*, Edersa. Madrid, 1998, p. 287-325.

Samonte Solis, Manuel Peter, “Human rights versus human needs: debating the language for universal access to modern energy services”, Jordi Jaria i Manzano, Nathalie Chalifour, Louis Kotzé, *Energy in Nature and Society. General Energetics of Complex Systems*, Edward Elgar. Cheltenham, Northampton, 2016, p. 56-77.

Schellnhuber, Hans Joachim; Maria A. Martin, “Climate Change, Public Health, Social Peace”, Wael K. Al-Delaimy, Veerabhadran Ramanathan, Marcelo Sánchez Sorondo (eds.), *Health*

of People, Health of Planet and Our Responsibility. Climate Change, Air Pollution and Health, Springer. Cham, 2020, p. 225-238.

Scheuerman, William E., "Economic Globalization and the Rule of Law", *Constellations: An International Journal of Critical and Democratic Theory* 6, 1999, p. 3-25.

Schmitt, Carl. *Teoría de la Constitución*, Alianza. Madrid, 1982 (edición castellana a cargo de Francisco Ayala).

Schneider, Eric D.; Dorion Sagan, *Into the Cool. Energy Flow, Thermodynamics and Life*, The Chicago University Press. Chicago, Londres, 2005.

Sieyès, Emmanuel Joseph, *Qu'est-ce que le Tiers état*, Éditions du Boucher. Paris, 2002.

Smith, Eric; Harold J. Morowitz, *The Origin and Nature of Life on Earth. The Emergence of the Fourth Geosphere*, Cambridge University Press. Cambridge, 2016

Steffen, Will; Paul J. Crutzen, John R. McNeill, "The Anthropocene: Are Humans Now Overwhelming the Great Forces of Nature?", *Ambio* 36(8), 2007, p. 614-621.

— Wendy Broadgate, Lisa Deutsch, Owen Gaffney, Cornelia Ludwig, "The trajectory of the Anthropocene: The Great Acceleration", *The Anthropocene Review* 2(1), 2017, p. 81-98.

Stolleis, Michael, *Histoire du droit public en Allemagne. Droit public impérial et science de la police 1600-1800*, PUF. París, 1998 (edición francesa de Michel Senellant).

Taleb, Nassim Nicholas, *The Black Swan. The Impact of the Highly Improbable*, Random House. Nueva York, 2010 (2ª. edición).

Tarnas, Richard, *Cosmos y Psique. Indicios para una nueva visión del mundo*, Atalanta, Girona, 2017 (edición castellana de Marco Aurelio Galmarini).

Tavares, Paulo, "Stratoshield", Katrin Klingan, Ashkan Sepahvand, Christoph Rosol, Bernd M. Scherer, *Textures of the Anthropocene. Vapor*, Haus der Kulturen der Welt, MIT. Berlín, Cambridge, 2014, p. 61-71.

Taylor, Peter J.; Colin Flint, *Political Geography: World-Economy, Nation-State and Locality*, Routledge. Londres, 2011 (6ª. edición).

Trebolle Barrera, Julio, "Apocalipticismo y mesianismo en el mundo judío", Julio Mangas, Santiago Montero (coords.), *El milenarismo. La percepción del tiempo en las culturas antiguas*, Editorial Complutense. Madrid, 2001, p. 57-80.

Trudeau, Hélène, “Le fédéralisme canadien et la protection de l’environnement”, VVAA, *Souveraineté et intégration. Actes du colloque conjoint des Facultés de droit de l’Université de Poitiers et de l’Université de Montréal*, Thémis. Montréal, 1993, p. 229-246.

Twining, William, “Law, justice and rights: some implications of a global perspective”, Jonas Ebbeson, Phoebe Okowa (eds.), *Environmental Law and Justice in Context*, Cambridge University Press. Cambridge, Nueva York, 2009, p. 76-97.

Van Caenegem, R., “Government, law and society”, J. H. Burns (ed.), *The Cambridge History of Medieval Political Thought*, Cambridge University Press. Cambridge, 1988, p. 174-210.

Vidas, Davor, Ole Kristian Fauchald, Øystein Jensen, Morten Walløe Tvedt, “International law for the Anthropocene? Shifting Perspectives in Regulation of the Oceans, Environment and Genetic Resources”, *Anthropocene*, núm. 1, 2015, p. 1-13.

Von Bogdandy, Armin, “Constitutional Principles for Europe”, Eibe Riedel, Rüdiger Wolfrum (eds.), *Recent Trends in German and European Constitutional Law*, Springer. Berlín, Heidelberg, Nueva York, 2006, p. 1-35.

Wallerstein, Immanuel, *El moderno sistema mundial. I. La agricultura capitalista y los orígenes de la economía-mundo en el siglo XVI*, Siglo XXI. Madrid, 2010 (2ª. edición castellana a cargo de Antonio Resines).

— *Geopolítica y geocultura. Ensayos sobre el moderno sistema mundial*, Kairós. Barcelona, 2007 (edición castellana de Eugenia Vázquez Nacarino),

Weisz, Helga, “Combining Social Metabolism and Input-Output Analysis to Account for Ecologically Unequal Trade”, Alf Hornborg, John Robert McNeill, Joan Martínez-Alier (eds.), *Rethinking Environmental History: World-System History and Global Environmental Change*, AltaMira Press. Lanham, 2007, p. 289-306.

Wulf, Andrea, *La invención de la naturaleza. El nuevo mundo de Alexander von Humboldt*, Taurus. Barcelona, 2016 (versión castellana de María Luisa Rodríguez Tapia).

Zalasiewicz, Jan, Will Steffen, Reinhold Leinfelder, Mark Williams, Colin Waters, “Petrifying Earth Process: The Stratigraphic Imprint of Key Earth System Parameters in the Anthropocene”, *Theory, Culture & Society* 34(2-3), p. 83-104.

Zumbasen, Peer, “Carving our typologies and Accounting for differences across Systems: towards a methodology of transnational constitutionalism”, Michel Rosenfeld, András Sajó, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press. Oxford, 2012, p. 75-97.

Finito di stampare nel mese di agosto 2021